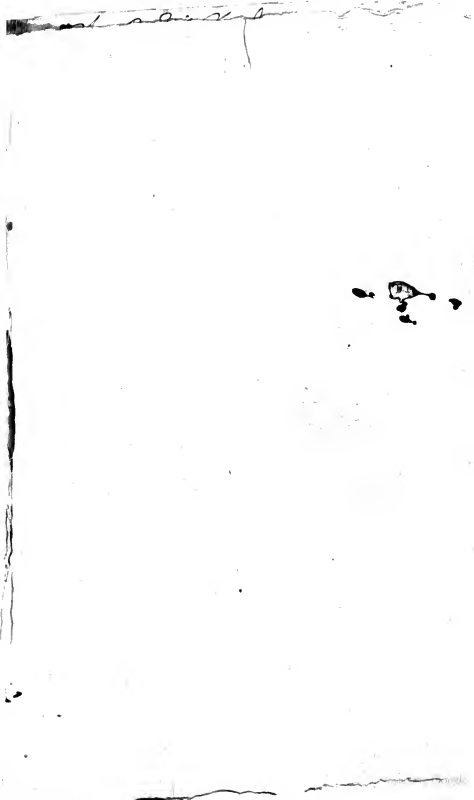
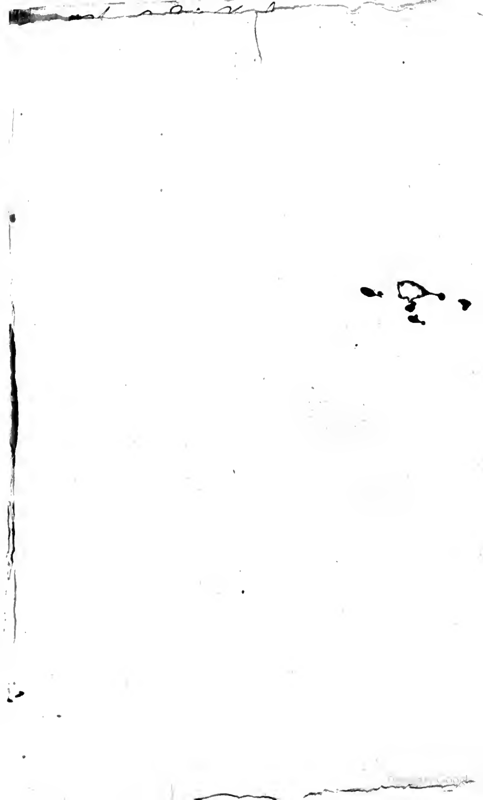
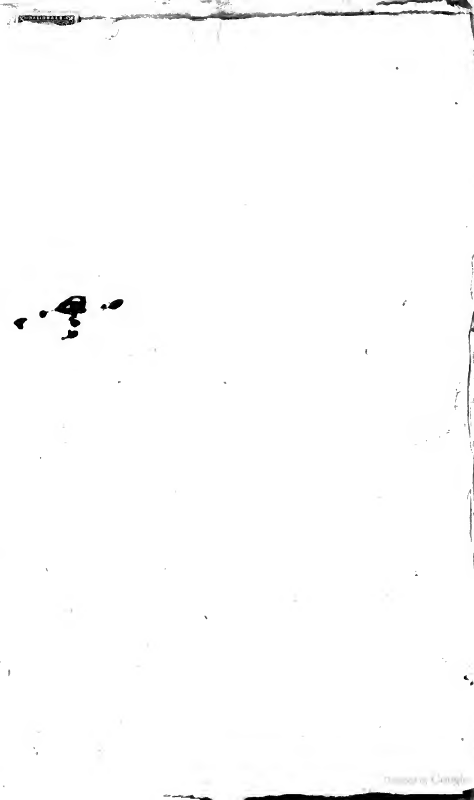
13
22 M
32



BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
22 M
32





R. P. IOSEPHI GIBALINI,

E SOCIETATE IESV THEOLOGI,

DE VNIVERSA RERVM HVMANARVM NEGOTIATIONE,

TRACTATIO SCIENTIFICA,

Vtrique foro perutilis.

EX IVRE NATVRALI, ECCLESIASTICO, Ciuili, Romano, & Gallico.

IN QVA NEGOTIORVM HVMANORVM ÆQVITAS per omnes negotiationis causas, materias, formas vniuersales ac singulares contractuum, commerciorum, atque συναλλαγμάτων diuersa genera, ex iisque ortas obligationes, scientificè & solidè explicatur, humanarum scientiarum & artium rectus ac prauus vsus demonstratur, singulorum statuum, officiorum ac munerum rationes, atque adeò vniuersæ Oeconomicæ & Politicæ traduntur.

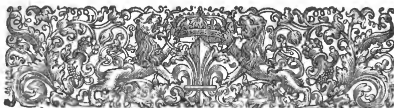
TOMVS SECVNDVS.

LVGDVNI,

Sumptib. PHILIPPI BORDE, LAVRENTII ARNAVD, PETRI BORDE, & GVILIELMI BARBIER.

M. DC. LXIII.

CVM PRIVILEGIO REGIS.



ILLVSTRISSIMIS, NOBILISS.QVE VIRIS DD.

MARCO-ANTONIO DV SAVZEY,

Equiti, Domino de Iarnosse, la Moliere, &c. in Lugdunensi Curia Prætori, Mercatorum Præposito;

Domino Francisco Lumague, Scutifero, Toparchæ d'Arcuis;

Domino Francisco Chappuis, item Scutifero, Domino de la Fay, de l'Aubepin, & de Vaudragon, in Lugdunensi Curia Senatori, Consulibus Lugdunensibus.

ESTRVM est (MERCATORVM PRÆPOSITE, VIGILANTISSIMIQVE CONSVLES) Emporij huius humana definire negotia, concessos à Regibus mercatus cognoscere, & censoriâ virgulâ praesse commerciis. Et sanè si fortunas, neruos Imperij non imperitè veteres appellarunt, quis nesciat hanc esse neruorum compagem cum capite, vt ab ipso exorti cerebro totam corporis molem subeant instar laterum. Quippè decuit motuum omnium artifices ei subiacere substantiæ quæ rationis & iudicij sedes est. Sic sapienter rem geritis publicam, dum vni intenti Regis obsequio, ciuitatis momenta motu quieto regitis, veréque Consules vnicè Patriæ bono consulitis. Testantur id laxatæ vbique viarum angustiæ, erecti aggeres, pontes refecti, strata itinera, vestræque Basilicæ splendor nouis picturæ luminibus illustratus. Vrbem augetis in dies substractionibus, & continuis accessionibus facitis ampliorem: nempè vestris excipiendis nominibus crescere debuit, quæ nouis fit quotidie laxior in-

crementis. Seruatis etiam ciuium iura, & nundinarum arbitri, mercimonij causas cognoscitis, talisque ac tanta est apud exteros ipsos authoritatis vestræ ratio, & reuerentia dignitatis, vt quæ semel vestro comprobata sunt calculo, vel rescissa, ea sancta, sacraque sint vbique gentium. Fauetis & litterariæ rei inter vtriusque fori negotia, ipsumque secuti Mercurium scientiarum & commerciorum præsidem Deum, eam ornatis palæstram in quâ formatur ætas tenerior. Sic immortalitati vestræ consulitis dum procuratis felicitatem publicam, & iuuentutem spem regni alteram, bonis moribus institui curatis. Tu quidem Mercatorum Præposite Illustrissime pro eâ quæ tibi insita est ad scientias indole, Themidis oracula sic amœnioribus temperas studiis, vt nobis Quirites illos togatos referas sapientia claros, & præcellentes virtute, quos orbi regendo pares suspexit antiquitas. Tu nempè maiorum tuorum hæres vestigiis, qui Biturigum præfecturas, Regumque nostrorum scrinia, summâ cum laude administrarunt. Paterno igitur, maternoque conspicuus stemmate iis natus es Heroibus, qui felicitatem publicam procurarunt. Accessisti eorum curis, & famam quam collegerunt olim dum viuerent, auges in dies tuis virtutibus. Assident Tibi in eâ rerum administratione viri egregij, omnesque Consulares ac Patritij. Vigent sanè celebrioribus excepta plausibus LVMAGORVM, & CHAPPVISIORVM nomina, in fastis Lugdunensibus sæpius repetita. Dabit (vt opinor) lucem aliquam huic meo operi splendor ille præfulgidus, interim dum Ego perennis perpetuæque clientelæ nomine viuam singulis,

Addictissimus,

IOSEPHVS GIBALINVS.

SERIES

SERIES CAPITVM, ARTICVLORVM, ET CONSECTARIORVM, Quæ in hoc posteriori Tomo de vniuersa negotiatione reperiuntur.

LIBER QVARTVS.

CAPVT PRIMVM.

CAPVT II.

CAPVT III.

CAPVT IV.

CAPVT V.

LIBER QVINTVS.

De impletione obligationis ex humanis commerciis ortæ. 301

CAPVT III.

CAPVT IV.

CAPVT V.

CAPVT VIII.

CAPVT VII.

CAPVT VIII.

CAPVT IX.

CAPVT X.

CAPVT

LIBER SEXTVS.

CAPVT

FACVLTAS

FACVLTAS R. P. PROVINCIALIS Societatis IESV in Prouincia Lugdunensi.

GVILLELMVS DE L'ANGE Prouincialis Societatis IESV in Prouincia Lugdunensi, iuxta Priuilegium eiusdem Societatis à Regibus Christianissimis Henrico III. 10. Maij 1583. Henrico IV. 20. Decembris 1606. Ludouico XIII. 14. Februarij 1611. & Ludouico XIV. nunc regnante 23. Decembris 1650. concessum, quo Bibliopolis omnibus prohibetur ne libros ab eiusdem Societatis hominibus compositos absque Superiorum permissione imprimant, Permitto Philippo Borde, & Laurentio Arnaud, vt librum cui inscriptio est *R. P. Iosephi Gibalini è Societate IESV Theologi, de vniuersa rerum humanarum negotiatione, Tractatio scientifica, vtrique foro perutilis, in qua omnes & singulæ obligationes, ex humanis negotiis, commerciis, contractibus & delictis, atque vniuerso genere συναλλαγμάτων orta scientificè & solidè explicantur. Ex Iure naturali, Ecclesiastico, Ciuili, Gallico, & Romano, tomis duobus*, ad sex proximos annos imprimere ac liberè diuendere possint. Datum Lugduni, die 19. Decembr. 1662.

GVILLELMVS DE LANGE.

Approbatio Doctoris Facultatis Parisiensis.

INgenij subtilitas, rationum pondus, doctrinæ, in omnibus & fidei Catholicæ, & probis moribus consonæ, soliditas, tam præclarè dimicant in opere inscripto. *R. P. Iosephi Gibalini de vniuersa rerum humanarum negotiatione Tractatio scientifica*, duplicem Thomum complectens: vt fœliciter ignoretur, cui victoriæ palma tribuenda sit. Quapropter non solùm Ciuitas Lugdunensis, variis per totum terrarum orbem negotiationibus perillustris: verùm & vniuersa Europa illud in sinum suum excipere gratulabunda festinet, eiusque Authorem, quasi suum peculiare oraculum, vbi difficultates in suis negotiationibus conscientiam spectantes occurrerint, omni cum fiducia consulat. Ita Censeo ego infrascriptus Facultatis Parisiensis Doctor Theologus: Lugduni die 3. Nouembris anno à Christo nato 1663.

F. CYRILLVS MOREL Carmeli Lugd. Prior.

Approbatio Vicarij Generalis.

EX ipso nomine Authoris iam à multis aliis ab eodem eruditè conscriptis operibus celeberrimi satis constat quanti facienda sit hæc *Tractatio scientifica R. P. Iosephi Gibalini, de vniuersa rerum humanarum negotiatione*, & idcircò visa superiori approbatione nos quoque hunc secundum Tomum æquè ac priorem dignissimum censemus qui in lucem prodeat, cùm non dubitemus quin vterque plurimum lucis afferat his subobscuris difficultatibus ad conscientiam pertinentibus, quæ quotidie circa varias hominum negotiationes oboriri solent: Lugduni die quarta Nouembris 1663.

DENEVFVILLE Abbas S^ti Iusti, Vic. Generalis.

CONSENSVS.

VIsis Superioribus Approbationibus, librum hunc *De vniuersa rerum humanarum negotiatione, Tractatio scientifica*, Typis mandari, & in lucem edi Sumptibus Philippi Borde, & Laurentij Arnaud, Bibliopolarum Lugdunensium, Ego Regis Consiliarius & Aduocatus in Lugdunensi Præfectura non impedio: Lugduni 4. Nouemb. 1663.

BOLLIOVD MERMET.

PERMISSIO.

VIso Aduocati Regij consensu, fiat vt petitur, & ne quis vltra concessam facultatem denuo excudat hunc librum prohibemus. Datum Lugduni die 5. Nouemb. 1663.

CHARRIER.

R. P. IOSEPHI GIBALINI

E SOCIETATE IESV THEOLOGI,

DE VNIVERSA RERVM HVMANARVM NEGOTIATIONE,

TRACTATIO SCIENTIFICA vtrique Foro perutilis.

EX IVRE NATVRALI, ECCLESIASTICO, Ciuili, Gallico, & Romano.

LIBER QVARTVS. DE SINGVLIS HVMANA Negotia agitandi modis.

HVMANARVM rerum negotiationem in vniuersum spectauimus primo, & secundo Libro; Tertio verò de variis negotiandi formis in vniuersum etiam egimus; quare placet isto de singulis ipsius modis disputare, omnia siquidem inter homines negotia aliquo ex illis perficiuntur, quare ipsorum explicata notitia necessaria est, ne quid contra æquitatem, aliásque virtutes in illis peccetur: quod vnum toto illo opere intendimus.

CAPVT PRIMVM.

De Promissionibus, & Stipulationibus.

ACTENVS disputauimus in vniuersum de pactis, & contractibus, eorúmque confirmatione, & dissolutione, iis siquidem omnis inter homines negotiatio, vniuersáque commercia constant, aut reguntur. De singulis nunc quæ propriùs humanam negotiationem conficiunt, agendum est, quam tamen operam magna ex parte iam occupauit noster tractatus *de vsuris, & commerciis*, cuius loca indicabimus, neque illic tractata retractabimus, sed si quid noui occurrat, adiiciemus hoc opere. Ordior à promissionibus, licet enim omnia facta & contractus mutuam, & reciprocam promissionem contineant, iisque explicatis videatur simul explicata natura promissionis, cùm tamen omnis promissio non sit contractus, sitque aliqua promissio non reciproca, quam liberalem dicimus, de ea disputamus hoc loco, eius enim naturæ cognitio ad alias promissiones reciprocas, quæ pacta & contractus sunt, necessaria omninò existit; quanquam de illa plurima diximus circa eius conditiones, & obligationes, quæ tamen hoc loco indicanda erunt ad doctrinæ methodum, & ordinem, & ne quid à nobis prætermissum esse per incuriam, & oscitantiam videatur.

ARTICVLVS PRIMVS.

Quid sit promissio, quid stipulatio.

Quid promissio, num. 1.
Quænam eius conditiones. 2. 3. 4.
Pollicitatio quid. 5.
Stipulatio quid. 6.
Eius nomen. ibidem.
Cur inducta fuerit. 7.
Ex qua causa fiat. 8.
Quomodo fieret. 9.
Qua lingua. 10.
Quibus verbis. 11. 12.
An inter absentes. 13.
An per epistolam. 14.
An mutet actum cui adiicitur. 15.
Diuisio stipulationum. 16.

1 PRomissio est spontanea, & libera obligatio facta alteri ad rem aliquam licitam; quæ definitio coincidit cum aliis quas Doctores afferunt. Debet verò hæc voluntas primò signo aliquo externo significari promissario, quod tum iure positiuo, 2
tum iure naturali necessarium esse ad valorem promissionis demonstrauimus *lib. 3. operis de vsuris c. 2. art. 1. num. 1.* cum Doctoribus ibidem adductis, quibus adde Anton. Gomes. *tom. 2. de contract. cap. 9. num. 1.* Rebell. *2. part. de obligat. inst. lib. 18. quæst. 1.* Layman. *lib. 3. tract. 4. cap. 1. n. 3.* Ferdinand. à Castro *tract. 28. de matrim. disp. 1. punct. 2. num. 8. & de iustitia commutat. disp. 2. punct. 1. num. 1.* Secundò de- 3
bet esse voluntaria, quod ita intelligendum est vt promissio sine voluntate faciendi, id quod promittitur illusoria quidem existat, obliget tamen si adsit voluntas promittendi, & se obligandi, sitque vera promissio, quamuis infidelis: quod si fiat animo ficto & sine voluntate promittendi aut se obligandi, inualida erit & nulla prorsus existit, nullamque obligationem iustitiæ afferet, sed solius fidelitatis quæ ferè semper leuior erit, cuius assertionis singulas partes fusissimè demonstrauimus *lib. 3. de vsur. & comm. cap. 2. art. 2. regula* 1. neque quidquam ibi dictis adiiciendum occurrit. Tertiò debet 4
promissio esse libera, quod non erit sine deliberatione & aduertentia plena quæ sufficiat ad peccatū mortale, alioquin non obligabit promissio nequidē sub veniali. Hanc assertionem explicuimus & pluribus probauimus *citato c. 2. ar. 3. in prima regula*, vbi quoque, qualis debeat esse illa deliberatio diximus.

Quænam vero ignorantia tollat eam deliberationem necessariam ad validitatem promissionis disputauimus *eodem art. in 2. regula*, asseruimusque nescientiam, siue ignorantiam tantùm negatiuam, neque inualidare, neque reddere inuoluntariam promissionem, quod tamen facit error & ignorantia positiua circa substantiam promissionis aut eius proprietates & conditiones substantiales rei, vel ita graues, vt moraliter existimentur ad illius substantiam pertinere, & denique circa causam finalem ac primo motiuam, siue ea ignorantia vincibilis sit, siue inuincibilis; error vero & ignorantia circa conditiones tantum accidentales aut causam tantum impulsiuam nihil officit validitati promissionis, eiusque obligationi, quæ omnia sunt loco adducto demonstrata.

Tertia deinde regulâ, vbi de dolo circa contractus disputauimus, quidquid ad promissiones decepti & fraudes ad promittendum inducti pertinet sufficienter indicauimus.

Pollicitatio vix à promissione differt, sed à pa- 5
cto quod duorum est, pollicitatio autem solius offerentis promissum *l. 3. D. de pollicitationib.* Vulgò in iure capitur pro promisso facto Republicæ aut Ciuitati de opere aliquo publico, ludisue *l. 5. D. ad l. Falcid. l. 3. §. debitores. D. de munerib. & honor. l. vnic. C. de ratiocin. oper. public.*

Stipulatio est promissio certa verborum formulâ 6
ad maiorem formalitatem facta Ideóque Paul. *lib. 5. sententiar.* dixit obligationum firmandarum gratiâ inductas fuisse stipulationes: & *lib. 1.* omnibus pactis subiici, vt ex stipulatu nascatur actio. Idem habet Iustinian. *§. 1. inst. de verbor. obligat.* vbi & stipulum quod veteres firmum dicebant, à stipite deduci posse significat, legi tamen vult Hotman. *pro à stipite descendens*, à στιπτῷ hoc est condenso, stipo; nam, & æs veteres stipem dicebāt ex Varrone *lib. 4. de lingua latina*, quia librales asses in aliqua cella stipabant, id est, componebant, quo minùs loci occuparent. Quare à stipando stipem dicere cœperunt, & stipendium ab stipe, quod alias monuisse me memini; stipare verò à στίβειν. Festus custodes corporis

corporis quos & latrones vocabant. ſtipatores dictos eſſe ait, ſiue quia ſtipati ferro circundant latera Regum, quo ſenſu dixit Horat. *lib. 2. ſatyr. 3. ſtipare Platona Menandro*, hoc eſt Platoni Menandrum comitem & ſtipatorem adiungere; ſiue à ſtipe quam mercedis nomine accipiunt, ſiue à ſtipa qua amphoræ cùm extruuntur firmari ſolent. Scaliger *in caſtigationibus*, exiſtimat ſtipam eſſe crucem ſeu patibulum humi, vt trophæum deſtitutum, cui argillam imponunt Plaſtæ, vt ſimulacra, quæ velint deforment. Græci vocant κάνναβον. Adducit & illud Tertulliani *in Apologetico, cap. 12. Crucibus & ſtipitibus impoſitis Chriſtianos, quod ſimulachrum non prius argilla deformat cruci, & ſtipiti ſuperſtructa. Et cap. 16.* diximus *Deorum veſtrorum à plaſtis de cruce induci.* Itaque ſtipa à qua ſtipes, propriè crux eſt, cui argillam imponunt plaſtæ. Neque prætermittam monere quod ibidem Scaliger vulgatam Tertulliani lectionem emendet: *Sypara illa labarorum & cantabrorum ſtola crucium ſunt.* Alij legunt *ſifara*, alij *ſiparia*, retinenda tamen eſt vox *ſipara*, eadem ſignificatione, qua ſuppara vela quædam nauium dixere Nonius, Lucanus, & Seneca, ſupparos, vel ſuppara, vela linea puellarum. Vnde Afranius *puella non ſum ſupparo ſi induta ſum.* Addit Tertullianus & *Cantabrorum ſtola*; ſic tamen plerique codices, & apud Minutium *Cantabra* leguntur: *Nam & ſigna ipſa, & cantabra, & vexilla caſtrorum quid aliud quàm inaurata cruces ſunt, & ornata.* Quare Baronius vult olim appellata eſſe cantabra, quæ nunc labara; id tamen nominis Turnebus à Latinis, Iunius à Perſis, Gretſerus à Germanis, Lacerda ab Hiſpanis, Cantabris deuictis repetit, dici etiam cantabra à Contis: alij denique quondam legere *Candelabrorum*, Scaliger legit *candes labarorum* κάνδυες enim eſt genus paludamenti Barbariei, quod in labaris depictum viſitur: ſed redeo ad ſtipam qua extruuntur amphoræ, & pro qua ſtipitem locis allatis vſurpauit Tertullian. Seneca pro palo *conſolat. ad Marcian. cap. 20. Atque per obſcæna ſtipitem egerunt.* Et feſtus ſtipitem quoque firmandæ amphoræ deſtinatum dixit, & pro fuſte etiam terræ defixo vſurpari, citatque Afranium, *Stipite oſtium impulit.* Attius in Menalippo, *reuolſo ſtipite.* Ennius, *ſtipites abiegnos.* Erant & ſtipites terræ defixi ad finium cuſtodiam. Alciatus *lib. 1. parerg. capit. 30.* ἀπὸ τῦ συνῶς; & ab σύφω deducit ſtipulationem: σύφω ſignificat adſtringere, vnde dicta συντηρία, cuius meminit Vlpian. *l. 3. §. fin. D. de rebus eorum*, ſignificatque alumen, ſiue aluminis minetam, à vi ſtringendi ſic appellatam. Verùm his omnibus reiectis apertè deriuat Paulus *leg. 5. ſententiar.* ſtipulationem à *ſtipulo*, quod firmum & ſolidum ſignificabat Romanis, ex Græco ςύφελον & ςυφλὸν, quod ςερεὸν ςερρὸν σκληρὸν Grammatici exponunt, inquit Salmaſ. *lib. de vſur. cap. 6.* Inde *ſtipulum*, deinde *ſtipulum. ſtipulari* firmare, & *ſtipulatio* quæ interponitur ad firmandum pactum vel promiſſionem. Hanc Græci reddidère ἐπερώτησιν, quia interrogatione fiebat, *Dabis? Dabo: Promittis? Promitto.* Et in Baſilic. Ecloga tit. 24. περὶ ἐπερωτήσεων καὶ ἐπερωτώντων, καὶ ἐπερωτωμένων, de ſtipulationibus & ſtipulantibus, & ſtipulatu promittentibus. Gloſſæ nouæ ςιπῦλον ἰσχυρὸν. Diſplicet porrò Iſidor. qui *lib. 5. cap. 24.* ſtipulationem deducit à ſtipula, *Quia*, inquit, *veteres quando ſibi aliquid promittebant, ſtipulam frãgebant, quam iterum iungentes ſponſiones ſuas agnoſcebant.* Quamuis enim daremus ſtipula fracta, & dimidiata vſos in hanc rem veteres, quid hoc, ad ſtipulationem vtuntur etiam hodie nonnulli taleâ lignea per medium diuiſa, cuius altera pars emptori, altera venditori traditur. Vſurparunt & Græci dimidiatos nummos ad eas teſſeras quæ σύμβολα dicerentur, ἡμίτομον νομισμάτιον appellant. Aliqui ſimul bibere ſolent, vt obſeruat gloſſa in §. 1. *inſtit. de verbor. obligat.* & dicunt perfectam tunc eſſe venditionem, quando partes biberint ſimul. Stipula dimidiata eundem forſan vſum præbuerit, nam & dicimus aliquem *ſtipulam cum alio fregiſſe*, qui eius amicitiæ renunciauit, & nullam cum illo vult habere conteſſerationem: non propterea tamen ſtipulatio à ſtipula, dicenda eſt, ſed à ſtipulo, quòd firma redderet pacta conuenta. Eſt igitur ſtipulatio certorum verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumue ſe quod interrogatus eſt, reſpondet, *l. ſtipulatio 5.* & *l. obligationum 51. §. verbis. D. de verbor. obligat. §. 1. inſt. eod. tit. l. 1. §. verbis. D. de action. & obligat.* Quare non eſt idem quod obligatio verborum, ſed eius cauſa, ſiquidem ſtipulatio eſt ipſa verborum conceptio ex qua naſcitur illa obligatio quæ ideirco verborum appellatur. Quare rectè dicitur ſtipulatio contractus ex quo verborum obligatio conſtituitur. Inter συναλλάγματα enim, & contractus quædam ſunt δίπλευρα ex quibus mutua obligatio naſcitur, vt emptio, locatio; quædam alia ſunt μονόπλευρα in quibus vnus tantùm contrahens obligatur alteri contrahenti: eiuſmodi eſt ſtipulatio in qua ex promiſſoris tantùm parte cõſtituitur verborum obligatio. Sicut igitur quilibet contractus diſtat ab obligatione quam parit, ita ſtipulatio differt à verborum obligatione, quæ etiam non tantùm ſtipulatione conſtituitur, ſed etiam dictione dotis & iureiurando liberti iurantis ſe donum, munus, operas patrono daturum. Caius 2. *inſtitut.* & *l. 2. §. vlt. D. de reb. credit.* Dicitur tamen ſæpius ſtipulatio potius adminiculum, & fulſmentum obligationum, & quoddam Iuris remedium, vt *in l. licet. C. familia Erciſcund. Stipulationis & Iuris remedio adhibito*: vocant vincula obligationum ciuilium; etſi enim ipſæ iam obligationes vincula ſint, fortius tamen vinculorum vincula ligant, ſiue vinculis adiecta alia vincula & catenæ; de illis interpretantur illud Horatij.

——*Mille adde catenas.*

Effugiet tamen hæc ſceleratus vincula Protheus.

Stipulationes igitur per ſeſe ſolæ non conſiſtunt, ſed ſunt aliarum obligationum fulcimenta & acceſſiones, quod oſtendit *l. & conuentionales 5. D. de verbor. obligat.* nempe vt id quod prius inter aliquos conuenit, mox verbis quoque ſtipulationis concludatur, & confirmetur, *l. ſi dominus. D. de præſcriptis verbis*, & in quæ ex priori conuentione vel cauſa non competit actio, competat ex ſtipulatu; vel vt præter eam quæ competit ex priori cauſa, competat etiam ex ſtipulatu, vel vt nouetur prior. Exemplum affert Cuiacius *in l. 1. C. de contrahend. vel cõmitt. ſtipulat.* ſtipulationis ſoluendi legati, quæ interponitur, vel quia ex teſtamento peti nequit, vt *l. fideicomm. D. de cond. indebit.* vel vt non tantum ex teſtamento, ſed etiam ex ſtipulatu peti poſſit, *in l. Lucius Titius. D. ad S.C. Trebell.* vel vt cauſa teſtamenti nouetur, *l. 1. §. 1. D. de nouationib.* Atque hæc eſt prima inter hunc & alios contractus differentia; nam reliqui omnes per ſe ſubſiſtunt, quoniam aliquid per eos negotij geritur: ſtipulatio vt iam dixi per ſe non conſiſtit, ſed alterius firmamentum eſt, vt quod iam inter aliquos vulgaribus verbis conuentum eſt, id verbis ſolemnibus concludatur *leg. 7. §. quod fer. D. de pactis. leg. Titia 134. D. de verb. oblig. l. 8. D. de præſcript. verb.* Obſerua porrò

aliud esse contrahi obligationem, aliud committi; contrahitur cùm verba pronuntiantur, committitur cùm id quod per eam promissum est, debetur, & cum ex ea agi potest, §.4. *inst. de verbor. obligat.* Obserua denique stipulari, instipulari, restipulari, promiscuè vsurpari, sicut è contrario spondere, promittere, repromittere, adstipulari: & adpromittere, est pro altero stipulari, promittere quod proprium est fideiussoris; exstipulari autem, & expromittere verba sunt, quibus nouatio fit, & non aliter vsurpantur.

7 Hinc colliges primò cur iure ciuili inducta sit stipulatio, nempe primò, vt pacta conuenta omnesq; aliàs obligationes, quibus subiiceretur, fortius adstringeret, ideóque ipsæ strictæ vocantur à Boëtio *6. Commentario in Topic. Ciceron. In bona fidei iudiciis iudices non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quærunt.* Deinde ipsæmet strictam interpretationem recipiunt, *l. quidquid adstringenda 99. D. de verbor. obligat.* & *l. ex stipulatu 44. D. de fideiussoribus.* Tertiò vt liceret agere actione, & ex stipulatu, etiamsi alia quæpiam suppeteret, quia nulla alia est actori commodior, vtilior, & fortior ad suum ius, & quidem summum, obtinendum, quàm actio ex stipulatu, quia stricta semper melior actori, quam actio bonæ fidei: cùm in iudiciis bonæ fidei nimia sit licentia Iudicis, in stricto iudicio vel nulla, vel arcta admodum est licentia Iudicis, & minor gratiæ, ambitionis, & sordium occasio. Quare in *l. si vendidero. §. Titio. D. de fur.* & *l. cùm quis. §.1. D. de solutionib.* ostenditur actori meliorem esse conditionem furtiuam, quæ est stricta, quàm negotiorum gestorum, quæ est bonæ fidei; idcircò contractibus bonæ fidei subiiciuntur vtplurimùm stipulationes, vt etiam possit ex stipulatu agere actor,
8 si malit agere directo & aspero iudicio.

Colliges secundò nullam stipulationem sine aliqua causa fieri, quæ ipsam vel præcedat, vel sequatur, & cui subiiciatur stipulatio; alioquin si nulla vel conuentio, vel causa existat, per exceptionem doli mali irritabitur, *l. 2. §. circa. D. de doli mali except. l. si is qui. D. de fideiussorib.* Et manifestissimè ostendit Caius *in institut.* stipulationem pendere ex alio contractu, conuentione, vel causa, cùm dixit *contrahi ex interrogatione dantis, & responsione accipientis*: nihil verò interest an causa præcedat stipulationem, an eam sequatur; semper enim causa propter quam interponitur prior esse intelligitur, licèt tempore posterior sit, vt *l. petens. D. de pactis, & l. 3. §. vlt. l. contra. D. ad S.C. Macedonian.*

Fiebat olim stipulatio directis verbis & solemni-
9 bus *l. 10. C. de contrah. & com. stipulat.* hoc est verbis ciuilibus & legitimis, quibus nimirum leges & consulti iuris ciuilis vtuntur, eiusmodi sunt nuper à nobis allata, *Spondes? Spondeo, Fidepromittis, Fidepromitto, Fideiubes, Fideiubeo*, qua de causa in contrahendis stipulationibus adhibebant Iurisconsultos, qui earum formolas dictarent, vel præirent, ideoque Acontius *in ep. ad Cydippen. apud Ouid. Epistola 9.* ait amorem sibi fuisse iurisconsultum, & sponsionis verba dictasse.

Te mihi compositis, si quid tamen egimus arte,
Astrinxit verbis ingeniosus amor.
Dictatis ab eo feci sponsalia verbis,
Consultoque fui iuris amore vafer.

Et *lib. 1. amor. Eleg. 13.* de properãte *aurora questus.*

Atque eadem sponsum consulti ante atria misit,
Vnius vt verbi grandia damna ferat.

Adibantur Iurisconsulti vt vnum verbum vel dictarent, vel interpretarentur, quia vno verbo qui stipulabatur, obligabatur, *Spondeo, Fideiubeo, Fidepromitto.* Quare Tullius pro Cæcinna; *Si quis id quod spopondit, qua in re verbo se vno obligauit, non præstat, maturo iudicio condemnatur.* Affirmat Cuiac. *in l. 1. D. de verb. obligat.* se legisse antiquos contractos in cortice scriptos, in quibus ita erat perscriptum *Verbis solemnibus spepondi.* Existimarunt aliqui hæc verba solemnia fuisse σύμβολα, vt in testamentis æs & libra, & in interrogationibus testium aurium attrectationes, in deferendis honoribus χαρτισμὸς, fructuum porrectiones, in manumissionibus alapæ & symbola *l. vlt. C. de emancip. liber. & Nouell. de Consul.* Reiicit autem Cuiac. primò quia verba non sunt symbola, nisi sint allegorica, cuiusmodi non sunt stipulationum verba. Deinde rei quæ agitur substantia in symbolis eius non consistit, cùm tamen stipulationis substantia verbis illis solemnibus consisteret, alioquin æquè dicere posses rem in mutuo, litteras in obligatione litterarum, & consensum in emptione esse symbola: quia sicut stipulatio verbis, ita mutuum rebus, litteris obligatio litterarum, & consensu emptio perficiuntur. Denique si quod hîc quærendum foret symbolum, illud esset potius manus, quã hæc verba quibus ipsa obligatio substantialiter constituitur: nam promittere est dextra & manu promittere. Lucian.

Elatasque altè quoscumque ad bella vocares
Promisere manus.

Festus verò ait mancipem quidquid à populo emit vel conducit manu sublata declarare se emptionis vel conductionis authorem esse, hanc tamen solemnium verborum rigidiorem necessitatem sustulit Leo Imperator *in l. 10. C. de contrahend. & commit. stipulat.* voluit enim omnes stipulationes quibuscumque verbis, licèt non directis & solemnibus, consensu contrahentiũ compositas, suam habere firmitatẽ. Debent tamen illa verba apta esse ad interrogata & responsa, ita vt interrogatio præcedat, & sequatur responsio modo explicatu. Stipulationes olim scribi ferè solebant, quod colliges ex Plauto *in milit. glorioso: Habes tabellas?* Parasit. *Vis rogare, habeo & stylum.* Eam consuetudinem sæpius in pandectis obseruabis, *vt in l. iuris gẽtium 7. §. quod ferè. D. de pactis. l. & vno 18. D. de acceptil.* Cõtrahebatur etiã stipulatio siue scriptura adhibitis testibus. Cic. pro Comœdo, *Stipulatus es? vbi? quo die? quo tempore? quo præsente? quis spopondisse me dicit? nemo.* Et mox, *Hæc pecunia necesse est, aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit; datam non esse Fannius confitetur, expensam latam non esse Fannij Codices confirmant, stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.*

Hinc solues vulgarem quæstionem qua lingua fieri debeat stipulatio. Et quidem olim cùm directis & legitimis verbis facienda erat, & directa verba iuris ciuilis latina essent, ea quoq; lingua latina vsurpanda fuit. Deinde tamen etiam ante constitutionẽ Leonis receptum fuit, vt quacũque lingua fieri posset stipulatio. Primus quidem Fabinus videtur induxisse, vt Græca lingua concipi posset, postea sensim hoc ius etiam ad quãuis aliam linguam productum est, & quidem sapienter, cùm enim stipulatio possit accedere omnibus negotiis, etiam iuris gentium, quacumque lingua contrahantur, decet eundẽ esse sermonem accessionis & negotij principalis, *l. 1. §. vlt. D. de verbor. obligat.* & *l. Græcè. D. de fideiussionib.* Quare siue quis Græcè aut Latinè, aut Syriacè, aut Persicè, aut Gallicè interrogauerit, & alter eadem, aut alia quapiam lingua responderit, modo sese mutuò intelligant, aut per se, aut per interpretem, fiet stipulatio; neque inde benè

colligunt

colligunt aliqui ſtipulationem eſſe iuris gentium, & non iuris ciuilis, quia non ſemper quæ iuris ciuilis ſunt Latina linguâ fiunt, nam factio teſtamenti iuris ciuilis eſt, nec potuit olim niſi verbis Latinis fieri, hodie fit quacumque lingua ex conſtitutione Theodoſij. Neque dicas acceptilationem eſſe iuris gentium *l. an inutilis.* §. 1. *D. de acceptilat.* Igitur & ſtipulatio, quæ illi opponitur, cùm eadem ſit origo obligationis quæ liberationibus. Reſpond. enim eandem *l.* adducere, *hoc iure vtimur*: ſicut & dicitur *l.4. D. de tranſlationib.* quia hodie non tantùm obligatio verborum tollitur acceptilatione, ſed quæuis alia, inuento nouandi modo per ſtipulationem Aquilianam. Interdum igitur quæ iuris ciuilis ſunt, in ius gentium quodam modo tranſmutantur; inde verò confirmatur ſtipulationem iuris ciuilis eſſe, quod deportatus non obligetur *ex ea l. quoties, in fin. D. de nouat.* cùm tamen ex aliis contractibus obligetur, *l.* 15. *D. de inter. & relegat.* Denique ſtipulationis obligatio opponitur naturali *l.* 126. §. *Chryſogonus. D. de verbor. obligat.*

11 Hinc vides non fieri poſſe ſtipulationem, niſi vtraque parte loquente, *l.* 1. *D. de verb. obligat.* cùm interrogatione, & reſponſione conſtet, in eoque differt à cæteris contractibus, qui vel ſolo conſenſu, vel rebus, vel litteris fiunt, aut ſi verbis, non exigunt vtriuſque contrahentis verba, nam dictio dotis, & iuſiurandum liberti, vno loquente fiunt: deinde nutu ſolo pleraque conſiſtunt, *l. obligamur* 52. §. *vlt. D. de obligat & action.* vt fideicomm. *l. nutu. D. de legat.* 3. *l. & in epiſtola. C. de fideicomm.* ſi interrogatus an prædium reliquerit, adnuerit. Nutu quoque fiunt delegationes, *l. delegare* 2. *D. de nouat.* Iuſſa quoque, & cætera quæ ſermonem non exigunt. Denique contractus qui conſenſu perficiuntur, ſi quis interroganti annuat, vtiles erunt ad agendum, in ſtipulationibus ſecus contingit, vt diximus, opus eſt enim vtriuſque contrahentis ſermone. Quare neque mutus, neque infans, neque abſens ſtipulari poteſt ex Vlpian. *l.* 35. §. 1. *D. de verb. oblig.* Eſt quoque interroganti reſpondendum, idque continuò & congruenter: continuò quidem; quare ſi præſens interrogauit, & antequam ſibi reſponderetur diſceſſit, inutilem facit ſtipulationem, ſi verò poſt paulò reuerſo reſponſum eſt, valet ſtipulatio, & interuallum medium non vitiat obligationem, *l.* 1. §. 1. *D. de verb. obligat.* Dices *l. continuus* 137. *D. eodem*, dicitur interrogatori *cominus* eſſe reſpondendum, id eſt confeſtim, & è veſtigio: verùm explicat ſe ipſe Venuleius, cuius eſt ea lex, cùm addit: *Si poſt interrogationem aliud acceperit*, nihil prodeſſe ſtipulationem, quamuis eadem die promiſſor reſpondiſſet, hoc eſt, ſi poſt interrogationem aliud quidpiam aggreſſus fuerit, nihil actum erit, quamuis eadem die promiſſor ſpoponderit. At ſi aliud negotium non acceperit, dummodo eadem die reſpondeatur, medium tempus nihil nocebit, nec videbitur eminus factum, quod eadem die nullo interiecto extraneo negotio factum erit.

12 Congruenter quoque reſpondendum eſt, cùm interrogatio & reſponſio conuenire debeant. Quare ſi purè interrogatus, reſpondeat ſub conditione, vel contra, inutilis eſt ſtipulatio. Si interrogatus intra Kalendas, reſpondeat Idibus, & denique quoties reſpondens aliquid adiicit, vel detrahit obligationi, vitiatur ſtipulatio, *l.* 1. §. *ſi quis ſimpliciter. D. de verb. obligat.* Excipi tamen niſi ſtipulatori diuerſitas illa reſponſionis illicò placuerit, tunc enim noua, aliaque ſtipulatio contracta eſſe videtur, modò tamen reſponſio in interrogatione, vel interrogatio in reſponſione inſit: v.g. ſi tibi decem ſtipulanti, reſpondeam viginti, licèt illico tibi placeat reſponſio, non contrahetur obligatio niſi in decem, quia me de decem, non de viginti interrogaſti. E contrario ſi interroganti viginti reſpondeam decem, idque mox ſibi placeat, non contrahetur etiam obligatio niſi in decem: quod ſi roganti Stichum, Stichum & Pamphylum reſpondeam, valebit in Sticho ſtipulatio, quia duæ ſtipulationes quodammodo ſunt, vna vtilis, altera inutilis, quæ vtilem non vitiat, *l.* 1 §. *ſed & ſi mihi. D. de verb. obligat.* quod aliter continget ſi Stichum & Pamphylum interroges, reſpondeam autem Stichum, *l. inter* 83. §. *item ſi ego. D. eod.* §. *autem priori* ſi Stichum aut Pamphylum ſtipuler, & vnum te daturum ſpondeas, non teneris, quia conſtat ad interrogatum non eſſe reſponſum. Itaque alia eſt ratio in ſummis, alia in corporibus, vt monet *citata l.* 83. Paul. quia in corporibus plures ſunt ſtipulationes, ex quibus vni reſponderi videtur, illaque tantum tenet: in ſummis vna eſt ſtipulatio, cuius tantummodo parti reſponſum videtur, cùm interroganti viginti reſpondetur decem. Deinde ideo ſtipulanti decē aut viginti, ſi reſpondeo decē ſimpliciter, valet ſtipulatio, quia minima tantùm ſumma in ſtipulationem deducta videtur *l. ſi ita ſtipulatus fuero* 12. *D. eod.* ſi vero ſtipulanti Stichum aut Pamphylum reſpondeo ſimpliciter Stichum, non valet ſtipulatio *l.* 83. *citata*, quia non alter tantùm, ſed vterque in ſtipulationem deducitur; quare qui alterum tantum reſpondet, recta ad propoſitum non reſpondet. Quorum omnium ratio eſt, quia cùm non contrahamus cum inuito, vtriuſque conſenſus neceſſarius eſt, ideoque illa ſola res in ſtipulationem venit, de qua vterque conſenſit, & diſſenſus inter reſponſionem & interrogationem vitiat ſtipulationem, vt de diſſenſu in corporibus oſtendi. Quod ſi interroganti purè, reſpondeatur ſub conditione, vel contra, & ſtipulanti intra Kalēdas, reſpondeatur Idibus, licèt illico placeat diuerſitas reſponſionis, non tamen conualeſcet ſtipulatio: quia non ſatis eſt placere diuerſitatem, niſi ex parte aliqua conſentiant interrogatio & reſponſio, hoc eſt aliqua ex parte vna inſit in alia, atqui puræ orationi non ineſt conditionalis, vel contra, & Kalendis non inſunt Idus poſt Kalendas futuræ.

Quæres an valeat ſtipulatio imperſonaliter concepta.

Reſpond. valere *l. vlt.* Alciat. *l.b.* 2. *parerg. cap.* 18. & Cuiac. *ad l.* 6. *D. de verb. obligat.* Nam interroganti *Dabis?* qui reſpondet *Dabuntur*, idem ſignificat, ac ſi diceret *Dabo*, quod ex Plauto oſtendit Alciat. qui tamen malè negat idem valere in conſtituta pecunia, ex *Nouella* 115. §. *vlt.* Vt enim ſapienter argumentatur Cuiac. ſi hoc modo rectè fit ſtipulatio *Promittis? Promittuntur*, ita fiet conſtitutum, ſi animus conſtituendi fuerit *Satisfacis? Satisfit: Conſtituis? Conſtituitur.* Eſt enim ἀδιάφορον, neque contrarium vult Iuſtin. in illa Nouella, ait enim tantùm conſtitutum nullum eſſe ſi fiat hoc modo, *Satisfacis? Satisfiet*; quia etiam ſtipulatio iſta inanis eſſet, *Promittis? promittentur.* Et ſanè, quod malè negat Alciat. pacta etiam interrogatione & reſponſione fieri, poſſunt, *l. Iuris gentium* 7. §. *quod ferè. D. de pactis*, neque differt pactum ab ſtipulatione, niſi animo, & concluſione tractatus.

13 Sequitur denique stipulationem inter absentes factam nullius esse momenti, vti iam diximus, quia quod fit inter absentes, fit solo consensu, & non verbis, & verba sunt tantùm præsentium: quare si in instrumento stipulationis redactæ in litteras dicitur promisisse quempiam illud vel illud, nullo alio adiecto, omnia tamen solemniter acta fuisse præsumetur, nempe præcessisse interrogationem conceptam verbis directis, & responsionem congruam, si modo ita ex scripto res gesta sit inter præsentes, idque omninò vult *l. 1. C. de contrah. & committit. stipulation.* & *leg. Titia 134. §. penult. D. de verb. obligat.* Quare Cuiac. *in l. citat.* existimat hæc verba *Si res gesta inter præsentes, & non absentes:* inserenda esse *in l. sciendum 30. D. de verbor. obligat.* & *§. vlt. institut. de fideiuss.* & *§. si scriptum. inst. de inutilib. stipulation.* in quibus locis dicitur omnia præsumi solemniter acta ex scriptura tunc facta. Quare si scriptum sit aliquem fideiussisse, solemnis stipulatio interuenisse intelligitur, & quod scriptum est quasi actum, videtur etiam actum; & si scriptum sit promisisse aliquem, videtur solemnis stipulatio interuenisse, vt dicitur locis citatis, & scribit Paulus *lib. 5. sentent. tit. 7.* Est verò tanti momenti ea scriptura, vt aduersus eam testes non admittantur ex eod. Paul. *lib. 5. sentent. tit. de testib.* & *lib. 21. Basil. tit. 1.* ἄγραφος μαρτυρία κατὰ ἐγγράφου μαρτυρίας ἰσχύειν οὐ δύναται, non scriptũ testimoniũ contra scriptum valere non potest. Quare *leg. pen. C. de contrah. & committit. stipulat.* constituit Iustinian. vt si scriptum sit Seium fecisse stipulationem, aduersus eam scripturam testes non admittantur, quasi serui illi non adfuerint quos adfuisse scriptum est, vel quasi non fuerint serui eius cui stipulati fuerint; quia plerique honestiores viri, licèt ipsi contrahant, malunt seruorum quàm sua nomina publicis instrumentis inscribi, *l. pupillus. §. sanè. D. de admin. tutor.* Neque volunt contractus suos δημοσιεύεσθαι vt loquitur Iustinian. in edicto 7. quod idem contingit in fœminis honestioribus, quæ in publicum prodire erubescunt, & quas vt ait Senec. *lib. 2. de benefic. Naturalis pudor non omnibus perperam se manifestare concedit.* Sunt enim vt vocat Diu. Paulus ὀκνηροί. Præterea si scriptum sit rem gestam fuisse inter præsentes, nõ admittentur testes aduersus eam scripturam, si modo contractus tempore contrahentes fuerint in ea Ciuitate, nisi testibus probetur eos tũc alibi fuisse, est enim tunc ἔλεγχος τῶν κατὰ φύσιν ἀδυνάτων, vt loquitur Ari. & illo subruetur scriptura. Vnde Cic. *lib. 1. de Inuent. Si vos me istud eo tempore fecisse dicitis, ego autem eo ipso tempore trans mare fui; relinquitur vt quod dicitis non modo non fecerim, sed nec facere potuerim.* Admittuntur quoque testes contra scripturam, quoties ambigua est, eiusque interpretatio dubia, quod ostendit Cuiac. *in leg. 30. D. de verb. obligat.* Porrò ne quid omittam legem illam suam qua contra scripturam seruos fuisse stipulatos, admitti prohibet testes, Iustinian. ad Cæsarienses Aduocatos se scripsisse ait *§. item verborum. Instit. de inutilib. stipulat.* eam tamen ad Ioannem Præfectum Prætorio Orientis, & Illyrici mittit, vt huiusmet legis inscriptio *in citato Cod.* demonstrat, qua similitatione legem quam promulgauit ad eosdem Cæsarienses Aduocatos, *Institut. quibus alienar.* eandem dirigit ad hunc Ioannem, *l. sancimus. 1. C. de administrat. tutor.* Alia exempla dabit Cuiac. *in l. pen. C. de contrah. & commit. stipulat* solitique sunt principes mittere ad summos Magistratus leges, quibus respondent quæstionibus, postulationibus, interrogationibus, consultationibus Aduocatorum, vt per eos Magistratus innotescant Aduocatis, & vniuersæ ditioni.

14 Restat denique quærere, an per epistolam fieri possit stipulatio? Et quidem si inter præsentes rectè fiet, & non inter absentes, nam etiam præsentibus mittuntur epistolæ cautionales, quarum sanè non meminere Rhetores, harum tamen epistolarum vsum iam ostendimus ex *leg. 1. C. de contrah. stipulat.* & *l. Titia 134. §. pen. D. de verb. obligat.* vbi supponitur epistolam, qua quis cauit, aut promisit se alteri daturum vel facturum aliquid, factam fuisse inter præsentes, ideoque esse stipulationem. Similes alias epistolas Rhetoribus ignotas, quæ & inter præsentes, & inter absentes fiunt, quales sunt fideicommissariæ & conuentionales, enumerat Cuiac. *ad l. 1. citatam.*

15 Quia porrò diximus stipulationem subiici contractui vt illam firmet, quæritur an mutet naturam actus cui adiicitur, an vero reguletur secundum eius naturam, siue vt alij loquuntur, an stet principaliter, aut accessoriè tantum, dicendumque est regulari secundum naturam actus, quem firmiorem tamen reddit; quia pendet ex negotio conuento de quo agitur. An verò nouet contractum, & transfundat obligationem prioris contractus in aliam obligationem, stipulationis scilicet, impediatque proinde oriri actionem ex contractu; distinguendum est; quando enim certo contractui accedit vt venditionis, locationis, & aliis eiusmodi, siue simul & semel cum contractu illo ponatur, siue præcedat, siue sequatur; non nouat contractum, tuncque oriuntur duæ actiones, vna ex contractu, altera ex stipulatione: quando verò contractui non certitudinario, vt loquuntur, qui potest esse & nõ esse, vt numeratio, traditio, stipulatio, adiicitur vel simul, vel prius, vel incontinenti post contractum, semper oritur actio, & stipulatio, & numeratio, vel traditio præsumitur interuenisse ad implendam stipulationem, quando verò sequitur ex interuallo contractum, præsumebatur olim nouatio contractus, non verò hodie, nisi hoc expresiè agatur *l. fin. C. de nouation.*

16 Explicatâ stipulationis naturâ eius diuisio assignanda est. Multiplex vero illa est, primò enim stipulationes aliæ sunt diuiduæ, aliæ indiuiduæ pro ratione rerum, quæ in stipulationem deductæ sunt, & ab illis contractus & stipulationes diuiduę & indiuiduæ dicũtur, indéque diuersa oritur obligatio, & eius liberatio vario modo fit, de quibus plura diximus *cap. 2. art. vlt.* & iterum nonnulla dicemus *art. 4.*

Secundò alia est stipulatio pura, alia sub conditione, alia sub modo, alia in diem, de quibus *cap. 2.* pluribus articulis fusè fuit actum, & si quid omissum fuerit dicemus *art. 4. citato.*

Tertiò aliæ sunt stipulationes dandi, aliæ faciendi, priores ad rem aliquam obligant, posteriores ad factum, & operam, sunt & quædam, quæ ad vtrũque obligant. Stipulationes porrò in faciendo comprehendunt etiam res quæ in non faciendo consistunt, v.g. *per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi heredique meo per fundum tuum ire, agere liceat*, conforme est, si stipulet mihi ire licet.

Quartò aliqua est stipulatio pœnalis, alia non pœnalis sed simplex, quando adiicitur pœna, v.g. si aduersus ea factum erit tot dari, si quid aduersus fiat pœna petitur, quando verò non additur, non petitur pœna, sed si quid interest fuisse factum aduersus stipulationem.

Quintò omnium celeberrima diuisio est in stipulationes iudiciales, prætorias, communes, & conuentionales. Iudiciales à mero iudicis officio proficiscuntur

ciscuntur, quia vbicumque æquitas exigit cautionem interponi, etiam si casus sit in quo per nullam legem stipulatio indicta sit, iudex tamen ex officio sibi à legibus concesso potest facere eam interponi, quare eiusmodi stipulationes non sunt ordine recensitæ, aut sub certis titulis comprehensæ, sed per vniuersum ius Ciuile sparsæ, veluti de dolo cautio in rem, vel metus causâ, vel ex stipulatu, quia iudex in restituenda re, de qua agitur cauere debet dolum malum abesse *l. præterea. l. si homo. D. de rei vindicat. l. metum 3. l. item Iulianus, §. ex hoc. D. quod metus causâ.* Sunt & aliæ quamplurimæ, quæ iudicis officio interponuntur, Familiæ Ercifcundæ *l. puto. l. heredes. §. contra. D Familia Ercifcund.*

Prætoriæ stipulationes, sunt quæ iubente Prætore, siue ex edicto Prætoris interponuntur. Ex iis aliæ sunt iudiciales, quæ propter iudicium interponuntur, *l. 1. §. 1. D. de prætor. stipulat*, veluti *iudicatum solui*, aliæ quæ interponuntur authore Prætore ante litem contestatam, vt de noui operis nuntiatione, qua promissor se obligat, si iudicatum sit: easdem hæc stipulatio, quas *iudicatum solui* causas & clausulas habet de re iudicata, de re non defensa, de dolo malo *l. 6 l. ex clausula. D iudic. solu. l. si stipulatio §. habet. D. de noui oper. nuntiat.* Iustin. *Nouel. 53.* vocat. ... Aliæ vero prætoriæ stipulationes cautionales sunt, quæ instar actionis obtinent, & intercedunt, vt noua sit actio, veluti damni infecti, vt cui est actio Aquilia, sit etiam actio ex stipulatu: quæ & aliæ eiusmodi sunt conditionales stipulationes, illæ tamen propriè conditionales dicuntur quæ instat actionis obtinent, *l. non solum D. rem. rat. hab l. actionis. D. de action. & obligat l. si ambo §. in stipulationibus. D. de compens* dicuntur verò instar actionis habere, quia vt actiones à Prætore petuntur & dantur ex edicto, illæ vero quæ dicuntur iudiciales, non petuntur, sed officio Prætoris interponuntur iudicij constituendi & conformandi causâ.

Prætoriis similes sunt ædilitiæ, veluti cautiones quæ de morbis & vitiis venalium rerum ab ædilitio edicto veniunt, quibus adde & Tribunitias stipulationes, de quibus Vlpian. *in fragm. tit. 7.* Communes stipulationes sunt, quæ iubente Prætore vel Ædili, & interdum officio Iudicis interponuntur, vt *rem pupilli saluam fore*; quæ prætoria dicitur, *l. 1. D. prætor. stipulat.* & interdum officio iudicis interponitur, vti explicat Theoph. *in tit. de diuision. stipulat.* Dupla stipulatio communis quoque est, nam dupla promittitur ex edicto Ædilium, si prædia vel mancipia, vel res pretiosæ veneant, *l. emptori. §. 1. D. de euict.* interdum officio Iudicis interponitur *l. si quis à multis, in fin. D. de nox. action. l. heredes. §. pen. D. Famil. Ercisc. l. item quamuis. §. vlt. D. commun. diuid.* Idem ostendit Cuiac. in stipulatione *rem ratam haberi*, & in stipulatione *quod amplius quam per legem Falcid. liceret, acceperis, reddi.*

Quæres quid intersit an stipulatio sit iudicialis, an prætoria. Respond. iudiciales non requirere fideiussores, aut pignora, sed simplici cautione, per promissioné ordinariè contentas esse *l. sancimus 3. C. de verbor. significat.* in Prætoris vero stipulationibus fideiussores regulariter requiruntur, *l. prætoria stipulationes, D. de prætor stipulat.* Secundò prætorii stipulationes pœnales finiuntur vno anno, quia Prætoris potestas tantum annalis est; iudiciales sunt perpetuæ.

Côuentionales stipulationes neque ex iurisdictione veniunt, neque ex officio iudicis, sed ex conuentione reorum, hoc est contrahentium, cuius generis sunt innumeræ, sicut & negotia sunt innumera, quibus contrahendis adhibentur stipulationes, vt verborum obligatione constringantur. Plurimum vero interest vtrum stipulationes veniant ex conuentione reorum, an ex iurisdictione Prætoris; nam conuentionales ... certam formam siue legem non habent, mutatur namque earum forma reorum arbitrio, quod nos formam & legem contractus dicimus; Græci ... *lib. 5.* ... *tit. 4.* ... & 58. ... Prætoriæ stipulationes sicut & actiones certam & immutabilem formam habent, veluti damni infecti, iudicatum solui, & prætoriarum actiones nihil eis addere, vel detrahere possunt, *l. nec ex pretorio 27. D. de diuersis regul. iur. & l. 1. §. vlt. D. de prætor. stipulat.* Tertiò in conuentionalibus si ambiguus sermo acciderit, contra stipulationem fit interpretatio, non verò in prætoriis, quia stipulator non dat eis formam, sed Prætor, quare & ad ipsum earum interpretatio pertinet *l. in prætoriis D. de prætoria stipulat.*

ARTICVLVS II.

De materia Promissionis & Stipulationis.

Possibilitas rei promissæ. 1.
Quid de promissione alieni facti. 2. 3.
Ad quid tenearis si pars rei promissæ sit impossibilis. 4.
Determinatio rei promissæ. 5.
Honestas rei promissæ. 6.
Materia promissionis possibilis esse debet, & honesta, siue licita. ibid.

DE possibilitate quidem nullum dubium esse potest, cum ad impossibile nullus obligetur, *leg. impossibilium 185. D. de regul. iuris.* Quare si quis promiserit rem in indiuiduo determinatam, quæ tunc perierat, aut quæ periit antequam aduenirit tempus eam exhibendi, inualide promittit, quia impossibile est implere quod promissum est. Ideoque nisi sit in mora culpabili soluendi, quando periit ad nihil tenetur. Ita Molina *tract. 2. disp. 269.* & habetur *l. verborum 107. D. de solution.* Si tamen aliquid remansit quod retineat eandem rationem quam habuit in toto, id dare debebit, vt si ex naui remanent tabulæ, aut ex æde lapides; secus si sint diuersæ rationis, quam in toto. Ita carnes animalis promissi non debentur. Quod si res promissa periit post diem, quo soluenda erat, periit promissori, nisi fuerit tunc legitimè à solutione excusatus. Idem valet quando pars determinata alicuius totius promissa periit vnà cum suo toto, vt aliquot modij frumenti, quod naui vehebatur. Quod si promissor se obstrinxerit ad aliquam pœnam, nisi ad certam diem quidpiam daret, si illud periit modo explicato, promissio periit, & si promissor aliunde fuerit legitimè excusatus à solutione, non tenebitur ad eam pœnam, quia debitor excusatur à pœna etiam conuentionali, quando per ipsum nô stetit solutio, quod docet Couuar. *in cap quamuis pactum 2. part. §. 5. n. 4.* Inter impossibilia verò non censetur res quæ nondum actu existit, sed est adhuc in spe, vt fructus prædij, partus ancillæ. Quare ista promitti possunt subintellecta conditione, si nascantur, & promissor tenetur non impedire rerum illarum ortum.

Non est verò necesse ad promissionis nullitatem, 2 vt

vt eius materia sit in sese, & ex natura sua impossibilis; sufficit enim si eius vsus, aut executio sit promittenti impossibilis, illum enim vsum aut executionem promittit. Quare quæ sunt in alterius tantùm potestate, & non in nostra, non sunt materia idonea promissionis, quia quod est in alterius tantùm potestate non est possibile promittenti. Vnde §. *si quis alium 3. inst. de inutilib. stipulat.* si quis alium daturum, facturúmue quid promiserit, non obligatur; si tamen promisit se curaturum vt alius quidpiam efficiat, tenetur, quia iam proprium factum promisit, atque hunc semper sensum facit promissio alieni facti, vti diximus *cap.* 1. & obseruat Couarru. *in cap. quamuis pactum, 2. part. §. 5. n. 1.* Quod verum est etiamsi iuramento promissionem suam confirmarit, vt docet idem *n.* 2. liberatur autem promissione si possibilem adhibuit diligentiam, vt aliter efficeret. Liberatur etiam à pœna & interesse, vt ibidem ostenditur *n.* 4. *&* 5. quod omnino certum est, quando difficultas non oritur ex promissione alieni facti, sed ex eo qui facturus erat. Nihilominus si promissor se adstrinxit ad pœnã certam, nisi aliud quidpiam effecerit, illo nõ faciente, pœnã subire debebit. §. *versa vice 20. inst. de inutilib. stipulat* quod Iure Ciuili valere affirmat Couarru. *ibid.* varia iura allegans; quia Ius Ciuile promissionem absolutam de re aut opera aliena non interpretatur tantùm de cura adhibenda, vt alius quidpiam præstet, vti Ius Canonicum. Idem dicendum quoque est in vtroque iure, quando ex subiecta materia videtur colligi consensus obligationis ad pœnam, vel interesse, si qui facturus est, non faciat, licèt promissor ad id omnem diligentiam adhibuerit, quod nonnulli colligunt ex clausula *cum effectu*; cùm quis dicit se curaturum *cum effectu*. Inde tamen non sumi manifestum indicium huius rei nisi accedant vrgentiores aliæ circunstantiæ, sapienter vidit Couarru.

3 Præterea quando defunctus promisit se aliquid facturum, licèt dum id promisit non meminerit specialiter hæredum, tenentur tamen eius hæredes, *l. si quis 15. C. de contrah. stipulat.* Denique si quis promisit alium sistere in iudicio, aut alium aliquid ratum habiturum, si ille alius non compareat, aut ratum non habeat, promittens obligatur ad interesse *l. in stipulatione 2. D. rem ratam haberi.* Vides ex his omnibus factum alienum inualidè & inutiliter promitti, quia non est in potestate promittentis, qui non potest nisi propriam actionem, eamque liberam & non necessariam promittere, quia eam solam habet in sua potestate, neque tenetur quando res promissa est impossibilis, illam in aliam possibilem omnino distinctam & in impossibili promissa non inclusam aut contentam committate, sicut lex de re impossibili non obligat ad aliam possibilem.

4 Quia verò materia aliquando simul sumpta est impossibilis, eius tamen aliquæ partes sunt possibiles, quæri iure poterit, an eo casu promittens teneatur saltem ad partem possibilem rei promissæ, quia cum promittatur totum, eius quoque pars promittitur. Quare promissionis obligatio videtur cadere in partem, si non possit in totum, ex regula iuris, *Si non valet quod ago, vt ago, valet vt potest: cap. vnic. de desponsat. impub. in 6.* & *ex regula 36. de regul. iuris in 6.* vtile per inutile non vitiatur, quando nimirum vtile sine inutili subsistit. Hinc fit vt fœmina quæ viuente marito Religionem professa fuit, licèt non teneatur illa professione, & debitum petenti coniugi reddere debeat, teneatur tamen ad non petendum, quia id potest sine alterius coniugis iniuria, vti colligitur ex *cap. placet 12. de conuersion. coniugator.* Et de marito qui idem vouerit id ipsum statuitur *ibid. c. quidam*: vulgoque docent DD. eum qui vouit ieiunare totam Quadragesimam, si non possit integram ieiunare, teneri tamen ad partem: Qui vouit ire Hierosolimam flexis genibus, tenetur ire modo ipsi possibili. Deinde *in l. si quis ita 6. D. de condition. institut.* qui fuit institutus hæres, vel legatarius, si in triduo à morte testatoris monumentum perfecerit, non adstringitur ad conditionem impossibilem, sed ad opus ipsum, atque ita censent omnino Molina *tract. 2. disp. 171. n. 5.* Bonacin. *disp. 3. de restitution. q. 11. punct. 1.* melius tamen distinguit Suar. *lib. 2. de voto, cap... à num 7.* Si enim promissio non sit vnum aliquod totum moraliter, & secundũ ordinarium vsum indiuisibile, sed solum multitudo quædam & collectio actuũ, licet promittens totam illam materiam, non possit illam totam ponere, obligatur ad partes aut partium possibilium collectionem, nisi constiterit de contraria voluntate promittentis: ibi siquidem est multiplex potius promissio, quàm vna, nisi per modum alicuius confusi & aggregati, ideóque impossibilitas vnius partis non vitiat aliam, cum neque sint inter se connexæ, neque vnum aliquod totum per se componant in quo vniantur: sic votum ieiunandi totam Quadragesimam continet plura vota, ieiunandi singulis scilicet diebus. Indicium verò istius vnitatis tantùm per accidens plurium materiarum, quæ promittuntur, sumitur à posteriori ex simili præcepto, aut lege; quando enim lex de simili materia in casu impossibilitatis totius, obligat saltem ad partem implendam, tunc ad eandem partem obligabit promissio, quæ de eadem materia facta fuerit, vt vides in voto ieiunandi totam Quadragesimam. Quando igitur istę partes sunt vt dixi, inter se separabiles, & non necessariò & per se, sed per accidens tantùm connexæ, obligatio promissionis cadit æquè in singulas, atque in totum, quod non contingit quando sunt per se connexæ in ratione vnius quod per se componunt, quod maximè verum est quando vniuntur in ratione formali propter quam fit promissio. Quare quando finis promissionis est impossibilis, materia promissa non obligat, quia finis est tota ratio mouendi, & ab hac materia promissa non est separabilis. Deinde quando impossibilitas rei promissæ nascitur ex modo superueniente, promissio obligat ad rem promissam secluso eo modo, nisi ille fuerit adhibitus ad minuendam materiæ difficultatem, aut aliunde constet de contraria intentione promittentis; atque hanc regulam ostendunt exempla proposita in ratione dubitandi. Et sanè accidentalis defectus non destruit substantiam rei, & impedimentum accessorium non impedit principale, cum è contrario sublato principali pereat accessorium. Quare si res primò & per se promissa sit impossibilis, non obligabunt eius adiuncta, quamuis possibilia. Sic qui vouit communicare, & consequenter confiteri, si habeat conscientiam ream peccati mortalis; si non potest communicare, non tenetur confiteri. Qui vouit peregrinari nudis pedibus, si quo casu sit impossibilis peregrinatio, non tenebitur incedere nudis pedibus. Quorum omnium ratio est, quia in eiusmodi promissione sunt duæ voluntates aut formales, aut saltem virtuales, altera se obligandi ad rem principalem, altera ad modum, seu adiuncta: Prior absoluta est, altera tantum conditionalis. Quare prior non tollitur per impossibilitatem posterioris, quæ tamen non subsistit, si prior deficiat, cùm non

nisi

nisi ratione illius subsistat, & suscipiatur. Quod verò dixi modum additum ad minuendam notabiliter difficultatem rei promissæ, si ipse sit impossibilis tollere obligationem, perspicuum est, quia tunc non censetur promissa fuisse res, nisi sub tali modo, qui proinde non est tantum accidentalis in ordine ad consensum, seu promissionem, sed ratione materiæ promissæ specificatiuè, & non reduplicatiuè sumptæ, & vt promissa est. Quod si modus ille ad augendam difficultatem adhibeatur, quasi liberalioris & generosioris animi indicium, & deinde fiat impossibilis, relinquit obligationem circa rem ipsam promissam; in eam quippe ferebatur voluntas etiam cum maiori difficultate quàm ea quæ modo est ponenda, neque apparet vnde impossibilitas huiusmodi reddat promissionē inuolūtariā.

5 Ad possibilitatem materiæ pertinet eius determinatio: si enim neque ex verbis promissionis, neque ex aliis circumstantiis colligi possit quid aut quantum promissum sit, inutilis est tota promissio, maximè si impleta iuxta verborum rigorem nullum commodum aut fauor obtingeret promissario, siue illi cui facta fuit promissio: qui enim promisisset animal, & traderet muscam, satisfaceret verbis promissionis, quæ inepta censeretur. Quare in foro externo tenetur promissor dare quod variis cōiecturis promissum fuisse præsumetur. Sic qui promisit filiæ dotem quantam esset arbitraturus, tenetur dare dotem competentem pro quantitate suorum bonorum, *leg. cum post diuortium* 69. §. *gener. D. de iure dotium.* Quod si res promissa incerta existet ratione particulæ disiunctiuæ, valet promissio, ita tamen vt nisi per ipsam promissionem detur optio promissori vt possit promittens quod libuerit dare, *leg. stipulatus sum damnum. D. de verbor. obligat.* Si tamen altera res ex duabus sub disiunctione promissis, perierit, teneris remanentem dare, *leg. Stichum aut Pamphilum* 95. §. 1. *D. de solution.* Immo poterit promissor ex Molin. *tract.* 2. *disput.* 270. *num.* 4. pro ea quæ periit sine sua culpa pretium offerre, & alteram quæ superest, sibi, si maluerit retinere; quia poterat ex duabus quam liberat dare: quod si vbi destinasset rem dare promissario, illa periret sine culpa promissoris, non teneretur aut superstitem dare, aut eius quæ periit pretium offerre, ex *l.* 2. *D. de eo quod certo loco.* §. *Scæuola.* Dixi sine culpa promissoris, non tamen sine eius opera; si enim dominus legitimè interficiat mancipiū quod promisit, non tenetur ad eius pretium ex Molina *disp.* 269. *n.* 5. Denique si res promissa periit culpa promissoris, poterit promissarius rem superstitem poscere, & non esse contentus pretio eius, quæ periit. In quibus tamen omnibus aduertendum est an disiunctiua sit adhibita in fauorem promissoris, an promissarij, donantis, aut donatarij: nam penes eum erit electio, cuius gratiâ talis particula fuit adhibita; aliud autem est quando vna tantum res promissa fuit, ob similitudinem verò cum alia quęnam sit ignoratur, vt qui Pamphilum seruum promisit, habet autem duos eius nominis, tunc enim penes promittentem erit optio, ita vt si quem destinauit, periit, non teneatur dare pretium eius, aut superstitem. Quæ omnia pendent ex conscientia promittentis, siquidem ea promissio non fuit sub disiunctione, sed in vnam tantum rem cadebat.

Ad extremum ex explicata possibilitate materiæ, quam diximus esse sumendam respectiuè & in ordine ad promittentem, sequitur nullum posse promittere id cuius non habet aliquod dominium, seu id ad quod non habet aliquod ius, vnde colliges quomodo res sacræ, publicæ, libertas, & aliâ eiusmodi validè promitti queant.

Moneo duntaxat; quoties harum rerum promissio inutilis est propter defectum dominij, & potestatis in illas, si tamen fiat titulo aliquo oneroso, & in compensationem, tenetur promissor ad interesse, sicut si res promissa aliena esset, teneretur de euictione: si verò ista titulo tantum lucratiuo promittantur, ad nihil tenebitur promissor, cum ea facta ei fuerint impossibilia, nisi interuenisset dolus malus ex quodamnū promissario contigisset.

Quod ad honestatem materiæ promissæ, quæ erat altera eius præcipua conditio, requiritur vt res promissa sit aliquid licitum, & bonis moribus non repugnans, quia nulla potest contrahi obligatio ad peccatum, *cap. pactiones* 8. *de pactis.* Quare pactum turpe vel rei turpis aut impossibilis de iure vel de facto nullam obligationem inducit, quod ita intelligendum est, vt promissio neque in se mala sit, neque ad actum malum prouocet. Distinguenda verò est ipsa promissio ab eius impletione; contingere enim potest vt promissio mala sit, quia ad peccatum prouocat, turpi tamen opere perpetrato impletio deinde promissionis licita sit, & tunc tenebimur ad illam executionem, non quidem vt approbemus turpitudinem præteritam, sed vt fidem liberemus inquit. Medin. *c. de restitut. q.* 28. Caietan. 2. 2. *q.* 32. *art.* 7. & nos fusiùs diximus *lib.* 1. *c.* 4. *art.. confess.* vbi de donatione facta prostibulo. Vnde quoque colliges quid sentiendum sit de promissione prodiga, quam etiam iuramento firmatam inualidā esse, qua parte prodiga est, tradūt Ban. 2. 2. *q.* 62. *art.* 5. *dub.* 5. & Soto *lib.* 4. *de iust. q.* 7. *art.* 1. *ad.* 2. Si enim executio illicita fit, non tenet ea promissio, quia tamen communiter in executione nulla est prodigalitas, sed debiti adimpletio, promissarius enim acquisiuit ius in rem promissam, valere in vtroque foro ait Sanch. *lib.* 1. *de matrim. disp.* 14. *num.* 5. & Molin. *tract.* 2. *disp.* 271. *n.* 5. & Less. *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 10. qui addit quoties promissio facta tantum est in modum pretij, non teneri ad excessum, nisi iuramentum interuenerit, vti contingit in promissione vsurarum, aut enormis pretij, quod idem dicendum est quoties præsumitur promissorem fuisse deceptum, neque omnino liberalem esse promissionem: quæ omnia vera sunt attento Iure naturali, nam Ius positiuum videtur omnes promissiones & stipulationes factas ob turpes causas irritare *l. generaliter* 26. & *l. si flagitij* 123. *D. de verbor. obligat.* qua de re disputauimus *lib.* 1. *loco citato.* De pactis vero contra bonos mores, quæ Prætor non probat, fusius diximus hoc ipso libro *cap... art...* vbi de obligatione pactorū. An verò iuramentum cōfirmet eiusmodi promissiones, egimus *cap..:* 6

ARTICVLVS III.

De acceptatione promissionis & stipulationis.

Necessaria est acceptatio. 1.
Qualis esse debeat. 2. 3.
An possit reuocari promissio ante acceptationem. 4.

HAnc quæstionem nuper explicuimus opere de vsuris; nam *lib.* 3. *cap.* 9. *art.* 1. fusiùs ostendimus promissionem merè internam & occultam, nisi

niſi externa aliqua nota ſignificetur promiſſario, nullam omnino eſſe, non ſolùm attento iure poſitiuo, ſed etiam merè naturali. Deinde docuimus *num* 4. nullam in contractibus reperiri poſſe obligationem iuſtitiæ, niſi vnus voluntatem alterius ſe obligantis acceptet, neque id duntaxat verum eſſe in contractibus reſpectiuis, in quibus cùm vnus non obligetur independenter ab alio, mutuus conſenſus, mutuaque acceptio neceſſaria eſt, ſed etiam in contractibus merè gratuitis, & non reſpectiuis, vt liberali promiſſione, quam ante acceptationem promiſſarij reuocabilem eſſe, & non obligare ſaltem ex iuſtitia demonſtrauimus attento iure poſitiuo, ſiue ciuili ſiue Pontificio *num* 4. idque etiam verum eſſe ex naturali iure & ſecloſa lege omni poſitiua, diligenter contra Couarr. & Molinam ſtabiliuimus *num.* 5. idque verum eſſe in promiſſione etiam iurata, ſed nondum acceptata dicendum eſt cum Molin. *lib.* 4. *de primogenit. c.* 2. *n.* 65. Gutier. *relect. in cap quamuis pactum, in* 2. *edit. num.* 55. quamuis *tractatu de iuram. cap.* 8 *ſub fin.* & *cap.* 36 *num* 4. & 5. contrarium docuiſſet Sanch. *lib.* 1. *de matrim. diſp.* 7. *num.* 24. qui alios dabit contra Couarru. *de pactis,* 2. *part.* §. 4. *numer.* 11. & 16. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 1. *num.* 2. & alios, quos dabit Sanch. quia iuramentum ſequitur naturam actus cui adiicitur, actus autem promiſſionis includit eſſentialiter hanc conditionem, ſi promiſſarius acceptauerit, quam neceſſariò quoque iuramentum adiectum includit, ac proinde tam reuocari poterit promiſſio ante acceptationem, licèt iuramentum ipſi acceſſerit, atque ſi illi non acceſſiſſet.

2 Hæc verò acceptatio à promiſſario per ſe vel per alium fieri poterit, atque ſi promiſſarius præſens ſit, & ſolo eius ſilentio præſumi acceptationem volunt Couarru. *in rubrica de teſtam.* 2. *part. num.* 13. Molina *tract.* 2. *diſp.* 264. & *diſp.* 270. alter Molina Iuriſconſultus *lib.* 4. *primogenit. cap.* 3. *numero* 77. Gutier. *in repetit. in cap quamuis pactum, numero* 58. Sanch. *lib.* 1. *de matrim. diſput* 6. *num.* 11. Rebell. 2. *part. de obligat. lib.* 18. *quæſt.* 2. *num.* 2. Ferdinan. à Caſtro Palao *diſp.* 2. *de iuſtit punct.* 3. *num.* 3. contra Tiraquell. *in l. ſi vnquam. verb. libert. C. de reuocand. donat. num.* 68. Rodrig. *Tom.* 2. *ſum. cap.* 26. *concl* 4. & alios, qui enim tacet conſentire videtur, *de regul. iur. in* 6. quæ regula vera eſt ſaltem vbi non agitur de præiudicio tacentis. Et ſanè ex patientia atque ſilentio præſumi ſæpè conſenſum colliges ex *l. qui patitur D. mandati*, & *l. donationes* §. *ſpecies. D. de donationib.* Conſultius tamen erit expreſſis verbis aut ſignis reſpuere, vel acceptare promiſſionem, ne locus detur litibus. Obſeruaui nihilominus *loc. citat. num.* 5. diſcrimen eſſe inter contractus reſpectiuos, & mere gratuitos, quod in illis neceſſarium ſit vt vtriuſque contrahentis acceptatio nota ſit, quod oſtendo *num.* 6. cùm in promiſſione liberali, & donatione gratuita non requiratur ad perficiendum contractum, & ponendam obligationem, vt vnius acceptatio ſignificetur alteri. Quare promiſſio obligat antequam acceptatio promiſſarij perueniat ad notitiam promittentis, quod demonſtro *numero* 8. Quare ſi quis miſit centum aureos dono abſenti, ſtatim atque ille ipſos acceptauit, perficitur donatio, & donatarius fit dominus illorum aureorum, neque donans poterit amplius illos repetere. Si Titio quidpiam per Epiſtolam promittas, ipſeque acceptauit lecta Epiſtola, non potes reuocare promiſſionem, quamuis nondum ſcias Titium eam accepiſſe, niſi aliter tuis litteris expreſſeris. Quæ omnia certa ſunt ex vſu quotidiano: ratio verò eſt, quia in contractibus gratuitis non acquiritur vtrinque nouum ius, neque contrahitur reciproca obligatio, vti ipſorum naturam expendenti patet; nam in donatione merè gratuita donatarius non contrahit vllam obligationem iuſtitiæ, neque vllum ius tribuit donanti, quamuis ipſemet acquirat dominium rei ſibi donatæ, ad quod ſufficit ſola ipſius voluntas, & acceptatio cum facultate ſibi facta à donante. In promiſſione quoque liberali promiſſarius nullam obligationem, ſed ius acquirit aduerſus promittentem, ad quod ſufficit ſola voluntas promittentis ſignificata promiſſario, & ab illo acceptata; & cùm promittens nullum alium actum voluntatis exercere debeat, ſiue ad acquirendum ius in promiſſarium, ſiue ad illi ſe obligandum, nihil neceſſe erit eam voluntatem promiſſarij acceptantis promiſſionem ſignificari promittenti ad eius valorem: quod ſecus contingit in contractibus oneroſis, & reſpectiuis, in quibus ſinguli contrahentes, & nouam obligationem contrahunt, & nouum ius acquirunt reciprocè.

3 Ex his inferebam *num.* 9. hanc acceptationem promiſſarij non debere eſſe neceſſariò ſenſibilem, & externam, cùm neceſſe non ſit cognitam eſſe promittenti, & ſufficiat ſolus conſenſus acquirentis nouum ius ex actione ſenſibili alterius, ius illud, & dominium tribuentis, abſque eo quod aliud ius viciſſim ipſe acquirat in eum, cui ſuum confert. Quamquam autem acceptatio externa & ſenſibilis promiſſarij non ſit neceſſaria ad valorem promiſſionis, quamdiu tamen illa non innoteſcit promittenti, non tenetur ad eam implendam, cùm de acceptatione dubitare poſſit, quamdiu de illa ipſi non conſtiterit. Neque opinor, aliud voluerunt qui hanc acceptationem externam in promiſſario exigebant, aut eius notitiam ad promittentem peruenire poſtulabant, ad complendam obligationem; quia quamdiu neſciret illam acceptationem, de ea dubitare poterit, ſi tamen reuocet promiſſionem ſuam poſt acceptationem factam à promiſſario, quamuis ſibi non cognitam, non extinguetur, aut elidetur obligatio per eiuſmodi poſteriorem reuocationem.

4 Quod pertinet ad promiſſionem ſtipulatione factam, certum eſt ex natura ſtipulationis, quæ fit ſolemnibus & conceptis verbis per interrogationem & reſponſionem, acceptationem promiſſarij & ſenſibilem, & promittenti notam eſſe oportere, vnde neque inter abſentes, neque inter mutos fieri poſſe diximus.

Quod porrò dixi promittentem reuocare poſſe donationem ſuam ante acceptationem promiſſarij, cuius tunc neque ius, neque fidem violet, falſum eſſe dicunt in promiſſione facta ciuitati in reparationem ædificij, aut operis publici, vel in gratitudinem, ex *l. pactum* 9. *l. propter incendium. l. ob caſum. D. de pollicitationibus.* Couarru. *in cap. quamuis pactum* 2. *p.* §. 4. *num.* 15. Anton. Gomez. *tom.* 2. *c.* 4. *num.* 2. & 3. *cap.* 9. *num.* 15. Molina *tract.* 2. *diſp.* 263. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 1. *n.* 2. Verùm Reſpond. cum Leſſ. *lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 40. ex citatis legibus tantùm haberi eiuſmodi promiſſionem nec tacitè, nec expreſsè reuocari poſſe, *l.* 3. *D. de pollicitat.* quare ante acceptationem datur tantùm actio aduerſus pollicitatorem, ne pollicitationes reuocet, poſita verò acceptatione datur actio aduerſus promittentem, & donantem: quod igitur pollicitatio iſta non ſit reuocabilis, oritur ex peculiari iure, vnde non ſequitur ante acceptationem à Ciuitate factam obligari promittentem ad rem promiſſam exhibendam,

ſed

ſed tantum ad non reuocandam promiſſionem. Neque benè idem Molin. & Leſſ. ſequuti Syluestr. *verb. pollicitatio* : & Felin. *in cap.* 1. *de pactis num.* 7. extendunt hoc priuilegium Ciuitatis ad pias cauſas, & ſapientius id negant. Gloſſa *in l. illud. verſ. alia cauſa. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* Couuar. *lib.* 1. *reſolution. capit.* 14. *num.* 16. & *in Rubric. de teſtam.* 3. *part. num.* 13. Molina *lib.* 4. *de primog. cap.* 2. *num* 58. Rebell. *de obligat.* 2. *part. lib.* 18. *qu.* 3. Sanch. *lib.* 4. *in Decalog. cap.* 41. *num* 7. & *lib.* 1. *de matrim. diſp.* 6. *num.* 16. aliique, quia hæ leges de ſola Ciuitate loquuntur, falſumque eſt omnia priuilegia Ciuitatum pertinere quoque ad pias cauſas, cum neque Ius naturale id poſtulet, neque Ius poſitiuum id vllibi ſanxerit.

Plures quoque negant promiſſionem factam infanti acceptandam eſſe, cùm enim ille ſit incapax acceptationis, illa videtur fieri ab ipſa lege, vti facit in emancipatione infantis, *leg. iubemus, C. de emancipat. liberorum.* Ita Sanch. *lib.* 1. *D. de matrim. diſp.* 6. *n.* 15. alios adducens quos reiicit Ferdinand. à Caſtro *diſput.* 2. *de iuſt. punct.* 2. *num.* 8. eum nulla eiuſmodi lex afferatur, neque in corrigendo iure communi argumentum à ſimili caſu valeat.

ARTICVLVS IV.

De obligatione Promiſſionis & Stipulationis.

An promiſſio ficta obliget. 1. 2. 3.
Ex qua virtute obliget promiſſio. 4. 5.
Quando deſinat obligare. 6.

1 Hanc quoque controuerſiam circa promiſſionem definiuimus *citato opere de vſur. lib.* 3. *c.* 2. *art.* 2. nam dixi primò *num.* 2. fictionem ſolius voluntatis implendi promiſſionem non reddere illam inualidam, modo remaneat in promittente voluntas promittendi, aut ſe obligandi, quia iſtæ duæ voluntates non ſunt neceſſariò connexæ & ſine illa priore, immò & cum voluntate non faciendi quod promittitur cohærere poterit voluntas promittendi, & ſeſe obligandi, & quod inde neceſſariò ſequitur vera & valida promiſſio.

2 Dixi ſecundò *n.* 3. promiſſionem ſine voluntate ſe obligandi, aut factam, fictam, & omnino nullam eſſe.

3 Dixi tertiò *n.* 9. promiſſionem ficto animo factam obligare ratione fidelitatis, quamuis non obliget ex iuſtitia, cùm teneatur verba ſua factis conformare promiſſor.

4 Dixi quartò *n.* 12. ſimplicem & liberalem promiſſionem ſemper, & per ſe ex fidelitate obligare, poſſe tamen promittentem ſibi obligationem iuſtitiæ imponere, ſi velit, eaque ratione diſſidentes ſententias componebam. Et ſanè qui promiſſa violant perfidi, non iniuſti vocantur, & promiſſarius non acquirit verum iuſtitiæ ius; alioquin poſſet inuito promiſſario rem promiſſam accipere ſua authoritate, aut vti compenſatione; promittens quoque teneretur ad lucrum ceſſans promiſſario ex retentione rei promiſſæ, neque dominus quidquam ſeruo promittere poſſet; eſt enim incapax iuris propriè dicti aduerſus dominum; poſſe nihilominus promittentem ſe obligare ex iuſtitia, vt dixi, inde patet quod quiſque æquè poſſit donare alteri verum & ſtrictum ius ad rem aliquam atque rem ipſam; neque vlla ratio appareat cur ſicut quando datur domus, vnà cum domo transfertur ſimul in ipſum ius ſtrictum, quod eſt verum obiectum iuſtitiæ, non poſſit illud ius ad rem donari ſeparatim ab ipſa re, atque ita dominus ſe debitorem ex iuſtitia conſtituet ad dandam & tradendam rem aliquam.

Quia verò difficultas non leuis eſſe poteſt quandonam promittens cenſeatur ſe ex ſola fidelitate, aut etiam ex iuſtitia obligare; tradidi has regulas *n.* 15. In foro interno ſtandum omnino eſt intentioni promittentis: in foro externo agendum erit cōiecturis ex variis circumſtantiis, ex quibus colliges illum voluiſſe ſe grauiter obligare. Secundò in promiſſione oneroſa ſemper præſumitur hic animus ſe obligandi ex iuſtitia, quia tenetur ex eadem iuſtitia habere talem animum, ne decipiat promiſſarium obligādo illum ad ſe mutuo obligandum. Tertiò in promiſſionibus gratuitis quæ paſſim, & frequenter fiūt, nō cēſētur ſe homines grauiter obligare, neque conſequenter ex iuſtitia, ſed ſolum ex fidelitate.

Dixi quinto *n.* 17. obligationem ex ſola fidelitate, 5
quæ reperitur etiam in promiſſione ficta, non eſſe niſi admodum leuem, ſecluſo omni alio damno diſtincto à carentia rei promiſſæ, atque ita concilio DD. diſſidia, quia veritatis obligatio, eſt ſolum ex natura ſua venialis, & mendacium quod eſt deceptio audientis in re affirmata, ſecluſo omni alio damno, eſt ſolum culpa venialis ex genere ſuo, quod tradunt paſſim omnes. Atqui infidelitas in promiſſis ſecluſo omni alio damno, non maiorem videtur deceptionem & inordinationem continere, cum non lædatur aliter promiſſarius, quàm quod careat re ſibi liberalitate promiſſa, & ad quam nullum planè ius habebat, quam tamen ſe habiturum ratione promiſſionis ſibi factæ confidebat: quæ læſio & deceptio non videtur grauis, quamuis res promiſſa magni momenti ſit, eo quod ad illam nullum habeat ius, & quam ex ſola liberalitate promittentis ſperabat, qui reuerà non debuit illum allicere inani ſpe, & ita deludere; non tamen ſi aliud non attendatur, ipſum grauiter læſit, alioquin ſi magnitudo rei promiſſæ hanc deceptionem, & illi contrariam obligationem faceret grauem, omnis obligatio ad rem grauem grauis eſſet, cum tamen fateatur Sanch. *lib.* 4. *in decalog cap.* 1. *num.* 30. votum de graui poſſe obligare tantum ſub veniali ex intentione & voluntate vouentis.

His omnibus addo promiſſionem acceptatam, 6
& validam deſinere obligare quando ea facta eſt rerum mutatio, per quam res promiſſa fit vel illicita, vel inutilis, vel impoſſibilis, vel ea circomſtantiarum & perſonarum variatio contigit, quam ſecundum commune prudentum iudicium non videtur promiſſor comprehendere voluiſſe. Ita Leſſ. *lib.* 2. *cap.* 18. *dub.* 10. Molin. *tract.* 2. *diſput.* 272. & alij mox afferendi; qui ita ſunt intelligendi, vt iſtæ nouæ circumſtantiæ propter grauem difficultatem, quam afferunt, cenſeantur quodammodo ſubſtantiales promiſſioni. Cùm enim tùnc cùm facta eſt promiſſio, non cognoſcerentur, vel de nouo emerſerint, ſunt præter omnem promittentis intentionem, & exiſtimationem, vti explicat Sanchez *libro quarto in decalog. capit.* 2. *numero* 8. & 29. alioquin quælibet accidentalis mutatio propter mutabilitatem quoque voluntatis humanæ, non liberat à promiſſione aliàs valida, vt colliges ex his quæ ſupponimus ex opere de vſuris, de voluntario ad promiſſionem requiſito. Poſita verò ea quam deſcripſimus rerum mutatione, non eſſe aut leuis aut perfidi animi, promiſſionem

promissionem non implere docet Senec. *lib. 4. de benefic. à cap. 4.* & à mendacio liberat Augustin. *in Psal. 5.* ad illud *Perdes omnes qui loquuntur mendacium.*

Quis verò obligetur promissione, & stipulatione, & an ad hæredes transeat, vide quæ diximus nuper disputantes de obligatione pactorum. Videndum quoque est an stipulatio sit pura, & absoluta, an conditionalis, an in tempus certum, & in diem, an pœnalis, an negatiua, an alternatiua, quando etiam committatur obligatio; quæ omnia explicata sunt dum de vario pactorum genere, ipsorumque obligationibus disputauimus libro superiori; æquè enim in simplici promissione atque in pactionibus quæ reciprocam obligationem continent, valent. Cætera dicentur in consectariis.

ARTICVLVS V.

Consectaria circa obligationem Promissionis.

CONS. I. *An si promissarius hostis euadat, seruanda sit promissio illi facta.*

II. *An seruanda sit promissio quando eius impletio facta est illicita.*

III. *Ex qua causa superueniente solui possit promissio coniugij, siue sponsalia.*

IV. *Alij casus in quibus promissio desinit obligare ex mutatione superueniente.*

V. *An promissio de reditu ad carceres obliget.*

VI. *Illustrantur aliquæ LL. D. de verbor. obligat.*

VII. *An quis pro alio possit stipulari.*

VIII. *An acceptata promissio ab eo qui pro absente validè potuit stipulari, reuocari queat ante acceptationem eius, cui fuerat stipulatus.*

ALiquot eiusmodi consectaria ex iis quæ de obligatione promissionis disputauimus *in opere de vsuris lib. 3. cap. 2. art. 1. 2. & 3.* explicuimus, deinde *art. 6.* Primò ad quid obligetur qui sub ficta coniugij promissione virginem violauit. Secundò qui fictò contraxit matrimonium, maximè si illud consummauit. Tertiò qui promisit aut cótraxit matrimonium cum scientia impedimenti impedientis aut dirimentis. Quartò qui fictè vouit. Quintò qui fictè professionem religiosam emisit: quæ singula fusiùs loco citato disputata inuenies, quibus alia quædam hoc loco adiicio.

CONSECTARIVM I.

An promissio facta illi qui noster hostis euasit, seruanda sit.

DIximus insignem mutationem factam in promissione facta antequam executioni mandetur, contingentem, liberare promissorem, neque teneri quod promiserat implere, cuius rei singulares aliquot casus expendendi sunt.

Primò igitur qui quidpiam promisit amico, non tenetur ad illud præstandum, si tempore executionis promissarius factus ei fuerit inimicus. Bonac. *disp. 3. de restitut. q. 1 1. punct. 2.* si tamen data fuerit hosti fides, ea nihilominus seruanda erit, quod probat fusè Molanus *lib. de fide Hæreticis seruanda, cap. 17. & 19. &* Becan. *simili opusc.* & Rosuerd. Ribad. *lib. 2. de princ. cap. 15.* Lipsius *lib. 2. politic. cap. 19.* Hermas Letinatius *lib. 2. de instaur. relig.* Neque placet distinctio Zosij Iurisconsulti in apologia contra Echium, fidem datam hosti priuato seruandam esse, non verò datam hosti publico: in vtroque enim casu viget virtus fidelitatis si nihil aliud excuset: nam si promissionis obseruatio pugnet cum iure Reipublicæ, quæ & idcircò illam fidei obseruationem iure prohibet, cessabit obligatio fidei datæ. Adde non posse sæpius hanc fidem hosti datã etiam publico, infringi sine iniustitia, vti sceleftus ille Imperator, qui pactus cum Principe Barbaro pacem, eius filiam obsidem acceptam occidit, quod exhorret Chrys. *orat. de S. Babyl.* quem Imperatorem Numerianum fuisse asserit S. Adelm. *lib. de laud. virginit. c. 17.* At verò Baron. an. 253. Decium existimat. Accedit & alia ratio, quia non hostis habendus est, qui interposita pace factus est proximus, vt pluribus vrget Ferrand. Diacon. in parænesi ad Rhegin. & Ambros. *lib. 1. offic. cap 29.*

CONSECTARIVM II.

An seruanda sit promissio quando eius impletio reddita est illicita.

QVoties res quæ licitè promissa quidem fuerat, nunc sine peccato præstari nequit, frangenda fides est, etiamsi iuramento firmata fuisset, cùm illud iniquitatis vinculum esse nequeat, vt disserit Ambros. *lib. 3. offic. cap. 12.* & *lib. 1. cap. vlt.* Atque vt fusiùs prosequitur August. *lib. de bono coniug. cap. 5.* deserenda est fides, vt ad veram & legitimam fidem redeatur, idest, vt peccatum emendetur voluntatis prauitate correcta.

CONSECTARIVM III.

Ex qua causa superueniente solui possit coniugij promissio.

Regula vniuersalis. 1.
Prima causa, *desponsæ fornicatio.* 2.
Quid si vim passa fuit. 3.
Quid si sola fuerint oscula & tactus. 4.
Secunda, *absentia sponsi.* 5.
Tertia, *impedimentũ dirimens superueniens.* 6.
Quarta, *noua deformitas & morbus.* 7.
Quinta, *animi nouus defectus.* 8.
Sexta, *fortuna mutatio.* 9.
Septima, *cognitio defectuum prius latĩtium.* 10.

REspond. quoties contractis sponsalibus superuenit aliqua causa, quæ eorum executionẽ reddit notabiliter difficiliorem, quæque si à principio exstitisset, quemlibet alium eiusdem conditionis à contrahendis illis sponsalibus prudenter auertisset, cessat eorum obligatio ex parte illius, cui contractus redditus est difficilior, eo quod à principio factus fuerit sub ea conditione, ne res notabiliter mutarentur. Hæc regula generalis sequitur ex doctrina

doctrina superioris articuli, & omnino supponitur à DD. dum ad casus singulos respondet, vt statim constabit.

Primo igitur si sponsa fornicetur, qui illi matrimonium promiserat, non tenetur sua promissione, etiam iurata. Qua in re consentiunt omnes propter *caput quemadmodum, de iureiurando.* Vide Sanch. *lib.1. de matrim. disp.55. conc.2.* Gutier. *lib. de matrim. cap.31.* Coninch. *de sacram. disp.23. dub.7. conc.4.* Basil. Pont. *lib.12. de matrim. cap.17.* Layman. *lib.5. tract.16. 1. part. cap.2. num.10.* Ferdinand. à Castro Palao *de sponsalib. disp.1. punct.25.* qui omnes cum Menoch. *de arbitrar. casu 45 numero 5.* & Couarru. *in 4. decretal. 1. part. c.5. num.2.* id extendunt ad fornicationes sponsi; tunc enim sponsa poterit sponsalia dissoluere, cum in obligatione mutua quam contraxerunt seruandi comparti suum corpus in vsum matrimonij, & nemini alteri illud tradere, pares sint; quare sola innocens poterit reuocare promissionem, quod si nolit, tenebitur nocens stare promissioni: alioquin ex sua iniquitate commodum reportaret, vt tradunt iidem DD. quod si vterque sponsus fornicetur, existimant passim laudati DD. cum Henriq. *lib.11. cap.14. num.6.* solum sponsum & non sponsam resilire posse à fide sponsalium data, quia licèt vtriusque sponsi fornicatio par sit quoad iutis promissi & fidei datæ violationem, non tamen quoad infamiam, nam sponsæ fornicatio fœdior habetur, quod pluribus ostendit Tiraquel. *in l.1. concub. num.45.* Qua de causa patri concubinatio permittitur filiam luxuriosè viuentem exhæredare, quod non licèt matri pati vitio laboranti. Qua de re vide Couarru. *in cap. Raynutius, initio, num.15. de testament.* & Molin. *tract.2. disp.:76.* Existimarim tamen cum Ferdinando à Castro *disp. 1. citat. punct.25. num.10.* licere vtrique sponso fornicanti resilire ab sponsalibus propter fornicationem alterius; quia licèt sponsæ fornicatio fœdior sit, sponsus tamen fornicando fidem violat, & dat sufficientem causam dissoluendi sponsalia. Neque dicas *cap. intelleximus, & cap. tua fraternitas, de adulteriis,* paria delicta mutua compensatione tolli, atque adeo neutri isti sponso fornicanti fas esse propter fornicationem alterius à sponsalibus resilire; quia illud dicitur in crimine adulterij, propter quod cùm in vtroque coniuge reperitur, neutri licèt diuertere, siue quoad thorum, siue quoad vinculum, quod indissolubile est. At verò cùm vinculum sponsalium facilè dissoluitur, non est admittenda illa compensatio delictorum, vti admittitur in matrimonio, vt disserit Sanch. *disput.55. citata.*

3 Maior videtur difficultas, an si sponsa vim passa sit, possit sponsus ab ea resilire, cum illa neque fidem violarit, neque suspicionem generet eam violaturam constante matrimonio, vti argumentatur Armilla *verb. sponsalia, num.12.* & Tabiena *verb. eod. quæst.3. num.10. casu 6.* Verùm quia ex hoc stupro, quamuis violento sponsa redditur vilior, estque aliqua infamis nota talem ducere, atque etiam periculum alienam prolem alendi, censetur facta sufficiens mutatio, vt à fide data sponsus resilire queat. Ideoque *in cap. raptor 27. quæst.2.* relinquitur in arbitrio sponsi ducere, aut dimittere sponsam vi raptam, atque ita censent Syluest. *verb. sponsalia, n.10. casu 7.* Couar. *in 4. decretal. 1. part. cap.5. numero 2.* Henriq. *lib.11. cap.14. num.6.* Nauarr. *cap.22. n.27.* Gutier. *de matrim. cap.31. num.2.* Sanch. *lib.1. de matrim. disp.55. num.7.* Coninch. *de Sacrament. disp.23. dub.7. conc.2.* Ferdinand, à Castro *punct.25. citat. num.5.* Layman. *lib.5. tract.10. cap.2. num.10.* Pont. *lib.12. de matrim. cap.17.* aliique quos afferunt, qui omnes exceptis Nauar. & Gutier. id negant, quoties ipse sponsus vim passus est; nam tunc non esse licitum sponsæ resilire volunt, eo quod probrosum non existiment ducere virum, qui per vim fœminam opprimere coactus fuit, cum inde nulla ipsi contingat infamia, imò neget Tolet. *lib.5. cap.10.* vix id contingere posse. Placet quod ait Ferdinand. sponsum sodomiticè per vim cognitum, redditum esse viliorem & infamem, ac proinde probrosum esse fœminæ illum ducere, quæ ideirco ex ea mutatione post sponsalia facta ab illis discedere iure poterit.

An verò eandem facultatem præbeant oscula & tactus impudici, diffident DD. nam si à fœmina admissi fuerint, præbebunt iustam causam dissoluendi sponsalia; ex his enim coniicitur fœminam illam & impudicam, & vilem esse, secus verò esse dicendum de viro dante aut admittente eiusmodi oscula & tactus, nisi adeò frequentes sint, vt prodant animum procliuem in aliam, quam sponsam, & præbeant suspicionem violandæ ab illo fidei. Ita laudati passim DD. quam tamen distinctionem iure merito reiicit Ferdinand. à Castro *num.8.* & innocenti sponso fas esse vult ab altero propter oscula & tactus impudicos discedere, eo quod fidem datam de seruando suo corpore alteri sponso in vsum matrimonij, violare incipiant hi tactus & oscula, & minus castum animum prodant, & de seruanda in posterum fide non leue dubium iniiciant. 4

Altera causa dissoluendi sponsalia est absentia sponsi, qui vel inscia sponsa, vel ea non consentiente discessit longiùs, & domicilium mutauit non reuersurus; sic enim videtur sponsalibus renuntiare, neque sponsa tenetur sponsum mutantem domicilium sequi, nisi aliter inter ipsos conuentum fuerit, & illi oneri quod graue est sponte se sponsa suâ promissione subiecerit. De hac causa discedendi à promissione sponsalitia disputant Sanch. *lib.1. de matrim. disp.54.* Gutier. *lib. de matrim. cap.30.* Pont. *lib.12. cap.15.* Coninch. *disp.23. de sacram. dub.3.* Layman. *lib.5. tract.10. cap...* Ferdinand. à Castro *disp.1. de sponsalib. punct.23.* aliique. Tota difficultas est in exponendo responso Alexandri III. quod refertur *cap. de litteris, de sponsalib.* vult enim mulieribus quibus se aliqui illas ducturas præstito iuramento promittunt, & postea illas incognitas dimittunt, se ad alias partes transferentes, liberum esse ad alia vota transire: cùm enim liberam facultatem faciat Alexander istis mulieribus transferendi se ad alia vota, euidenter significat non esse illis expetendam sponsi licentiam, vt tradunt laudati DD. & Fachinæ. *lib.3. controu. cap.30.* Neque etiam Iudicis authoritatem, quia dictio *liberè* excludit consensum & authoritatem alterius tanquam necessariam, quod *ex glossa in cap. cùm plures, verf. liberè, de officio delegat.* & aliis ostendunt Tiraq. *in l. si vnquam, vers. reuertatur num.134. C. de reuocand. donat.* Gutier. *cap.30. citato, numero 4.* & Sanch. *disp.54. laudata, num.6.* Deinde non tenebuntur hæ mulieres expectare biennium aut triennium quod Ius Cæsareum assignat, nam Constantin. *in l.2. C. de sponsalib.* constituit nihil fore fraudis puellæ, quam quis nuptiis pactis intra biennium in prouincia degens non duxerit, si nuptias maturando, diutiùs eludi vota sua non est passa. Idem licèt illi quæ peregrinantem sponsum triennio expectauit, 5

l.2.C.de repudiis, ne opportunum nubendi tempus puellis auferatur. Verùm cùm Alexander dicat liberum eſſe mulieribus, ſponſo, ipſis inſciis, aut non conſentientibus, domicilium aliò mutante, & ad alias terras ſe transferente, ad alia vota tranſire, & ſponſalia etiam iurata diſſoluere, neque tempus vllum expectandum eſſe definiat, non tenebuntur legibus biennium aut triennium præſcribentibus; ſed ſtatim poterunt ab ſponſalitia promiſſione diſcedere, vti docent Baſil. Pont. *lib.12. de matrim. cap.15. numero* 4. Gutier. *cap.30. cit. num.3.* & qui plurimos dabit Sanch. *lib.1. diſp.54. num.6. contra* Menoch. *de arbitrar. lib.2. caſu.quaſt.55. numero* 7. Rebell. *lib.4.quaſt.8.numero* 2. & 3. Layman *lib.5. tract.10. cap.2. numero* 14. neque proinde dicimus ius Canonicum hac in parte emendaſſe ius Ciuile, vti plures contendunt apud Sanch. nam ſi benè expendãtur iſta iura non pugnant inuicem hoc loco, obſeruandum enim eſt, iure Ciuili duplicem fuiſſe ſponſalium diſſolutionem, vnam ſimplicem mutuo conſenſu, ſiue potius diſſenſu; vt enim nudo conſenſu coaluerant, ita nudo diſſenſu ſoluebantur, omniaque in priſtino ſtatu reponebantur. Alia diſſolutio ſponſaliorum fiebat ex cauſa culpabili, quam alter ſponſus dederat, & tunc ſponſa ſibi donata atque arrhas retinere poterat; eiuſmodi autem diſſolutionis ſponſalium cauſa ſufficiens, non erat ſponſi abſentia, aut dilatio nuptiarum, quam faciebat, debebatque ſponſa pactas ſibi nuptias per biennium expectare; ſi qui pactus erat adeſſet in prouincia, ſi verò peregrè profectus eſſet triennium, quo tempore decurſo ſponſa alteri nubere poterat, atque arrhas, & ſponſalitiam largitatem lucrabatur: neque de illo diſſolutionis modo agit Alexand. Pontifex, ſed de ſimplici diſſolutione, quã fieri poſſe concedit, vbi ſponſus inſcia, aut non conſentiente ſponſa, aliò transmigrarit. Non diſputat autem an eo caſu poſſit ſibi ſeruare arrhas, & dona ſponſalitia, quibus ſi carere voluiſſet, poſſet etiam ex ciuili iure, ſolo diſſenſu ſponſalia diſſoluere. Vnde ait *l. 2. C. de repudiis*, non teneri ſponſam omiſſa ſpe matrimonij, cum ſponſo per triennium peregrinante, opportunum nubendi tempus amittere, *cum poſſet nuntium remittere, etiamſi præſente illo conſilium mutare voluiſſet.* Quia nempe ſponſalibus renuntiari poteſt *l.2.§.1.D. de repudiis, l.1.C.de ſponſalib.*

Dices Alexand. velle imponi pœnitentiam illis mulieribus pro periurio; illis igitur liberum omnino non eſt à præſtita promiſſione futuri matrimonij diſcedere. Reſp. imponi pœnitentiam pro periurio, cùm iſtæ mulieres ſua culpa diſtulerint matrimonij celebrationem, indeque fuit data cauſa abſentiæ ſponſis.

Denique obſerua Pontificem agere duntaxat de ſponſis domicilium mutantibus, non verò negotiorum aliquorum cauſâ per tempus aliquod diſcedentibus, & deinde reuerſuris, qua de re inquirere debet ſponſa, ſicut & de diuturnitate cauſæ, alioquin ad diſſoluenda ſponſalia Iudex Eccleſiaſticus adeundus erit, qui attenta qualitate perſonæ, periculo incontinentiæ aliiſque circumſtantiis arbitrabitur an diſſoluenda ſint ſponſalia ſolius abſentiæ ſponſi alterius cauſâ, quod enim diximus de abſentia ſponſi, potiori iure valebit in abſentia ſponſæ, cuius fama ex eiuſmodi abſentia ſæpius ſolet in ſuſpicionem adduci, quod volunt relati DD.

6 Tertiò quoties ſponſalibus pactis ſuperuenit impedimentum aliquod contrahendi matrimonij, ſi impedimentũ eſt ſolum impediens, nõ videntur diſſolui ſponſalia, etiam ex parte innocentis (ſic appello eum qui non poſuit cauſam impedimento) quia nullum eſt eiuſmodi impedimentum excepto voto Caſtitatis & Religionis, quod matrimonium impediat, & indigeat diſpenſatione, vti obſeruat Sanch. *lib.1.de matrim.diſp.56.n.3.* Coninch. *de ſacram.diſp.23.n.36.* Si verò impedimentum dirimens eſt, v.g. affinitas nota inter ſponſos, ex fornicatione cum conſanguineis in primo vel ſecundo gradu, ſoluuntur ſponſalia ex parte innocentis, qui nequidem tenetur admittere diſpenſationem, quam reus obtinuit; ſi tamen innocens velit ſtare ſponſalibus, tenebitur reus non modo ſimilem diſpenſationem ab innocente obtentam recipere; neque enim ex ſuo delicto debet obligationis contractæ immunitatem acquirere, ſed etiam eam diſpenſationem ipſemet procurare cogetur, quia non poteſt aliter ius innocentis, quod læſit, reparare; ita Ferdinand. *punct.26. diſp.2.de ſponſal.* contra Filluc. *tract.de matrim.cap.8. qu* 8. Placet tamen diſtinctio Sanch. *lib.1. diſp.56.* Coninch. *diſp.23.n.37.* Gutier. *cap.32. n.2.* excuſari hunc reum magnitudine expenſarum, aut graui difficultate obtinendi diſpenſationem, maximè quando innocenti aliud damnum non euenit, quàm carentia illius matrimonij, ſi ſimile, aut æquale ſperare poteſt; nam ſi ſponſa v. g. deflorata foret, aut ſi ex ea diſſolutione ſponſaliorum diutius caritura eſſet matrimonio, teneretur ſponſus reus empti, quantum poſſet ad obtinendam diſpenſationem neceſſariam, qua de re diximus *in opere de vſuris lib.1.cap.2.art.6.conſect.3.*

Quartò cùm promiſſio, vti diximus *art. ſuperiori*, 7
intelligatur omnibus in eodem ſtatu perſeuerantibus, ſi poſt ſponſalia contingat alicui ex ſponſis inſignis aliqua difformitas, amiſerit v.g. aures, nares, oculos, ſponſalia licèt iurata diſſolui poterunt ab altero, vti definit Innoc. *cap. quemadmodum 25. de iureiurando.* Vbi quod de amiſſis oculis habet, malè interpretatur Paludan. *in 4. diſt. 27. quaſt.1. art. 3. caſu* 7. de vtroque oculo, cum vel vnius amiſſio ſufficiat propter grauẽ difformitatem, quam generat, vti docent Sanch. *libro 1. diſp.57.* Gutier. *cap.32. num.3.* Baſil. Pont. *lib.12. cap.17. num.4.* Coninch. *diſp.23. numer.66.* & alij. Idem dicit Innoc. de ſuperueniente paralyſi, & lepra, quod commentatores ad omnem morbum contagioſum extendunt, cùm nemo cenſeatur voluiſſe ſe obligare ad contrahendum matrimonium in tali caſu; ſumma ſiquidem difficultas quæ ſuperuenerit, non cenſetur priori intentione comprehenſa fuiſſe; quare idem de lue venerea ſuperueniente, quæ contagioſa quoque eſt, vt diximus *opere de clauſura Reguliar. diſp.1. capit.6. §.6.* docent Sanch. *citata diſp.57.* Nauar. *cap.22. numer.27.* Henriq. *lib.11. cap.14. numer.6.* quinimò vehementem eius ſuſpicionem ſufficere ad ſponſalium diſſolutionem exiſtimauit Ricci. *deciſ.132.num.4.* Pont. *capit.17. cit. numer.4.* Et denique de epilepſia & alia quauis graui atque incurabili infirmitate exiſtimant laudati DD. atque etiam de oris ſpurcitie & graueolentia, quando neque medica arte curari, neque in mutua cohabitatione ferri poteſt, eſt enim indicium grauiſſimi morbi habitualis, & horrorem, atque continuam moleſtiam cohabitantibus affert, impediuiſſetque contrahenda ſponſalia, ſi tunc cognitus fuiſſet is oris fœtor. Deformitatem verò, quæ non oritur ex læſione, aut mutatione aliqua membrorum, ſed aliunde contingit ſponſam

sam quondam pulcherrimam, minus omnino gratam, immò & deformem reddit, negat Couuarru. *in 4. decretal. 1. part. cap. 5. initio num. 6.* & alij quidam cum Gutier. *cap. 32. citato, num. vlt.* esse sufficientem causam dissoluendi sponsalia; quod veriùs affirmant Sanchez, Pont. Coninch. & Ferdinand. *punct. 27. num. 5.* quia cùm in rebus promissis, insignis fuerit facta mutatio, & executio promissionis plurimùm difficilis reddita, non censerut promittentis animus ad difficilem illum casum attendisse, quod maximè verum erit, quando præcipua causa ambiendi, & promittendi eiusmodi nuptias, fuit sponsæ pulchritudo: illâ enim per accedentem deformitatem obliteratâ, cessare debet obligatio promissionis, quæ illius duntaxat causâ fuerat facta.

8 Quintò ex mutatione facta ratione animi, eiusq; defectuum, qui vel deprehenduntur, vel superueniunt alteri sponso, dissolui posse sponsalia omnes æquè consentiunt; cùm grauior sit illa mutatio, quàm quæ in corpore contingit. Quare si alter sponsus graui delicto infametur, si scortationi, ebrietati, aliisue vitiis eiusmodi deditus deprehendatur, si eius sæuitia & morum asperitas innotescat; si graues inimicitiæ fuerint exortæ inter ipsos sponsos; si alterius parentes obstinatè repugnarint, vnde graues discordiæ & incommoda, tum inter ipsos sponsos, tum inter ipsorum parentes, & consanguineos, aliosque timeri debeant; de quibus omnibus adi Ferdinand. *citato punct. 27. n. 7.* & ab eo relatos. In bis verò plurima prudentis arbitrio permittenda erunt.

9 Sextò mutatio fortunatum erit sufficiens causa non implendi promissionem sponsaliriam contrahendi matrimonij. Primò si dos promissa, fuerit amissa absque recuperationis spe, aut non nisi cum magna difficultate, quia dos conditio est sub qua celebrantur sponsalia, quæ proinde cessante conditione solui possunt. Secundò si dos promissa quidem non fuit, erat tamen diues sponsa, quæ deinde derepente incidit in grauem paupertatem; quia grauis est ea mutatio quæ quemlibet prudentem à contrahendo matrimonio auerteret. Tertiò timor exhæredationis iustus, & probabilis, cùm inducturus sit eafum ab statu habito, iure quoque auerteret ab sponsalibus. Quartò noua vtriusque sponsi paupertas, reddit enim illos minus aptos ad onera futuri matrimonij ferenda: nihilominus nouæ diuitiæ vni sponso aduenientes, altero in sua paupertate perdurante, non dant causam diuitî recedendi ab sponsalibus, quia Pars qua cum canttahis, non est facta deterior, quare non debet priuari suo iure propter diuitias tidi accedentes, etiamsi nunc Parri diuiti fiat durior exeu io sponsalium; quia non fit durior per se, sed quia ab aliis ditioribus sponsalibus contrahendis impedit, quod non sufficiet ad tumpenda sponsalia, alioquin quoties possent ditiora sponsalia contrahi, liceret minùs commoda & copiosa dissoluere. De his omnibus vide Couuar. *in 4. decretal. 1. part. cap. 5. initio n. 4.* Menoch. *lib. 2. de arbitr. casu 55.* Sanch. *lib. 1. disp. 59.* Gutiet. *cap. 33.* Layman. *lib. 5. tract. 10. cap. 2* Coninch. *de sacram. disp. 23. dub. 8.* Basil. Pont. *lib. 12. cap. 17.* Ferdin. à Castro *disp. 1. de sponsalibus, punct. 28.* qui plures alios dabunt.

10 Septimò quoties istæ causæ legitimæ dissoluendi sponsalia, illa quidem præcesserunt, occultæ tamen sunt alicui contrahenti, vbi deinde innotescunt, licebit ab sponsalibus resilire, vti ex communi sententia tradunt Henriq. *lib. 11. cap. 14. n. 2.* Coninch. *d. 23. dub. 8.* Pont. *lib. 12. cap. 18.* Gutiet. *cap. 34. de matrim. n. 2.* Sanch. *lib. 1. disp. 63.* Layman. *cap. 2. citato, n. 18.* Ferdinand. *disp. 1. citat. punct. 29. n. 1.* quia reuerà fit insignis mutatio respectu illius, cui innotescunt, secus verò si initio ea nouerat, etiamsi laterent; quia cùm illorum notitiâ liberè consenserit, ius alteri parti suo consensu dedit, quo nunc illam absque noua causa priuare non potest. Debuit præterea ista notitia causam dedisse promissioni sponsalitiæ: nam si ita affectus erat, vt tunc cognita illa causâ consensurus nihilominus fuisset, non erit locus dissolutioni; quia respectu eius, nulla facta censeri potest mutatio, quæ à contrahendo auerteret.

Hinc fit vt qui comperit fornicatam aliàs fuisse, quam vel virginem, vel honestam viduam esse existimabat, dum sponsalia cum ipsa contraxit, possit ea sponsalia rumpere, quia probrosum est constupratam ducere; & quia vidua censetur inferioris conditionis virgine, qui virgini fidem dedit, quam deinde viduam esse comperit, fide data non tenetur, vti docent laudati Authores; qui tamen sapienter addunt fornicationem viri præcedentem sponsalia, non dare causam illa rescindendi, nisi vel illa frequentior, & cum pluribus fuisset, quæ daret suspicionem profligatæ indolis, & timorem ne contrahendi deinceps matrimonij fidem violaret, vel ex fornicatione prolem suscepisset, quæ sine dubio matrimonium difficilius vatias ob causas redderet.

His omnibus ad extremum addo hanc ignorantiæ causam, sufficientis ad dissolutionem sponsalium, quæ causam dedit contractui, non reddere illum ipso iure inualidum, sed irritandum ad voluntatem sponsi decepti; quia ea ignorantia versatur circa qualitates duntaxat personæ, in quam absolutè ferebatur consensus: quia tamen difficiliorem reddunt contractum futuri matrimonij, vbi deinde comparent, ius est decepto consensum reuocare, qui si non reuocet, sed conscius illatum circumstantium cognoscat sponsam, cedit iuri resiliendi, quod communi consensu tradunt citati hactenus DD. quos adeas velim.

CONSECTARIVM IV.

Alij casus in quibus liberamur promissis ex mutatione superueniente.

Hi permulti sunt, paucos enumero, ex quibus similes alios facile fuerit colligere.

Primò igitur qui post promissam liberaliter pecuniæ summam incidit in grauem egestatem, non tenetur sua promissione quam vel nequit exequi, vel non nisi cum maxima difficultate ad quam vir prudens nunquam se obligasset.

Secundò qui suam alteri promisit operam; cuius deinde proprius filius, aut parens propter grauem infirmitatem, aut iustam aliam causam, tunc vigentem indiget, non tenetur sua promissione; neque enim voluit promittens se obligare ad non satisfaciendum obligationi naturali pietatis, si vbique simul satisfacere nequeat. Adde quod cùm eo casu simul vrgeant duo præcepta, quæ simul impleri non possunt, præferendum est illud quod est iuris naturalis, illi, quod ex libera voluntate nobis ipsi imposuimus.

Tertiò quando duo sibi aliquid aliàs indebitū in mutuam compensationem promittunt, vnus non tenetur stare promissis, si alter quoque fidem non

liberet. Ita Rebel. 2.*part.lib.*18. *qu.*11. *n.*5. Molin. *tract.*2.*disp.*272. Less. *lib.*2.*cap.*18.*n.*75. quia vnus non censetur eo casu voluisse se obligare, nisi alter quoque sese vicissim obstringeret. Quæ omnia consectaria vera sunt, quamuis promissio fuisset iuramento firmata.

Quartò qui tempore præstituto non impleuit promissum cùm facile posset, si deinde fiat impotens, incidat v.g. in egestatem, aut aliud quodpiam impedimentum; non liberatur obligatione, sed eam præstare debebit, vbi fuerit ablatum illud impedimentũ; quod de omni impedimento non perpetuo, sed temporario duntaxat dicendum esse mouet Molin. *citata disp.*272 *num.*7.

CONSECTARIVM V.

An promissio de reditu ad carcerem obliget.

Quæst. I. *de reditu ad iniustum carcerem.* 1.
Illa seruari potest. ibid.
Non tenetur tamen promissor. 2.
Quæst. II. *de carcere iusto.* 3.
Tunc promissio obligat. ibid.
Aliquando tamen desinit obligare. 4.

GEmina potest esse hoc loco quæstio; vna de carcere iniusto, altera de carcere iusto.

1 Circa priorem quæstionem: Dico primò fidem datam de reditu ad carcerem iniustum, etiam cum periculo aut præscientia subeundæ mortis, honestam esse, & seruari posse docent Sanch. *lib.* 3. *in Decalog. cap.* 11. *n.*32. aliique statim afferendi contra Couar. *lib.* 1.*variar.cap.*2.*n.*7. Vasq. 1.2.*d.*174. *n.*35. qui eiusmodi hominem tanquam suæ cædis reũ damnant, cum nõ sit virtutis offerre se morti iniustæ, sed temeraria audacis animi ferocitas. Verùm cùm honesta fuerit, & prudens eiusmodi promissio, vti supponimus, quia non poterat aliter ad suas res componendas, & grauia expedienda negotia exire, non est vnde illius promissionis executio reddatur inhonesta; ponimus enim nullam fuisse factam rerum mutationem, quæ imprudentem reddat aut promissionem, aut impletionem ipsius, pertinet autem ad fidelitatem, & veracitatem, prudentem atque honestam promissionem implere: neque iste promissor suo reditu influit in suam cædem aut aliam grauem iniuriam, quam iniustè patietur, sed solum se illius exponit periculo, non alia ratione quàm ille qui ad iustum carcerem rediret, quod licitum esse statim dicemus, & non negat ipse Cou. immo Vasq. ait fidem datam custodi detentionis iniustæ, nescio de reditu, seruandam esse; atqui tunc æquè rediens influeret in suam cædem, atque in nostro casu. Cum igitur promissio de reditu ad carcerem licet iniustum honesta & prudens fuerit, quod suadet vel sola redemptio vexationis, aut boni alicuius procuratio, rerum domesticarum aliorumque grauium negotiorum intereà temporis procuratio; ipsius quoque impletio licita & honesta erit. Quare Attilij Reguli ad Carthaginenses redeuntis fidem veteres omnes cõmendarunt, etiã Scriptores Christiani, vt Aug. *lib.* 3. *de Ciuit. c.*20. & 18. & *lib.*5.*c.*18. & *lib.*1.*cap.*15. & 24. Orosi. *lib.*4. *histor. c.*10. Tertul. *c.*50 *Apologet.* Nostri quoque maiores fortitudinem Ioan. I. Christianissimi suspexere; captus enim ab Eduardi Angli filio, cùm ea quæ ad afferendã suam libertatem promiserat, in magnum Regni detrimẽtum cessura intellexisset, ad ostem redijt, à quo tamen iniustè detineretur, cùm perfidus feudatarius in supremum Dominum rebellasset, in eumque iniusta arma mouisset.

2 Dico secundò non teneri quempiam fide data de reditu in carcerem iniustum, neque illam necessariò seruandam esse. Ita Sanch. *l.c.* neque enim ponenda semper necessariò est omnis impletio licita promissionis, siue non obligamur semper implere quod promisimus, quamuis illud implere licitè, & absque culpa valeamus. Qui promisit se soluturum vsuras, poterit illas licitè soluere, ad id tamen non teneri diximus aliàs, cum Suar. *lib.* 2. *de iuram. cap.* 9. *n.*12. quia nullus tenetur cum suo graui incommodo illud exequi, ad quod promittendum iniustè coactus est. Neque repugnat Aug. *lib. de bono coniugij, cap.*4. cum ait fidem datam, vitæ corporali præponendam esse, loquitur enim de fide liberè data, & non per vim iniustam extorta. Si tamen huic promissioni iuramentum accesserit, illam necessariò implendam esse tradunt Sanch. *l.c.* Suar. *lib.* 2. *de iuram. cap.*10.*n.*14 & 15. Less. *lib.*2.*cap.*42. *n.*28. Tolet. *lib.*4. *cap.*22. Layman. *lib.*4. *tract.*3. *cap.*7.*q.*3. quia promissio ista honesta fuit, & voluntaria; quamuis enim iniustè detineretur, nullus tamen vt exiret, aut ad reditum iuramento se obligaret coegit, quare nihil est quod à iuramento ipsum liberet; si tamen non præuidit cùm iurauit tantum esse periculum in suo reditu, non obligabitur sua promissione, licet iurata, quod ferè contingit: quod si præuiderat illud periculum, poterit, immò & debebit iuramentum eiusmodi relaxare Episcopus, vti monet Sanchez. Placet tamen quod Couar. cum pluribus aliis quos adducit, vult non teneri suo iuramento istum, & posse sine mendaeij & periurij labe non redire ad carcerem iniustum, si certis coniecturis iniustam damnationem timet, quia etiamsi non liceat ad vitandam mortem periurium mendaciúmue affectione rei præteritæ vel præsentis committere, licebit tamen simplicem promissionem, vel iuramentum promissorium non mandare executioni ad vitandum dispendium salutis temporalis, vel spiritualis. Nam in hoc casu non est periurium, sed duntaxat liberatio obligationis, quam tum promissio, tunc iuramentũ induxerat, quæ excusatio ab implendo iuramento id ipsum efficit, quod relaxatio faceret quoad impletionem obligationis. Iam verò quod attinet ad alteram quæstionem initio propositam de fide data redeundi ad iustum carcerem.

Dico tertiò eiusmodi promissionem obligare & seruandam esse cum glossa *in Clem. pastoralis, vers. per violentiam. de re indic.* & aliis à Couar. *capit.*2. *cit.n.*8. relatis. Alciatus *lib. de singul. certam. cap.*44. & cæteri. Quia tunc nihil apparet vnde soluatur obligatio promissionis validæ & honestæ, neque per vim iniustam aut dolum extortæ, quod multo verius erit vbi iuramentum accesserit promissioni. 3

Dico quartò huius promissionis obligationem aliquando cessare. Quatuor casus enumerat Alciat. *loc. c.* quorum tamen duo priores iniustè exortum fuisse iuramentum de repetendo carcere, supponunt, ac proinde iniustum quoque fuisse carcerem, vt contingit primò quando cui à pyrata, aut alio qui ius bellandi, aut capiendi non habet, extorta fuit promissio, illum enim ficta promissione deludere fas erit, quod etiam obseruauit Cicero *lib.* 3. *de officiis.* Secundò dum victor captiui facultatibus inhiat, neque iusto redemptionis 4

poteri

pretio contentus fuit : ipseque Homeros inducit iratum Apollinem Agamemnoni, qui iustum redemptionis pretium pro Chryseide reiecerat, ideóque vt sibi Numen iratum placaret, illam gratis Patri restituit *ἀπριάτην ἀνάποινον* sine pretio & munere. Et sane hoc casu iuramentũ per vim iniustam extorquetur. Lingua igitur iurabit hic captiuos, & non mente, vt ait Euripides *in Hyppolito coronato*, & hi duo casus ad superiorem quæstionem de iniusto carcere pertinent, vbi verò de iusto vti hoc loco agitur.

Dicendum est ex vniuersali doctrina à nobis tradita non obligare promissionem istam de reditu ad carcerem, alioquin iustum, cùm ea facta est rerum mutatio, quam promittens non potuit præuidere, & si præuidisset, non promisisset, aut licitè promittere non potuisset, v.g. si intersit totius Reipublicæ fidem illi datam non seruare : Ea enim, dixit Tacitus, apud sapientes cassa habeantur, quæ neque dari neque accipi salua Republica possunt. Sic qui suæ fidei creditam arcem à Republica hostibus oppugnantibus promisit, si inesperatum subsidium illi occurrat, non tenetur sua fide. Eadem ratione captiuus Dux dimissus fide data de redeundo, quoties requisitus fuerit, deinde Regni alicuius Rex factus, non tenetur fidem seruare & reuerti, sed liberatur præstatione eius quod interest, quia reditus ille toti Regno noceret ; Itaque iudicauit Eugenius IV. in Cõcilio Florentino, in causa Ducis Andegauensis, qui à Burgundo captus bona fide illi iurarat se in custodiam, vbi vellet, reuersurum ; factus enim Siculorum Rex, fide data de repetendo carcere, minimè teneri definiuit Pontifex, Burgundo tamen litis æstimationem persoluere debuit. Sic Ioann. I. cùm repugnante Regno, quod in eius damnum Anglo promiserat præstare non potuisset, non tenebatur ad carcerem redire; quod tamen præ animi excelsitate præstitit.

Aliam causam affert Alciat. cùm promissarius vel communione Christiana interdictus est, vel bannitus deuoto eius capite, illi enim seruandam minimè esse fidem contendit. Sed de hac causa suus erit alibi differendi locus. Addit denique non teneri hunc promissorem repetendi carcerem, quoties noua aliqua non reuertendi causa, vel noua timoris excusatio successerit.

Consectarium VI.

Illustrantur ll. aliquot D. de verbor. obligat.

Lex 111. *D. de verbor. obligat.* 1.
De differentia inter verba, Si volam, *&* Si voluero. 2.

In l. 111. D. de verbor. obligat. scribit Pompo-
1 nius, Q. Mutij sententiam sequutus, vsu in stipulationem ab vxore deducto, prohibito viro, stipulationem committi ; certum enim est vsu domus marito concesso cum eo vxorem habitare posse; dubitabatur tamen an vsu vxori concesso cum ea maritus habitare posset, & primus Q. Mutius *l. 4. D. de vsu & habitat.* dixit posse, adiicit hoc loco Pompon. committi stipulationem *Iter fieri*, non solum si me, sed & si alium meo nomine ingredientem prohibeat. Nam & per alium hæc seruitus vsurpatur *leg. vsu 20. D. quemadmodum seruitut. amittantur*, quia vt dicebat Pomponius *latius πλατύτερον* hæc verba accipiuntur; latitudo illa stricto iuri opponitur, hæcque latitudo est voluntatis contrahentium, secundum quam capienda sunt verba stipulationum.

Quæstio non leuis est, an is cui datur electio in 2
stipulatione, possit variare ; & quidem in disiunctiuis electio est debitoris, cui & variare licet quoad soluerit, nisi fuerit ei nominatim electio data, *leg. cum qui 138. D. de verbor. obligat & leg. huiusmodi 84. §. Stichum, D. de legat. 1.* Neque sh debitore distinguimus quo verbo sit ei electio data *volet*, an alio quopiam, nam vbi primùm de aliquo constitit, ei se dando obstringit, & ius statim stipulatori vel legatario adquiritur ; quoad creditorem verò, illum variare non posse, si ei electio nominatim data sit, ait Paul. *in l. 5. D. de legat. 1.* quod tamen distinguit Pompon. *in l. 112. D. de verbor. obligat.* Nam si quis ita stipulatus sit, Stichum aut Pamphylum *quem voluero*, semel tantum eligere potest, & non variare. Si autem ita *quem volam*, variare poterit vsque ad litem contestatam ; quia *volam* est extensiuum, siue paratiuum in futurum, sicut volebam in præteritum. Idem contingit in legatario, cùm data fuerit optio per damnationem, his verbis. *Stichum aut Pamphilum, vtrum Titius volet, illi dato.* Nam *volet* est extensiuum *l. filij 6. D. ad S.C. Tertyllian.* Ideoque si Titius Stichum semel optarit, potest variare ; quia licet eum optarit, nondũ tamen adquisiuit ante traditionẽ, res itaq; integra est. De hac differentia inter verba *Si volam, & si voluero*, vide Cuiac. *in leg. 11. D. de verbor oblig.*

Plura alia quæri possent hoc loco quæ disputant interpretes *in C. de committenda stipulatione, & in D. de verbor. obligat.* & de pollicitationibus, quæ cùm ferè ad forum externum pertineant, & pleraque indicata sint à nobis disputantibus de obligatione pactorum, Iurisconsultis eorum ampliorem expositionem relinquimus.

Consectarium VII.

An quis pro alio possit stipulari ?

Regula vniuersalis. 1.
Quid valeat stipulatio habere licere. 2.
An sit vtilis obligatio alieni facti. 3.
Obligatio pœnæ subiecta obligationi quid operetur. 4.
Per quem acquiratur alteri obligatio. 5.
Personæ quæ pro aliis stipulari possunt. 6.
An Tabelliones ita pro aliis stipulentur & promittant vt ea promissio nequeat reuocari. 7.

Certissima iuris Regula est, neminem pro alio 1
sibi extraneo, & qui non sit in eius potestate stipulari posse, *l. stipulatio 38. §. alteri. D. de verbor. oblig.* & *§. si quis alij*, & *§. si quis alteri. Inst. de inutilib. stipulationib.* Quibos locis optima ratio redditur, quia inuentæ sunt eiusmodi obligationes ad hoc, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest, cæterum vt alij detur nihil interest mea Deinde, vt ait Paol. *in l. inter stipulantem 83. D. de verb. oblig.* negotium inter stipulantem & promittentem contrahitur; itaque alius pro alio promittens daturum, facturúmue eum, non obligatur. Nam de se quemque promittere oportet, & qui spondet dolum malum abesse abfuturumque esse, nõ simplex abnutium spondet, sed curaturum se vt dolus malus absit: sibi etiam stipulari debet, & non alteri.

Dixi autem neminem pro alio sibi extraneo, siue qui io eius potestate nō sit, stipulari nec promittere posse, ideoq; si in eius potestate sit, & sibi aequirere, & illi imponere obligationem, & pro illo poterit stipulari quatenus sua interest, & illi promittere; qood constabit in sequentibus consectariis.

2 Hinc enim primò vides quid sentiendum sit in celebri controuersia de obligatione stipulationis *habere licere*, de qua *in leg. 38. D. de verbor. obligat.* in qua obseruat Cuiac. Vlpian. *lib. 49. ad. Sabin.* vnde desumpta est *l. 38. citata*, agere potissimum de stipulationibus, quæ ex causa emptionis & venditionis interponontur, vt de stipulatione emptæ & venditæ hæreditatis, quanta pecunia ex illa hæreditate peruenerit, ad quam pertinet *l. 1. D. de hered. vend.* & *l. pecunia. D. de verbor. significat.* De stipulatione facta ad euictionem his verbis *habere licere*, de qua in *leg. 3.* & *leg. 38. D. de verbor. obligat.* actione siquidem venditor tenetur, vt præstet habere licere, *leg. 8. D. de euiction.* & vt emptori interposita stipulatione caueat habere, *leg. ex empto, §. venditorem. D. de action. empt.* quæ stipulatio committitur, cùm res iudicio euincitur, & aufertur emptori; vel æstimatio eius, *l. si seruus. § 1. leg. habere, D. de euict.* nec solùm si ab ipso venditore, vel hæredibus eius per iudicē auferatur, sed si & ab alio quolibet; nam *habere licere* sic accipiendum est, per me, & per hæredem meum, & per omnes *habere licere*, vel per me, aut per alium non fieri qoominus habere liceat. Itaque stipulatio, pro me vel hærede meo promitto, vtilis est; videor enim de hærede meo vel quo alio cæterorum successorum promittere, dum de me promitto, vt ait Vlpian. *in hac lege*, vbi nomine cæterorum successorum significat cæteros hæredes per successionem, vt hæredem hæredis, & deinceps cæteros. At verò stipulatio qua promitto per omnes *habere licere, vel per alium non fieri quominus habere liceat*, inutilis videtur esse, quia alienum factum promitto, cuius obligatio nulla est, nisi adiiciatur pœnā; adiecta pœnā ni dederit vel fecerit, alterum daturum vel facturum promittimus rectè *§. versa, instit. de inutilibus stipulat.* sicut & adiecta pœnā adstipulamur rectè alteri dari vel fieri *l. 38. §. alteri. D. de verbor. obligat.* ea non adiecta inutilis est stipulatio, promissióque. Quid igitur euiniet si huic stipulationi *habere licere* non sit subiecta pœna? Verius existimat Cuiac. ex ea agi posse altero emptori rem euincente, & abducente; quoniam qui *habere licere* promittit, non simplex abnutiuum promittit & ἀποφατικὸν, siue negans, sed hoc promittit acturum, & curaturum se vt per omnes habere liceat, *l. inter stipulantem 83. init. D. de verbor. obligat.* atque ita illa stipulatio accipienda est; maximè si nulla fuerit pœnæ, vel quanti ea res est promissio subiecta; vel quando fuerit concepta generaliter: nam si specialiter promiserit per se & per hæredem suum habere licere, non tenetur curare vt per alios omnes habere liceat. Itaque alio euincente non tenetur, *l. ex empto 11. §. qui autem. D. de action. emp.* Generalis itaque stipulatio *habere licere*, non tantum hoc continet, per se, hæredemque suum non fieri quominus habere liceat, sed & per omnes: quod de facto alieno accipietur adiecta pœnâ, vel non adiecta pœna; ita accipietur se daturum operam, vt & per omnes habere liceat. Quare falsò scribunt aliqui ex hac generali stipulatione re euicta ab aliquo extraneo, non teneri promissorem nisi ex empto, nam reuera tenebitur etiam ex hac stipulatione, quia non curauit ne alius euinceret. Quare dum *leg. ex qua 43. D. de contrah. emption.* & *l. ex empto 11. §. qui autem*, negatur ex stipulatione speciali venditorem teneri re euicta ab extraneo, significatur ex generali stipulationa eum teneri, quare multū omninò interest vtrum generaliter, an specialiter facta fuerit hæc stipulatio *habere licere*.

Reiicit quoque Cuiacius eos qui scribunt venditorem re euicta non teneri ex stipulatione *habere licere*, si summam diligentiam adhibuerit ne euinceretur, cùm teneatur adhibere diligentiam, non autem facere ne euincatur.

Hos inquam reiicit Cuiacius, quia inde sequeretur eum qui promisit se curaturum, vt Titius decem daret, si frustrà fuerit diligens in monendo & curando Titio, ad nihil teneri, cuius tamen contrarium affirmat Imperat. *§. si quis alium 3. inst. de inutilib. stipulat.* qui decem curari, vel decem dari curare promiserit; si frustrà diligens in eo fuerit, tenebitur *l. vlt. D. de reb. credit.* Et sanè apud Tullium curare pecuniam, vel nummos, est præstare, vel annumerare. Venditor igitur qui curare debet, ne res euincatur, non satagere duntaxat, sed agere, & perficere debet, alioquin de euictione tenetur ex empto, vel ex stipulatu. Vides igitur neminem vti dicebat nostra regula vniuersalis, pro alio validè stipulari, si ille ipsi sit prorsus extraneus; neque in stipulatione vulgari *habere licere*, alium quam stipulatorem, aut qui cum eo eandem personam faciunt, eademque iura & obligationes quoque participant, obligari.

3 Hinc redditur ratio cur alieni facti, aut dationis stipulatio sit inutilis; quod enim aliqui volgò accusant temeritatem stipulantis, non satisfacit, quia inconsulta temeritas facit potiùs, vt magis, quàm vt minus obligetur, *l. Iulianus 13. §. quid tamen. D. de action. emp.* Ratio igitur est quia cùm, vti sæpius monuimus, negotium inter stipulantem & promittentem contrahatur, debet quisque sibi stipulari, & non alteri, & de se promittere, non de altero. Ea de causa cùm quæritur cur legatarios testis testamento, non autem hæres adhiberi possit, non alia ratio reddenda est, quàm quod in testamento geratur negotium inter testatorem & hæredem, sibi autem in suo negotio nemo testis esse potest, *§. sed neque, inst. de testibus ordin.*

4 Hinc intelliges cur alius pro alio promittēs daturum eum, facturumue, non obligetur, nisi sit subiecta pœna, vt dicitur *l. 38. §. 1. & §. si quis dolum. D. de verbor. obligat.* & simul alius pro alio stipulans ei dari vel fieri, nullam sibi adquirat obligationem, nisi quoque sit subiecta pœna: quod ostenditur *§. alteri l. 38. citata*, nempe quia ratio illa communis propter quam nullus pro alio stipulari, aut promittere possit, quòd inter stipulantem & promittentem negotium contrahatur, cessat quoties pœna subiicitur. Nam neque stipulator alij quàm sibi pœnam, quam subiicit stipulatur, neque promissor alium quàm se eam illaturum promittit, & ideo siue in stipulatione pro se stipuletur quis, & promittat, siue pro alio, pœnæ subiectæ obligatio solùm contrahitur, quasi sub alia quapiam conditione certa summa fuisset in stipulationē deducta; quod idem contingit si non pœnæ, sed quanti ea res est stipulatio subiiciatur, siue pro alio quis promittat.

5 Denique hinc colliges qood affirmabamus secunda parte nostræ regulæ, nimirum stipulationem alteri factam valere, si stipulantis intersit, vt dicitur *l. 38. §. si stipuler. D. de verbor. obligat.* ratio est quia stipulando mea interest, negotium mihi potiùs

tiùs, quàm alteri contrahere, vt si tutor cessa administratione, de contutore stipuletur rem pupilli saluam fore, vel si quis procuratori suo, aut creditori suo dare stipuletur, ac similiter is qui de Titio conduxit domum faciendam, rectè eam alteri faciendam Titio locabit, habebitque vtilem ex locato actionem. Qui igitur, quod affirmabat nostra regula, alteri stipulatur, non acquirit sibi obligationem, nisi pœnam, vel quanti ea res stipulatus fuerit, itemque nisi intersit eius alteri dari, vel fieri, etiamsi quanti ea res est stipulatus non sit.

An verò alteri acquirat obligationem, respondet Cuiaci. directè non adquirere, nisi potestatis iure, vt si seruus domino, vel filiusfamilias patri stipuletur, vel patris seruo, aut fratri *l. 40. & 45. D. de verbor. obligat.* Per liberam verò personam non adquiritur alteri obligatio, vel actio directa, nisi certi condictio ex mutuo vel promutuo, & pignoratitia, ex ea causa propter necessarium vsum creditæ pecuniæ. Atque hactenus de stipulante. De promittente verò sic opinamur; promittens alium daturum vel facturum eum nullo casu obligat, sed neque seipsum, nisi subiecta sit pœna, vel nisi se curaturum vt alius daret, aut faceret, promiserit, vel promisisse interpretemur. Atque ita promisisse intelligitur non solùm qui *habere licere*, vel dolum malum abesse promisit, sed & qui alium iudicio sisti promisit, *l. 81. §. pen. D. de verbor. obligat.*

6 Vt verò ad singulas personas quæ pro aliis modo explicato stipulari possunt, delabamur. In primis omnes quæ alterius iuri plenè subiectæ sunt, pro ipso stipulari possunt, vt mancipium siue verum, siue præsumptum pro domino, ex glossa *in capit. quamquam. vers. possunt acquirere, de vsuris in 6.* Filiusfamilias quamdiu est sub patria potestate; Monachus pro suo Prælato, & Monasterio; hi enim omnes propter illam plenam subiectionem censentur eædem personæ cum iis, pro quibus stipulantur, & promissum acquirunt. Qui enim omnes non sunt omnimodè subiecti, secundum aliquam rationem, non valent pro his quibus subiiciuntur, siue suis superioribus, stipulari, vt vassallus pro Domino, subditus pro Principe, & Iudice, famulus pro hero, filius sui iuris factus pro patre, aut matre, discipulus pro magistro, de quibus omnibus vide Molin. *tract. 2. disput. 264.* Sanch. *lib. 1. de matrim. disput. 7. numero 10.* Lessius *lib. 2. capit. 18. numero 47.* Rebell. *2. part. de obligat. inst. lib. 18. quæst. 2. num. 4.* & apertè significat *l. 38. § si quis alij. D. de verbor. obligat.*

Secundò qui aliorum curam gerunt, pro ipsis stipulari possunt, tutor pro pupillo, curator pro minore, pro prodigo, vel amente, Princeps pro subdito, Episcopus & Rector pro sua Ecclesia, Procurator Principis, Ciuitatis, oppidi, alteriusve communitatis, quod tradunt & probant ex iure laudati DD.

Tertiò Pater pro filio in sua potestate existente vtiliter stipulatur aliquid filio dandū, quoties illius proprietas, & vsusfructus, vel saltem vsusfructus patri competit: quod si bonum castrense, aut quasi castrense sit, cuius neque proprietas, neque vsusfructus patri competit, vtiliter quidem stipulabitur pro filio, si id faciat tanquam legitimus eius administrator: non verò si tanquam pro extraneo stipuletur, quod ferè numquam præsumendum erit. Si denique stipuletur factum pro filio, vel illud non adhæret filio, & erit inutilis stipulatio, vel filio adhæret, & valebit quoad filium stipulatio, & non quoad patrem, nisi quantum eius interfuerit. Ita ex mente Doctorum Sanch. *lib. 1. de matrim. disp. 7. n. 6.* Addit verò *n. 7.* patrem pro filiofamilias stipulari posse in tempus, quo filius sui iuris erit, si stipulatus tanquam pro filio, & non tanquam pro extraneo, ideoque stipulari poterit pro filio in tempus quo erit emancipatus: hæc enim paria sunt.

Quarto Iudex & Tabellio stipulari valent pro absentibus quoad ea quæ ad iudicium spectant, & à partibus afferuntur *l. 2. 3. & 4. D. rem pupilli saluam fore. l. 1. §. exigere. C. de magistratib. conueniend. l. non aliter. D. de adoptionibus.*

7 An verò Tabellio facultatem habeat extra iudicium stipulandi pro absente, ita vt ex ea stipulatione sic maneat acceptata promissio, vt à promittente nequeat amplius reuocari, non leuis quæstionis est: affirmauit quidem Couarru. *in Rubric. de testam. 2. p. n. 13. & lib. 1. variar. cap. 14. n. 11. & 13.* Molin. *tract. 2. disp. 264.* Layman. *lib. 3. tract. 4. cap. 1. n. 4.* Rebell. *2. part. de obligat. lib. 18. q. 2. n. 6* & alij, quia quondam seruis publicis, qui fungebantur officio Notarij, siue Tabellarij permissum erat pro impuberibus, pro absentibus, & ignorantibus stipulari *l. 2. 3. 4. & 5. D. rem pupilli saluam fore. l. 1. §. exigere. D. de magistrat. conueniend. l. cùm cognatos. C. de captiuis postlimin. reuersis, & §. cum autem. institut. de adoptionib.* Neque legimus huic iuri derogatum esse. Quare hanc eandem facultatem Notarij retinere censendi sunt. Deinde personæ publicæ existunt, illas autem posse alteri stipulari docet *l. 1. §. exigere D. de magist. conueniend.* Denique dicuntur serui publici, quod pluribus ostendit Tiraq. *de iure constituti. 3. p. limit. 20. num. 33. & lib. de nobilit. cap. 30. n..* Atqui iam docuimus seruum pro domino stipulari posse. Contrarium nihilominus docēt negantque acceptationē Notarij in instrumento publico extra iudicium reddere promissionem firmam, & irreuocabilem, ac proinde non possunt pro absentibus stipulari. Ita plures adducens Sanch. *lib. 1. de matrim. disp. 7. n. 11.* Molin. Iurisconsf. *lib. 4. de primogen. cap. 219.* Fachinæ. *lib. 8. cont. cap. 91.* qui sapienter distinguit inter has duas quæstiones; An Notarius possit pro absente & ignorante stipulari, & illi ius acquirere, quod pluribus in locis indoctum est in vsam: & An ius illud per talem stipulationem quæsitum firmum sit ante ratihabitionem, atque adeo ante illam possit promittens suam promissionem reuocare. Hoc postremum affirmat postrema ista sententia, quoties non agitur de iudicialibus, & prætoriis stipulationibus, sed de priuatis negotiis & contractibus, quia nullibi ius tribuit hanc facultatem Notariis, quæ enim in contrarium adducuntur leges de seruis publicis, quibus facultas pro aliis stipulandi conceditur, loquuntur, vti iam dixi, de cautionibus & stipulationibus prætoriis & iudicialibus, non priuatis; & seruus quidem potest pro domino stipulari, verùm Notarius non est singulorum seruus, sed Republicæ, vnde non poterit ratione illius seruitutis pro singulis stipulari, immò neque pro Republica absque eius mandato, cùm & illa Notariorum seruitus, quæ à Græcis petita fuisse videtur, vti videbis apud Vlpian. Demosthenis Scholiastem *in oration. ad Olinth. 2.* iamdiu abolita fuit ab Arcadio, & Honorio l. *generali C. de Tabular.* Ideoque Iustinian. *§. cum autem, inst. de adoption.* eos nō seruos publicos, sed personas publicas vocat, & *Nouell. de Tabell.* ait armarium ipsorum fortunam esse omnium, neque illa antiqua Notariorum seruitus similis erat serui-

tuti mancipiorum, vt possent pro domino absente stipulari absque eius mandatu. Quare si ius commune spectemus, postrema ista sententia tenenda omnino est, spectare tamen oportebit iura municipalia, & priuatos mores, qui vsum contrarium alicubi induxisse possunt.

Quintò procurator particularis habens speciale mandatum ad stipulandum, validè pro mandante stipulabitur, sed de procuratoribus hac in parte fusius diximus *lib. 5. cap. 2. art...*

Sextò denique posse quemlibet priuatum pro alio fauore piæ causæ stipulari docent passim Tiraq. *de priuileg. pia causa, priuileg.* 114. *numero* 1. Couar. *lib. 1. variar. cap.* 14. *numer.* 13. Gutier. *repetit. in cap. quamuis pactum, init num.* 55. Sanch. *lib. 1. de matrim. disp.* 5. *num.* 10. Lessius *lib. 2. cap.* 18. *n.* 47. Rebell. 2. *part. lib.* 18. *q.* 3. *n.* 1. Ferdinand. à Castro Palao *disp.* 2. *de iust. punct.* 5. *num.* 11.

Consectarium VIII.

An acceptata promissio ab eo qui pro absente validè potuit stipulari, reuocari queat ante acceptationem eius cui fuerat stipulatus.

PRomitto centum Titio absenti, pro quo, & cui Caius validè stipulatus est, possumne eam promissionem reuocare antequam Titius eam acceptauerit, siue acceptationem à Caio stipulante ratam habuerit. Ita existimant plures apud Couarru. *lib. 1. variar. capit.* 14. *numer.* 13. Lessius *lib. 2. cap.* 18. *numer.* 50. quia cùm voluntate eius qui pro absente acceptauit, facta fuerit valida promissio, eiusdem voluntate dissolui poterit. Et sanè eiusmodi promissio non fuit facta absenti, sed in eius tantùm fauorem præsenti, qui illam acceptauit. Cur igitur ipsi cedere non potuit, vbinam enim eiusmodi cessio & acceptationis reuocatio prohibita fuisse demonstrabitur? Denique cùm iste absque mandato absentis pro illo sponte sua fuerit stipulatus, non tenetur illum de promissione in eius fauorem facta, & à se pro ipso acceptata monere, atque ita totam illam promissioné inutilem reddere; Cur igitur non æquè poterit suam acceptationem alieno nomine factam reuocare? Negant tamen liberalem promissionem absenti factam, & ab alio legitimè, & validè stipulanti acceptatam reuocari posse, licèt nondum ab absente fuerit acceptata, siue rata habita prior illa acceptatio, Couar. *l. c.* Sanch. *libro* 1. *de matrim. disp.* 7. *num.* 37. & alij etiam pro contraria sententia adducti; quia ius verum, & validum quæsitum est absenti media stipulatione legitima, ideóque eius iuris validitas, aut conseruatio non pendet amplius ex voluntate stipulantis, licèt per illam quæsitum fuerit, quia non fuit quæsitum ipsi stipulanti, qui posset pro arbitrio illi renuntiare; sed est quæsitum absenti cuius proinde consensus necessarius est, cum non pendeat ampliùs à voluntate stipulantis, qui illud ius ipsi quæsiuit. Placet distinctio Ferdinandi à Castro Palao *disp.* 2. *cit. punct.* 6. vel enim promissio de qua agimus onerosa est stipulanti, quia illam acceptauit in fauorem absentis sub aliquo tamen onere sibi iniuncto, vel simplex est & nullo modo onerosa stipulanti pro absente: si primum, poterit stipulans consentiente promittente promissionem eiusmodi, vel potius acceptationem eius à se factam elidere, quia potest sibi iniunctum onus, & à se acceptatum consentiente illo, qui ipsi iniunxit, excutere, atque ita acceptatio quæ sub eo onere & conditione facta fuerat, corruet omnino. Vera est enim communis regula qua etiam vtuntur aduersarij, vinculum solui eadem vi, qua colligatum fuit, *l.* 35. *D. de regul. iur.* Adde in ea stipulatione & acceptatione onerosa huic stipulanti, fuisse aliquam eius repromissionem, qua se obligauit ad illud onus sub quo promissionem pro absente acceptauit: potest igitur ille suam repromissionem consentiente eo, cui repromisit, soluere, ipsaque soluta promissio prior in fauorem absentis facta, necessariò cessit, cùm non fuerit facta nisi sub onare & conditione eiusmodi repromissionis factæ à stipulante pro absente; si verò stipulans iste nihil repromisit, sed simpliciter & absque vllo suo onere acceptauit promissionem sibi pro absente factam; vel eiusmodi promissio facta fuit in gratiam & commodum eius, siue intuitu tantùm stipulantis, vel in gratiam solius absentis pro quo iste stipulatur. Si primum poterit stipulans reuocare suam acceptationem, & reiicere gratiam sibi factam, ac commodo sibi quæsito se priuare: neque dicere possumus ius illud firmiter acquisitum fuisse, cùm in gratiam tantùm stipulantis acquisitum fuerit, ac proinde ab ipso pendeat. Præterquam quod finis propterquam absenti facta fuerat ea promissio, atque etiam donatio, cessat omninò, ac proinde ipsa quoque donatio & promissio cessare debet; quæ ratio non reperitur quando promissio facta fuit in gratiam solius absentis, stipulatio verò fuit duntaxat conditio quædam necessaria, vt promittens absenti in cuius fauorem promittebat, obligaretur. Non poterit itaque stipulans pro absente suam acceptationem tunc reuocare, licèt absens nondum illam ratam habuerit, cùm ius absenti per eam promissionem & stipulationem quæsitum, non pendeat ab ea amplius stipulatione, vbi semel pactum fuit, tenebiturque promittens sua promissione, donec ille in cuius gratiam eam fecit, & pro qua alius præsens fuit stipulatus, illam reiicat, & iuri sibi quæsito cedat.

CAPVT II.

De Donationibus.

ROMISSIO de qua disputauimus hactenus sæpius donationem præcedit, & quoties promissio sola existit dominium nó transfert. Negari quoque non potest in communi hominum consuetudine, & commerciis frequentes esse donationes, quare earum doctrinam non potuimus hoc opere præterire, in quo de humanis omnibus commerciis disputationem fusiorem suscepimus.

Artic.

ARTICVLVS PRIMVS.

Quid & quotuplex sit donatio.

1 DOnatio si vim nominis attendamus dicta est à dono, inquit Paul. *in l.35.§. donatio. D. de donation.* quasi dono datum. Græcorum more qui dicunt *δῶρον καὶ δωρεῖσθαι* donum, donare. Definitur verò ab Aristotele, 4. *Topicor. δόσις ἀναπόδοτος* datio ita ab aliquo profecta, vt nullo casu reuocari possit: quæ definitio maximè probatur Cuiacio *in C. de donation.* In ea *datio* genus est donationis, quia non omnis datio, est donatio: nam datio rei causa permutationis, non est donatio, quia vicissim res alia datur. Donatio igitur est species dationis, estque illa sola quæ non reuocari potest, & quæ absolute, directè, & simpliciter, ac demùm inter viuos donatio nominatur; ideóque obseruat idem Cuiacius donationem aliquando sumi generaliter, vt *in l. quemadmodum 46. D. de iure dotium.* Sic legatum dicitur donatio, & fideicommissum tale etiam dici potest: quæ tamen non significantor, cùm de propria donatione agitur *in titulo. D. & C. de donationibus.* Istæ enim sunt donationes, quæ reuocari nequeunt, vt illæ priores: nam fideicommissum & legatum adimi potest, donatio autem non potest, cum sit vt dicebat Ari. *δόσις ἀναπόδοτος*. Vt verò ab hac subtiliori quæstione nunc abstineam, de qua dicam *art.5.* definienda mihi in vniuersum videtur donatio, liberalis alicuius rei datio per realem, aut
2 imaginariam traditionem. Liberalē dationem dixi, quia, vt ait Papinian. id donati videtur, quod nullo iure cogente conceditur, *l. donari 29. D. de donation.* & *l. donari 83. D. de regul. iur.* quibus verbis excludi ius omne naturale, ciuile, & prætorium, quo quis ad dandum obligatur, obseruauit glossa. Quare passim donationem antidotalem, siue remuneratoriam, quæ fit propter officia & obsequia præstita, & non solius liberalitatis intuitu, negant esse propriam donationem DD. Lessius tamen *lib.2. cap.18. num.14.* existimat sufficere ad liberalem donationem, vt non sit debita ex iustitia, cùm gratitudo quæ in decentia quadā naturali potiùs, quàm in iure fundatur, non repugnet liberalitati, qui enim eam solum donationem remuneratoriam appellant, quæ fit propter obsequia, ius agendi, & petendi, compensationem patientia, latè reiiciuntur à Sanch. *lib.6. de matrim. disp.6. num.2.* nam etiam illa quæ ex gratitudine duntaxat fit, antidotalis & remuneratoria vulgò dicitur. Quidquid statuas de ea quæstione, certum est plurima quæ conueniunt donationi, non cōpetere antidotali; vndè quando prohibetur simpliciter donatio, non censetur prohiberi antidotalis, quæ fit ob præcedentia merita, vti aduertit Bonac. *disp. 3. de restitut. quæst. 12. punct. 1. n.5.* cum Molina *tract. 2. disp. 292. n.2.* & nos fusius explicuimus *tractatu de symonia quæst. 18. consect. 3. numero 2.* & *in opere de vsuris lib. 2. cap. 3. art. 1. toto.* Maneat igitur donationem esse dationem liberalem. Neque sanè vt ait Iulianus *in l.1. D de donat.* vllus donat, nisi vt liberalitatem & magnificentiam suam exerceat.

Ex his vides solutionem debiti non esse donationem, quod Azor *tom. 3. lib. 11. tract. de donat. cap. 1. quæst. 7.* extendit ad debitum vi promissionis cōtractum, ad illius siquidem solutionem iam obligamur iure naturæ, quamuis liberalis fuerit promissio. Imò neque donationem reciprocam propriam esse donationem patitur idem Azor. *ibid. q. 9.* quia donatio emolumentum, non onus vel damnum affert donatario *l. si hæreditatem 32. D. mandati.* donatio verò reciproca oneri est, vt patet.

Ex quibus omnibus sequitur donationem non modo voluntariam, sed etiam plenè liberam, & nulla ratione coactam esse debere, alioquin non esset liberalis. Quare quæ latroni aut fœneratori ab inuitis donantur, quamuis voluntariè, quia tamen non liberè, sed coactè dantur, non fiunt donatarij, teneturque ad restitutionem. Omnis igitur tum vis, tum metus abesse debet à voluntaria datione rei suæ, vt sit vera donatio, & titulus sufficiens ad transferendum dominium, vti tradunt Vasq. 1. 2. *disp. 27. cap. 3. sub fin.* & Molin. *tract. 2. disp. 267. & 326.* Ponc. *lib. 4. de matrim. cap 6. num 4.* Quare omnia quæ diximus aliàs in opere de vsuris *lib. 3. cap. 2. art. 2.* de deliberatione & voluntario, requisitis ad promissionem, multo magis valere debent in donatione, maximè quæ asserimus de causa motiua, siue fine, qui subsistere debet qualis apprehenditur ad validitatem donationis, alioquin donatio neque libera, neque voluntaria est, cùm finis incognitus, non sit volitus, & pertineat ad substantiam ipsius donationis, siue rei donatæ reduplicatiuè, vt donata est. Ideoque si eleemosyna detur tantùm titulo paupertatis, & non alio vllo, & paupertas ficta sit, tota ea donatio inuoluntaria est donanti, cum interueniat error circa aliquid substantiale, vt dixi contra Koninch. *de actib. supernat. disp. 27. num. 81.* quia non consentit donans in translationem sui iuris, & donatarius non fit dominus illius eleemosinæ. Itaque docent Lorca 2.2. *disp. 37. sect. 3. num. 6.* Molin. *tract. 2. disp. 209. & 210.* Pesant. 2.2. *quæst. 58. art. 11. disp. 4.* Basil. Ponc. *lib. 4. de matrim. cap. 4.* Vasq. *opusc. de eleemos. cap. 3. dub. 5.* & 1.2. *disp. 30. num. 26.* Less. *lib. 2. cap. 40. num. 11.* & *cap. 18.* Sanch. *lib. 7. de matrim. disp. 28. numero 24.* tenebiturque ille pauper ad restitutionem, si putet donantem ita velle; quæ restitutio facienda erit vel donatori, si notus est, vel aliis pauperibus; si ita velle donatorem præsumatur. In minutis tamen eleemosinis vix vnquam ea videtur esse intentio donantium. Quod si causa donationis sit tantùm impulsiua, & eius tantùm occasio quædam, illius falsitas non faceret inuoluntariam donationem, vt de promissione diximus in citato opere.

Requirebam præterea ad veram donationem rei 3
dationem per fictam, aut realem traditionem; quia sine aliqua eiusmodi traditione, nulla datio potest intelligi. Obseruo igitur iure antiquo non perfici donationem

donationem nudo conſenſu, neque litteris, ſed vel verbis, vel re, hoc eſt interpoſita ſtipulatione, vel traditione rei, licèt nulla ioteruenіat ſtipulatio. Traditio veiò duplex eſt, vna corpotalis, quæ fit de manu in manũ corporaliter, vel dum quis abſcedit poſſeſſione fundi, vt mox donatarius illam ingrediatur. Altera ficta & imaginaria. Primò dum quis eios rei quam donat, emptionis vel authoritatis inſtrumentum tradit *les titres de l'acquiſition:* ait enim *l.1. C. de donation.* emptionem mancipiorum inſtrumentis donatis, & traditis, ipſorum mancipiorum donarionẽ, & traditionem factam intelligi. Sic legato inſtrumento emptionis predij, prædiũ legatum videtur, *l pen. §.1. D. de leg. 3.* pignerato eodem inſtrumento, prędium pignoratũ videtur *l. a. D. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Secundò tradere videtur rem donatam donator, qui in donando ſibi retinet vſumfructum rei, etiamſi non ſtipulerut ſibi vti frui licere, *l. quiſquis* 28. *C. de donation.* quarę lex illa abrogat *l. pen. C. Theodoſ. eod tit.* quæ in donatione exigebat corporalem traditionem, nec retentionem vſusfructus habebat pro traditione: quam legem eam ſubſequens in eodem *C. Theodoſ.* refixit, redditque hanc optimam rationem, quia ſolemnitatem iuris traditionis contrahere potius, quàm propagare debemus; contrahimus autem, & coarctamus ſi non ita præfractè exigimus traditionem corporalem, ſi fingimus enim rem tradidiſſe, qui ſibi recipit vſumfructum, & ita conſtituit ſe pro donatario poſſidere, & eum poſſeſſorem ſuo miniſterio facit, vt loquitur Celſus. *in l. quod meo* 18. *D. de acquir. poſſeſſ.* inde fit quotidiana illa conſtitutio precarij, qua donator rem donatam conſtituit ſe à donatario precario poſſidere. Tertiò fit traditio conductione rei à ſe donatæ licet illam nondum corporaliter tradiderit donator, *l. quædam* 77. *D. de rei vindicat.* Quod idem contingit ſi donator rem à ſe donatam retineat tanquam ex cauſa pignoris, vel depoſiti; quia in his omnibus fingitur donator dare poſſeſſionem donatario, ſiue donatarium poſſeſſorem conſtituit, & in tradendo ſibi vſumfructum recipit, quæ retentio, vt diximus, pro traditione habetur ſapienter omnino; quia donator qui ſibi vſumfructum excepit, ſibi conſequenter poſſidere deſiit, & incipit poſſidere nomine donatarij in *l. quiſquis* 28. *C. de donation.* quod fingitur factum breui manu, & *κατὰ συλλογίαν*, quodam compendio rem eam tradidiſſe donatario, & mox ab eo recepiſſe, ſiquidem celeritate actionum coniungendarum vnam occultat, vt loquitur Vlpian. in *l. 3. §. pen. D. de donat. inter virum & uxor.* Ex eo vero quod ius admittat in donationibus fictas traditiones, vt conſtat ex dictis, colligit Cuiac. in *l. 1. C. de donat.* cæteras omnes fictas traditiones, quæ in aliis cauſis admittuntur, & in quibus eſt eadem ratio, eademque præſumptio locum habet; in donationibus admittendas eſſe ex illa vniuerſali ratione *l. vlt. C. Theod. de donation.* quod ſolemnitates iuris potius reſtringere debeamus, quàm ampliare, quia ſunt ſcrupuloſiſſimæ. Itaque alias fictas traditiones in donatione enumerat probatque eo loco Cuiac. vt ſi donetur res ei qoi eam ex alia cauſa volente domino nactus eſt: v.g. ex cauſa depoſiti, commodati, vel locati, quia tunc videtur quoque eam habere ex cauſa traditionis, vt deinde ſi quis conſentiente domino, & volente donare, rem eius veluti ſuam deferat in cenſum, ſiue tabulas publicas, teſtes cenſus, & facultatum cuioſque; hoc enim modo res habetur pro tradita *l. 7. C. de donat.* profeſſio quidem cenſualis facta à non domino, non nocet domino, niſi dominus conſentiat: eo enim caſu donata videtur, alioquin, ſi qui rem alienam veluti ſuam deducit in cenſum ſine voluntate domini, domini cauſam non mutat; quis enim non ea ratione breui foret locupletiſſimus, *l. quæ quiſque* 64. *D. de acquir. rerum domin. l. forma. § ſi cum ego. D. de cenſibus.* Hinc etiam fit vt ſolutio functionum publicarum, ſiue tabularum, & annonarum militarium ſi fiat à poſſeſſore, qui rem alienam, quam poſſidet, retulit in cenſum, non mutet cauſam domini *l. 4. C. de donat. l. 2. D. pro ſocio*: nam ſi ego & tu communiter fundum emerimus, fundi dominium ad vtrumque communiter pertinet, quia communi nomine emptus eſt, licèt ego ſolus pretium ex meo numerauerim ſoluſque publicas functiones exoluerim, neque enim ego ſolus illius fundi dominus ero.

Perficiebatur quoque iure antiquo donatio, mā- 4
cipatione ſola per æs & libram, *l. 4. C. Theod. de donat.* vel mancipatione & traditione ſimul, *l. 7. C. eod.* colligimuſque ex *l. vltim. C. de donat.* hæc verba in donationib. fuiſſe v'u recepta: *Dono tibi rem illam, aut vendo ſeſtertio nummo vno aſſium quatuor:* vbi vides mancipationem & traditionem per quā fiebat olim ſolemniter donatio, per imaginariam venditionem nummo vno, vel vt loquitur Darius, aſſe Caiano, quo ſe coniuges Caium, & Caiam nuncupantes coëmebant. Sed de mancipatiooe & imaginaria venditione plura diximus *opere de vſuris lib. 1. cap... art...* ſatis hoc loco nobis eſt non fuiſſe perfectam donationem iure antiquo inter extraneos, niſi interueniente traditione, vel mancipatione, vel vtraque ſimul. Inter liberos veiò & paren es conſtitutione D. Pij donatio perficiebatur nuda voluntate *l. 4. 5. & 7. C. Theod. de donat.* Paul. 4. *ſentent. tit. 1.* ait inter coniunctas perſonas ſufficere ſi fiat donatio, quibuſcumque verbis expreſſa voluntate, non igitur exigit traditionem & mancipationem. Neceſſarias & coniunctas perſonas nominat *l. ex data* 27. *C. de donat.* Ad quam tamen requirit confectionem actorum, hoc eſt vt donatio publicetur, & inſinuetur apud acta in foro eius loci. in quo donatio fit, de qua ioſinuatione dicemus inferius.

Quartò aliquando vel vna gleba fundi tradita totius fundi donatio perficiebatur: nam *cap. a. de conſuetud.* probatur conſuetodo regni Daciæ, vt donator fundos Eccleſiæ videatur & fingatur tradidiſſe, vna gleba fundi delata in Eccleſiam, & vel altari impoſita, vel tradita in manum Prelati Eccleſiæ, vel Epiſcopi. Hanc traditionis ſiue donationis formam dictam eſſe ſcotationem habet ibidem Innoc. III. quod nomen non malè exiſtimauit Oliua *lib. 4. qq. forenſi. cap. 5.* Latinobarbarum à quotus, qoota, quotum, ita vt ſit quotæ datio, quod nos inde dicimus *payer l'eſcot.* Et in quibuſdam etiam Prouinciis Emphyteuſes appellantur *Cotteries*, ſiue quia in iis cotta fructuum penditur, ſiue quia redditus cottæ fructuum vicem tenet. Scotatio igitur dicebatur, quia in illa, minima cotta, & pars fundi tradebatur. Obſerua quoque mendum eſſe in inſcriptione illius reſcripti Innocentij, & pro Archiepiſcopatu Lugdunenſi reponendom eſſe Lundenſi. Ille enim Archiepiſcopatus eſt in Dania, ſiue vt mediæ ætatis Scriptores nominant, in Dacia, in Vrbe Lunden, quæ eſt caput Eccleſiaſticæ iuriſdictionis, ſicut Politicæ & Regiæ eſt Haſnia ſiue Coppenhauen, id eſt conuentus mercatorum. Apud veteres quoque Francos, fiebat donatio

natio per cultellum, per herbam, per glebam, per terram, per fistulam. Vide formulas incerti Authoris editas cum Marculfo, *formula* 43. quæ inscribitur *Traditoria de terra*. Neque hic mos longius abetat à veteri Pop. Romani iure: nam vna glebâ fundi delata ad Prætorem, in ea tanquam in toto fundo vindicatio fieri solebat, cum de rei vindicatione agebatur, quod habes ex Gellio *lib*.20. Sic aditio hæreditatis fieri solebat vel minima re hæreditatis accepta *l*. 1. *C. Theodos. de legat. heredit.* Et sanè aditio hæreditatis est vindicatio hæreditatis, & qui adit hæreditatem, eam vendicare dicitur, *l. si ex parte* 76. *in fin*. & *l.vlt. D. de acquir. hered.* & *l*. 15.*D.de postlimin. reuers. & redemp. ab hostibus.* De simili quadam clientelaris fidei professione diximus opere de vsuris *lib*.4.*cap*...*art*...

5 Atque hactenus de modo perficiendi donationes veteri iure. At verò iure nouo perficiuntur donationes stipulatione, quod aliquando obtinuit, & quod nunquam obtinuit, etiam hodie nudo consensu, nudaque voluntate, non modo inter parentes & liberos, sed & inter quoscumque. Impletur tamen traditione, sicut nuptiæ perficiuntur nudo consensu, implentur siue vt loquuntur, consummantur concubitu. Quare ex constitutione Iustiniani *l.si quis argentum* 35.§.*sin autem hoc minimè.C.de donat.* donationem nudo consensu perfectam donator adimplere, & consummare traditionibus factis cogitur, non tamen tenetur cauere de euictione, sicut venditor, nisi stipulatione cautum fuerit. Quare neque nudum pactum sufficit ad exigendā donationē euictionis nomine, *l*.2.*C.de euiction.* Igitur donatio nudo consensu perficitur, traditione verò impletur, sicut emptio, & venditio, quæ tamen non in omnibus eodem iure sunt, quo donatio, quamuis in vtrisque facta traditio sufficiat.

6 Plures verò differentias inter donationem & venditionem, donatarium & emptorem colligit Cuiac. *in C.de donation.* Prima quod emptor actionis eam transmittebat ad hæredem, licèt moreretur ante contractam litem, poterat enim alium facere procuratorem antequam litem ipse contestatus esset, quod denegabatur donatario, qui non nisi post litem contestatam, poterat alium facere procuratorem ad litem exigendam, nec nisi post litem contestatam transmittere actionem in hæredem; quam veterem differentiam sustulit Iustinian. *l.illam* 33. *C.de donation.* de qua plurima Cuiac.vbi & de constituendo procuratore à donatario disputat. Secunda ex Modestin. *lib*.18. *differentiar.* ædilitium edictum, & actiones redhibitoriæ pertinent ad res venditas, non ad res donatas *l. ad res* 62. *D. de ædilit. edict.* Tertia emptor ex mora debet pecuniæ vsuras, non donator pecuniæ per stipulationem *l.eum qui* 22. *D. de donat.* Quarta qui rem legatam donauit, videtur ademisse legatum indistinctè, non item qui vendidit: nam necessitate coactus vendidit, non ademit legatum, si vero vendidit, ademisse videtur *l. rem legatam* 18. *D. de adimend. legat.* Quinta etiam post constitutum & post rem iudicatam donationis nomine donator conuenitur in id tantùm, quod facere potest, quia non attenditur constitutum, & non attenditur res iudicata, attenditur sola donatio, *l*.33.*D. de donationib. l*.41. *D. de re iudicata*, secus contingit in venditione. Sexta venditor vsusfructus retinet vsumfructum, etiamsi emptor non vtatur, quia pretio fruitur, & qui pretio fruitur tam rem habere censetur, quàm qui re principali vti tur fruitur. Deinde hoc casu nemo illius nomine vtitur fruitur, donator autem non retinet vsumfructum, nisi donatarius vtatur fruatur *l*.38.39.*&* 40. *D.de vsufructu.* Septima donatarius euictionis nomine non habet regressum ad donatorem, nisi de eo sit stipulatus: at emptori regressus est eo nomine ad venditorem, etiamsi de eo nihil inter emptorem & venditorem conuenerit, *l*. 2. *D. de euiction.* Egimus hactenus de ratione perficiendæ donationis rerum corporalium; rerum autem incorporalium veluti nominum, & obligationum donatio perficitur cessis actionibus *l*.11. *C.de donat.* quæ cessio inutilis etiam debitoribus fieri potest *l*.2.*C.de donation.* & *l*.1.*C.de donat.* siue puta sit obligatio, siue sub conditione contracta. Cessio actionis est mandatum, quo procurator constituitur ad eam actionem instituendam, ille verò procurator, vel constituitur in rem nostram, vt eius litis emolumentum ad nos redeat, vel in rem ipsius procuratoris, vt si ei nomen debitoris donauero vel vendidero, cedam illi actionem in debitorem, & ita faciam illum procuratorem in rem suam, vt sibi habeat, quod iudicio fuerit consequutus, non in rem meam, qui iam donaui vel vendidi actionem. De vtroque hoc procuratore plura Cuiac. quæ alterius loci sunt, & alibi à nobis quantum nostro instituto sufficit, sunt explicata.

Ad extremum moneo Constantium *in l*. 25. *C.de donat.* præscribere alias conditiones perficiendæ donationi, quarum aliquæ deinceps antiquatæ sunt. Prima, vt actiones legitimas contineat, quas πράξεις vertit Theodor. id est actus, non autem iura experiendi in iudicio, vult videlicet fieri per traditiones solemnes, cessionem in iure, vel mancipationem, vt habetur *l*.1.*C. Hermog. de donat.* & *C. Theod. eodem, l*.7. Hi tamen actus deinde constitutione Iustiniani remissi sunt, sique hodie donatio solo consensu, licèt non contineat legum actiones, siue actus legitimos, & solemnes, quos significat Constantinus. Secunda, contineat conditiones, quas leges indulgent, & pactiones legitimas, ac iure non improbatas. Tertia, vt hæ conditiones notæ sint donatario, vt libetum illi sit donationem reiicere vel acceptare, non fiat itaque donatio μονομερῶς. quod dicitor etiam *l*. 15. *C. de sacris Ecclesiis*. Hinc fit vt minorum defensores, si conditionem donationis neglexerint, rei amissæ periculum præstent, *l*.1.*C. Theod. de donat.* quæ verba *in l*.11. *D.de administ. tutor.* translata sunt. Quarta iubet Constantin. conscribi donationes, in iisque notari nomen donatoris, ius, ac rem, ius est illud quod habet donator in eam rem, quam donat, ne temerè de alieno donet, & imponat donatario: eam autem rem quam donat designari & demonstrari oportet. Quinta, instrumentum donationis perscribi in tabulis, vel membranis, vel qua alia materia palam, publicè, & non priuatim ab ipso donatore, vel à Tabellione, vel ab alio vice donatoris, si ipse donator nesciat litteras scribi, *l*. 10.*&* 21. *C.de donat.* & §. 1. *institut. de empt. & vend.* necessaria igitur erat scriptura ad perficiendam donationem, quod abrogauit *l*.29. *C. Theodos. eod.* Denique volebat Constantin. donationem insinuari apud acta publica, qua de re agemus. *art*.6.

Atque hactenus de natura & essentia donationis; venio ad eius diuisionem, & multiplicitatem. Vide *instit. de donat.* & *l*. 1. *D. eod.* Præcipuas ergo diuisiones paucis attingo.

Diuiditur itaque primò donatio in merè gratuitam, quæ solo liberalitatis & magnificentiæ intuitu fit, & remuneratoriam, siue antidotalem, quæ propter beneficia & obsequia præstita fit, ideóque 8

à

à donatione, quam lıbetalem esse oportere nuper dicebamus, aliquantum deficere videtur, sed de ea fusissimè agimus locis nuper indıcatis in *opere de vsuris, lib. 2. cap. 3. art. toto*, & pauciotibus *tract. de simonia q. 18. consectar. 3. n. 2.*

Quibus oihil addendum occurrit prætet vulgarem quæstionem, an illa donatin inter coniuges valıda sit, qua mutua obsequia inuicem remunerentur, quod affirmauimus *in opere de vsur. lib. 4. cap. 5. art. 17. num. 40.* cum communi sententia apud Tiraq. *de nobilit. cap. 18 num. 19. & in l. si vnquam, vers. donatione, num. 19. C. de reuocand. donat.* Anton. Gomes. *in l. 53. Tauri, num. 66. casu* 4. Menoch. *lib. 2. de arbitrar. casu 132. numer. 4.* Molin. *tract. 2. disp. 289.* Sanch. *lib. 6. de matrim. disp. 6. num. 22.* Layman. *lib. 3. tract. 4. cap. 12. quæst. 2.* qui omnes id malè colligunt ex *l. quod autem 7. § si vir. D. de donation. inter. vir. & vxor.* Vt enim sapienter obseruauit Fachinæ. *lib. 3. controuers. cap. 80.* inde tantùm habetur donationem reciprocam intet coniuges validam esse, quia ex ea nullus fit pauperiot, & quisque tantùm recipit quantum donat. *Si vir*, ioquit, *& vxor quina sibi inuicem donauerint, & maritus seruauerit, vxor consumpserit, rectè placuit compensationem fieri donationum.* Veta igitur ratio ex eo peti debet, quod cùm donatio remuneratoria, & compensatoria deficiat à veta, & propriè dicta donatione, leges prohibẽtes aliquam donationem de veta, & propriè dicta donatione intelligendæ suot; cùm verba simpliciter prolata in propria & stricta significatione capi debeant, præsertim in lege correctoria, quæ iuris naturalis dispositionem restringit. Qood verò aliqui dicunt vix posse fingi eiusmodi donationem remuneratoriam inter coniuges, cùm vxor omnia sua obsequia marito debeat, inde reiiciuntur, quod etiam ab vxore plurima obsequia non debita præstari marito possint, & ab illo compeosari debeant, quod Tiraq. *in l. si vnquam, vers. donatione largitus, num.* 108. Ioan. Garc. *de donat. remun. n. 28.* Sancb. *lib. 6. de matrim. disp. 6.* & alij docent.

9 Diuiditur secundò donatio in puram siue absolutam & simplicem, & in non puram. Pura donatio ea est per quam res donata statim fit accipientis donatarij, cùm nullæ causæ eius effectus suspendant vel impedıant, oeque enim est apposita conditio, modus, causa, aut dies, certumque tempus designatum. Quare dicitur etiam perfecta donatio, & si fuit promissio statim soluenda est, *l. eum qui Kalendis 4. §. quotiens. D. de verbor. obligat. Quotiens in obligationibus dies non ponitur, de præsenti die pecunia debetur*, quod tamen intelligendum monet Sanch. *lib. 1. de matrim. disp. 28. n. 3.* vt teneatur debitor quando creditor debiti eonscius, illud petit: quia id ın vniuersum de omni dehito, & diei præfixione tradıtur, *l. debitores* 10. *C. de pignorib.* sed de his plura inferiùs, vbi de solutionibus.

Donatio non pura est, quæ fit sub conditione, vel sub modo, vel ob causam ınterpositam, vel diem, & certum tempus, de quibus omnibus nuper fusissimè disputauimus superiori libro *cap. 2. art. 3. & 4.*

Diuiditur tertiò donatio ın donationem causâ mortis, & non causâ mortis, quam etiam intet viuos appellant.

10 Definitur verò donatio causâ mortis *l. 1. D. de mortis causâ donation.* cùm quis magis habere se vult, quàm eum cui donat, magisque eom cui donat, quàm suum hæredem. Eadem habentur *§. 1. inst. de donat.* Per donationem igitur causâ mortis res donata non fit irreuocabiliter donatarij, nisi motte donantis subsequuta: noam ante eam mortem potest à donante ad libitum reuocari.

Fit autem tribus modis, vt ex Iuliano tefert Vlpian. *in l. 2. D. de mortis causâ donation.* Primò cùm quis oullo præseotis periculi metu contetritus, sed sola cognitione mortalitatis donat. Secundò cùm quis immioente perieulo commotus, ita donat, vt res donata statim fiat accipientis. Tertiò, cùm quis eodem periculo commotus ita donat, vt non statim fiat accipientis, sed tunc demum cùm mors fuerit insequuta. Ex his modis secundus contingit, quando res donata statim traditur donatario, neque excipitur vt fiat tantùm eius post mortem donatoris, tunc enim verum dominium etiam in re acqiórit donatarius, sed reuocabile pro voluntate donantis, alioquin habebit tantùm ius in rem possidendam, donatione per mortem donaoris confirmata. Aliquando autem donatio ista fit absolutè sub conditione mortis donantis, qualis censetur quæ fit ab eo, qui oullo mortis periculo vrgetur, aliàs tantùm sub conditione, cuius discrimen proximè est adeundum, quod si euitetur eo ipso irritatur donatio, vtpotè quæ conditionata erat, neque fuit impleta conditio, vt sapienter monent Anton. Gomes. *tom. 2. capit. 4. numero* 19. Couarru. *in rubric. 2. par. num. 23.* Molin. *tract. 2. disp. 287.* Aliud verò est morientem donare, aliod causâ mortis donare: nam si moriens donet, neque exprimat se donare causâ mortis, erit donatio inter viuos, vti obseruat Azor. *3. part. lib. 11. de douat. capit. 11. quæst. 2.* & apertè traditur *l. Seia 42. §. fin. D. de mortis causâ donat.* quod tamen limitat Molio. *tract. 2. disp. 287. numero* 22. nisi donatio fieret in testamento, aut codicillo, nemine acceptante, aut stipulante, tunc enim vim solius legati haberet, posset que reuocari, quod verum esse censuit Senatus Parisiens. De donatione reciproca facta in testamento, licèt ibi diceretur irreuocabilis, & inter viuos, esse nihilominus donationem causâ mortis pronuntiarunt PP. 17. Iulij 1606. quod decretum aliaque similia reperies apud notas in Louet. *littera. D. numero* 1. rationem reddit Molinæ. *in art. 332. consuetud. Andegan. Ex quo enim*, inquit, *facta est in mutuo testamento, censetur facta vt vltima voluntas, & pars testamenti.* Distinguendum verò est, an donatio fiat tantùm causâ mortis; an verò eius executio differatur duntaxat in mortem donantis, quamuis donatio fit inter viuos, quod tum ex mente donantis petendum est, tum si illa non appareat, ex verbis instrumenti colligeodum erit. Si quis enim dicat, dono sorori in dotem tale prædium post mortem meam, signum est non differti donationem vsque ad mortem, sed solùm eius. executionem. Dono Titio eentum, quæ ei post mortem meam tradantur. Hæ similes locutiones, tempus mortis designant vt tempus executionis, vti sapienter obseruat Molin. *citata disp. 287. sub fin.* Gutier. *de iuram. 1. part. capite* 12. *numero* 20. & Fachinæ *lib. 5. controuers. cap. 22.* fauetque *l. cùm maritus 29. §. fin. D. de pactis dotalib.* Si verò in donatione nulla fiat mentio mortis, quãuis ab infirmo, & morti proximo fiat, sed extra testamentum, & codicillum, vti iam monui, non erit censenda oisi donatio ioter viuos, vti iam dixi. Denique vbi manet æquale dubiom, pronuntiandũ erit pro donatione inter viuos; quia nimirum illa significatur primario nomioe donationis simpliciter, & absolutè prolato.

Donationes itaque omnes, quæ noo sunt causâ

mortis,

mortis, dicuntur inter viuos, & à donarionibus cauſâ mortis maximè differunt per irreuocabilitatem, qua carent donationes cauſâ mortis, quæ & morte donatarij, & pœnitentia donantis reuocari valent, ſicuti legata, atque iiſdem modis diſcindi, ita vt ſi per hanc donationem tradita fuiſſet res, factáque donatarij; ſed, vt iam diximus, obnoxia reuocabilitati, non tantùm res ſic donata reddenda erit diſſoluta donatione, ſed etiam fructus tum ex ea pendentes, tum percepti à die qua tradita fuit res donatario, *l. cùm quis.* 12. *D. de condictione cauſa data, cauſa non ſequuta.* Quia res illa non fuit data niſi ſub ea conditione, vt morte donantis confirmetur donatio. Videndum tamen erit, an ea mens donantis fuerit, vt non modo res, ſed etiam fructus ipſius reſtituerentur. In donatione verò inter viuos ſecus omninò contingit. Nam etſi reuocetur aliquando, ob g. v. ingratitudinem donatarij, non debebunt reddi fructus, quia donatarius verè fecit illos ſuos; ſiquidem donatio erat abſoluta: quod ſi reuocetur, ea donatio propter ſuperuenientes liberos, fructus bona fide percepti & conſumpti quibus donatarius non eſt factus locupletior, reddi non debent ex omnium ſenſu, de aliis dubitat Molina *ſæpius adducta diſp.* 287. *num.* 14. quia illa donatio inofficioſa eſſe poteſt liberis ſuperuenientibus, non tantùm quoad rem donatam, ſed etiam qooad fructos; & quod ad vtrumque videtur fuiſſe conditionata, ſi filij videlicet non naſcerentur.

Aliam differentiam inter donationem inter viuos, & donationem cauſâ mortis conſtituit Alexand. *libro* 6. *conſil. conſ.* 152. *numero* 10. his verbis: *Vt donatio inter viuos ſit contractus inter dantem & accipientem vltro citroque obligatorius, qui reuocari non poſſit, ideò dicitur inter viuos; duæ namque perſonæ deſiderantur, & per regulam conſtitutionum in his inter viuos donationibus acceptatio non tantùm deſideratur donatarij, ſed præſentia Partium, aut earum procuratorum, ſpecialem poteſtatem habentium. Non idem in donatione cauſâ mortis, quæ ſolius donantis conſenſum requirit, nec præſentiam donatarij, nec acceptationem; & dicitur cauſâ mortis, quia vires tantùm à morte donantis accipit, & pœnitentiâ donantis reuocari poteſt.*

12 Quoties donationi mortis cauſâ adiungitur promiſſio eam nunquam reuocandi, tranſit iure communi in donationem inter viuos, *l. vbi ita donatur* 27. *D. de mortis cauſâ donat.* quia tunc ſignificatur cauſam tantùm impulſiuam donandi fuiſſe mortem, aut in illam ſuſpendi tantùm executionem, atque latè probat Couarru. *in Rubric. de teſtam.* 2. *part. numero* 13. & ſequuntur Anton. Gomeſ. *tom.* 2. *capite* 4. *numero* 21. Molin. *de primogen. libro* 4. *capite* 2. *num.* 45. alter Molin. *tract.* 5. *diſp.* 287. Fachinæ. *libro* 5. *controuer. capite* 23. Gutier. 1. *part. de iuram. capite* 12. *numero* 3. Ferdinand. à Caſtro Palao *diſp.* 2. *de iuſt. punct.* 14. *numero* 5. contra gloſſam *in l. ſi alienam.* §. *Marcellus. D. de donat. cauſâ mort.* & *in l. ſi quis, in principio. D. de legat.* 3. atque alibi quamplures Iuriſconſulti ſequuntur, contra expreſſum ius à nobis allatum *in l. vbi ita donatur.* Neque benè ſuam ſententiam probat gloſſa ex eo quod pactum de non reuocando nequeat cum donatione cauſâ mortis conſiſtere, cum ipſi quæ reuocabilis eſt repugnet, inde enim maximè fit vt eam in donationem inter viuos conuertat, & in aliam contractus ſpeciem tranſmutet.

Iure tamen Gallico donatio quæ fit cauſâ mortis non tranſit per eam clauſulam, qua promittitur non reuocari in donationem inter viuos, imò etſi illa ipſa particula *Inter viuos & irreuocabilis*, addatur, nihil efficit, habetur enim pro non adiecta; ita enim iudicatum fuiſſe anno 1574. in 1. inquiſitionum. Exedra refert Louet. *litt. D. num.* 11. & qui notas addidit ſimile placitum adducit 17. Iulij an. 1606. Quo ſimili iure donationem, quæ ex ſua natura inter viuos eſt, cuiuſmodi eſt ea per quam ſibi donator reſeruat bonorum traditorum vſumfructum, etiamſi diceretur fieri cauſâ mortis, negarunt iidem Patres eſſe reuocabilem, imò reipſa reuocatam à donatore, nihilominus donatario adiudicarunt 7. Idus Decemb. an. 1549. vti refert Chopin. *lib.* 3. *de priuileg. Ruſticor. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 3.

Quod ſi promiſſio de non reuocanda donatione cauſâ mortis facta, confirmetur iuramento; exiſtimat Couarru. *l. c. numero* 14. tranſire hanc donationem in donationem inter viuos, niſi iuramentum adiectum fuerit donationi abſque promiſſione non reuocandi, quia tunc iuramentum eſt tantùm aſſertorium, & non promiſſorium, neque enim donator iurat ſe non reuocatorum donationem, ſed tantùm eam liberam, & ſpontaneam fuiſſe, aut certè affirmat duntaxat & iurat ſe donare. Molina verò *lib.* 4. *primogen. c.* 2. *n.* 46. ait eum qui iuraret ſe non commiſſurum aliquid contra donationem, ſeu non contrauenturum donationi, poſſe nihilominus illam reuocare, quia ſic non contrauenit huic donationi, quæ ex ſua natura reuocabilis eſt, quod optimè reiicit Molina noſter *citata diſp.* 287. *n.* 20. quia in communi vſu loquendi, cenſetur ille contrauenire donationi, qui eam reuocat, neque magis poteſt contrauenire, quàm eam deſtruendo, quod omninò facit per reuocationem.

Iure Gallico ea donatio cauſâ mortis poſt adiectũ iuramentum de ea non reuocanda, manebit donatio cauſâ mortis, vti diximus de promiſſione non reuocandi, quæ cùm habita ſit pro non adiecta, non accipiet vim à iuramento ſuperaddito. Et ſanè teſtamentum per iuramentum de eo non reuocando non tranſit in donationem inter viuos, vti fuſiùs oſtendit Couarru. *l. c. num.* 15. Actus enim factus contra iuramentum eſt validus, ſi ille cui appoſitum eſt iuramentum, neque ita perfectus fuit, neque ex iuramento eam perfectionem aſſumpſit, vt mutari nequeat; quod in teſtamento patet, & non minùs in donatione cauſa mortis, quæ iure Gallico non perficitur, neque tranſit in donationem inter viuos per promiſſionem eam non reuocandi. Ergo neque per iuramentum, quod cadit in illam promiſſionem, quam non mutat, ſed firmat. Quare qui ſic iurauerit, erit quidem periurij reus: ſi reuocet donationem, peccabit, quia quando iuramentum fit de re licita, etſi ad illam nullo iure naturali vel poſitiuo eſſet obligatio, ſeruandũ tamen eſt, vt alibi diximus, & oſtendit Molina *tractatu* 2. *diſp.* 149. *num.* 5. Validè nihilominus donationem iſte reuocabit, neque ad reſtitutionem rei promiſſæ, vel donatæ, ſiue ipſemet, ſiue hæres eius, qui donationem talem contra ſuum iuramentum reuocauit, tenebitur, quia non obſtante illo iuramento valida fuit eo caſu reuocatio.

Donans quæcumque ſua fuerint cùm morietur, adiecto etiam onere ſoluendi æris alieni, & recepto vſufructu, validè donat, vti pronuntiauit Senat. Kalend. April. anni 1686. refert Cophin. *libro* 3. *de legib. And. capite* 2. *tit.* 3. *num* 12. quia inquit Chopin. expreſſio eorum quæ actui implicitè 13

inerant, minimè innouat, aut vitiat actum, vt ex *l. non rectè 3. C. de fideiuſſorib. & mandatorib.* & *l. hac verba 3. D. de legat.* 1. colligitur. Atqui conditio illa ſoluendi æs alienum iam inerat implicitè illi donationi, cùm vniuerſalis donatarius obnoxius ſit ſoluendis nominibus donantis; quin immò licèt donatarius particularis, qui tantùm titulo particulari poſſidet, non conſtringatur æris alieni neceſſitate, *l. æris alieni 15. C. de donationib.* iure tamen Gallico, cùm ſit partiarius ſucceſſor tenetur pro rata ad debita cum hærede vniuerſali, etiamſi donatarius tantùm ſit rerum mobilium, vti ſæpiùs pronuntiatum eſſe refertur in notis ad Louet. *littera D. numero* 54. quod intelligendum tamen eſt de nominibus contractis ante donationem factam, non de conſequentibus ipſam. Nam ne donatarius quidem vniuerſalis, quando donatio fuit plena, perfecta, irreuocabilis, & inter viuos, tenebitur ad debita poſt ipſam facta, vti iudicatum ſæpiùs fuit, maximè in cauſa ſereniſſimæ Margaretæ Valeſiæ aduerſus creditores Catharinæ Reginæ, pro Comitatu Claromontenſi, 30. Maij, an. 1606. & refert idem Loue. *lit. D. numero* 69. Et ſanè conditio illa ſoluendi totius æris alieni, quod contractum fuerit dum donans obibit, non poteſt dici ineſſe cuicumque donationi, etiam vniuerſali cauſâ mortis. Ratio igitur huius decreti fuit, quia donans ſibi tantùm reſeruauit vſumfructum; proprietatem autem tranſtulit in donatarium, quamuis executionem in diem mortis diſtulerit, neque fuit donatio cauſâ mortis, quamuis plures donationes rerum mobilium, & acquiſitarum, cum illo onere ſoluendi quæcumque debita contracta eſſent cùm obiret donans, dicerentur inter viuos fieri, & irreuocabiliter: eſſe tamen donationes mortis cauſâ definiuit Senatus apud eundem Louet. *l. D. numero* 10. vbi conſule notas. Donationem tamen omnium mobilium, quæ erunt dum morietur donans, factam in fauorem matrimonij, etſi nulla fuerit adiecta clauſula conſtituti aut precarij, aliáue ſimilis tranſlationem dominij ſignificans, valere nihilominus pronuntiarunt Patres Pariſienſ. 14. Iulij, 1587. apud Louetum *ibid.* quia in eo caſu perfecta fuit donatio ab initio, & eius tantùm executio habet tractum in diem mortis, cuius mentio fit per modum tantùm dilationis, vt annotarunt Boët. *quæſtion. 33. numero* 22. Chopin. *de morib. Pariſ. lib. 2. tit. 3. num. 9.*

Obiicies has omnes donationes inualidas eſſe, quia ex vſu Gallico donare, & retinere non valet, *Donner & retenir ne vault*, etiamſi iure Romano valeat, actionemque pariat in donatorem, hæredemue eius, cui donatarius intendit donari oportere *l. ſi quis argentum 35. C. de donation.* Eſt autem donare ſimul, & retinere, quando donator ſibi retinet poteſtatem diſponendi de re donata, vel quando manſit in poſſeſſione vſque ad extremum vitæ diem, & æqua videtur admodum ea Francica conſuetudo. Cùm enim rei dominium non transferatur niſi poſſeſſione, vbi illam ſeruat donans, res nondum fit donatarij, & cùm poſſit donans de eadem re diſponere, vt libuerit, ius quod in eam rem relinquitur donatario, videtur omnino nullum, aut inutile, id autem totum reperiri videtur in donatione qua quis donat cum onere ſoluendi ſua omnia nomina; poteſt enim totam illam rem ita obærare, vt nihil relinquatur donatario.

Reſp. donationem illam eſſe ſolùm conditionatam, quare perit quidem donatario res donata, ſi ea non ſufficiat ſoluendis nominibus, ſed ſi quid reliquum ſuperfuerit, ipſi cedet. Regula autem illa Francica *Donare & retinere non valet*: Intelligenda eſt de donatione rei certæ, & ſingularis, non de vniuerſali, putà iuris ſucceſſorij nondum delati, cuius plena proprietas in diem mortis donatoris refertur; quia bona futura ſunt incerta, & tunc non eſt neceſſaria ad validam donationem traditio realis rei, aut clauſula precarij, ſeu conſtituti, ſeu receptionis vſusfructus; onus autem implendi teſtamentum, non eſt *donare ſimul & retinere*, neque relinquit liberam diſpoſitionem rerum ſuarum donanti, neque obligat donatarium ſeruare nomina, quæ deinde contrahit donator, vti ſæpiùs indicatum traditur *in notis ad Lonet. littera D. numero* 11. Quare non poteſt donator reuocare ſuam donationem, quaſi factam cauſâ mortis, etiamſi onus illud implendi teſtamenti adhibuerit; quia donatarius vi illius clauſulæ non adſtringitur, niſi ad modica quædam & pia legata, & ſumptus funebres, ex arreſto 16. Maij, 1578. in 2. inquiſitionem Exedra, dato & adducto à Chopin. *libro 4. de legib. And. capite 2. titul. 3. numero 13.*

Ex hactenus diſputatis vides cauſâ mortis do- 14
nationem in multis cum legatis conuenire, in aliis verò differre, vt pluribus habent Azor. 3. *parte libro* 11. *de donation. capite* 11. Molin. *tract. 2. diſput.* 288. Ferdinand. à Caſtro Palao *diſput. 2. de inſtit. punct.* 13. *numero* 5. Anton. Gomeſ. *tom. 2. capite 4. numero* 16. Molina *libro 1. primogen. cap.* 12. & *libro 4. capite 2. num.* 46. Layman. *lib. 4. tract. 4. capite* 11. *nnmere* 4. & alij. Conuenit igitur primò quia iidem teſtes qui in legatis & codicillis neceſſarij quoque ſunt in donatione cauſâ mortis. *l. vlt. in C. de donat. cauſ. mort.* Secundò ſicut legatum morte legatarij, aut pœnitentiâ legantis poteſt reuocari, ita & donatio cauſâ mortis *l. mortis cauſa 3. & alibi. D. de mortis cauſâ donation.* Tertiò ex legato & donatione cauſâ mortis Falcidia debetur *l. cum pater 77. §. eorum. D. de legat. 2. l. ſi mortis. 5. C. ad l. Falcidiam.* Quartò perinde ac legatariis competit donatariis ius accreſcendi, quod duobus cauſâ mortis donatum eſt, *l. vnic. §. vbi autem, & § hac autem. C. de caducis tollendis.* Quintò capacitas ſeu aptitudo donatarij non ſpectatur tempore factæ donationis cauſâ mortis, ſed tempore mortis donantis, quia eo tempore effectum nanciſcitur *l. 1. §. ſed & ſi filiusfamilias. D. de legat.* 3. iuncta gloſſa: quod idem tempus ratione capacitatis ipſiuſmet donantis conſideratur. Sextò hæc donatio facta in teſtamento, aut codicillo, rupto teſtamento & codicillo ſoluitur, ſicut & legatum. Septimò non indiget hæc donatio, ſicuti nec legatum inſinuatione *l. vlt. C. de donatione cauſâ mortis.* Octauò conditiones impoſſibiles æquè à donationibus cauſâ mortis atque ab vltimis voluntatibus reiiciuntur, *l. qua ſub conditione 8. §. & in mortis. D. de condition. inſtit.* Denique in his donationibus, ſicut & diſpoſitionibus vltimarum voluntatum valet *authentica de nuptiis, §. qua verò nunc.*

Differunt tamen legatum & donatio cauſâ mortis. Primò quia licèt filiusfamilias, teſtamentum ne permittente quidem patre facere poſſit, quia ius illud publicum priuata parentum authoritate immutari nequit, eius tamen permiſſu poteſt donare cauſâ mortis, ſicut & alios contractus inire. Secundò omnia bona ſeu hæreditas tota non poteſt relinqui donatione cauſâ

motis,

mortis, ſicut nec codicillis, quia pactis non datur hæreditas, *l. hæreditas 5. C. de pact. conuentis.* Immò quamuis bonorum vniuerſitas codicillis vel donatione cauſa mortis relinqueretur; ſicuti & fideicommitti, ac legari poteſt; donatarius tamen non fieret, ſed legatarij loco eſſet, & hæres ſcriptus, vel ab inteſtato legitimè ſuccedens ex ea donatione deducere ſe poſſet quartam Falcidiam, ſicuti ex legato, & fideicommiſſo deduceret, quod donator in ſua donatione prohibere non poteſt, vti nuper monuimus.

Ex variis donationis ſpeciebus reſtat donatio ob cauſam. Diuidunt porrò hoc loco Iuriſconſulti apud Molin. *tract. 2. diſp.* 209. cauſam, id propter quod tanquam præſens, aut præteritum diſpoſitio aliqua fit. Quando enim id quod mouet donatarium, eſt quidpiam futurum, eſt modus, non cauſa, quæ idcircò exprimitur per particulas *quia, quoniam, ideo,* & æquiualentes. Quando igitur cauſa propter quam fit donatio non ſubſiſtit, donatio nulla eſt, quia eſt inuoluntaria, ſi illa cauſa ſit primo motiua, vt alibi diximus ex communi DD. ſenſu: ſi verò error non eſſet circa ſubſtantiam cauſæ, aut rei donatæ, ſed circa accidens aliquod, non eſſet quidem donatio ipſo facto irrita, ſed irritabilis, & reuocabilis à donante, vt *in opere de vſuris lib. 3. capit. 2. art. 3. nuper diximus* cum Leſſio *lib. 2. capit. 18. numer.* 129. Quare ſi donatarius fuerit cauſa donationis, tenetur eam donatori detegere, atque rem totam in eius arbitrio relinquere, ſi verò ipſe non dedit cauſam errori, etſi illum ſciuerit, neque tenebitur eum aperire, neque rem donatam reſtituere donec repetatur, & donatio reuocetur. Si denique donans ita ſit affectus, vt ſi ſciuiſſet cauſam non ſubeſſe, nollet quidem donare, nollet tamen donationem ſemel factam reuocare, valida eſt donatio. Quare qui accipit aliquid per dolum, & ſimulationem cadentem in finalem cauſam, tenetur reddere etiam cum fructibus inde perceptis, ſi illud frugiferum erat, niſi donator ita ſit affectus, vt velit etiam cognito dolo dationem ſubſiſtere, vt dixi. Quòd frequenter contingit quando res donata minima eſt, vt fit in quotidianis eleemoſynis. Ita Vaſq. *opuſc. de reſtitut. capit. 7. dub.* 10. *num.* 90. Azor. *3. part. lib. 4. capit. 21. quæſt.* 8. Leſſ. *lib. 2. cap. 17. num.* 33. Reginald. *lib. 25. n. 67.* & alij apud Bonac. *diſp. 5. de reſtitut. quæſt. 1. punct.* 1. §. 2. *num.* 8. qua diſtinctione duplicis cauſæ donationis, finalis nimirum & impulſiuæ ad vulgares caſus reſpondebis, vt nuper de promiſſione in citato opere de vſuris diximus.

ARTICVLVS II.

Quid & quantum donari poſſit.

Materia donationis. 1.
Donatio omnium bonorum inualida. 2.
Exceptiones ab vniuerſali regula. 3.
An donatarius acceptans eiuſmodi donationem peccet. 4.
Quæ quantitas donari queat. 5.

1 Materia donationis continet omnes res proprias donantis, ſiue ſint corporales, vt prædia, pecuniæ, veſtes, omniaque mobilia, & immobilia, ſiue ſint incorporales, vt actiones, iura, nomina, & eiuſmodi alia; ſiue in bonum aliquem finem, ſiue ob turpe aliquod opus patratum dentur. Quamuis

enim promiſſio de tali opere præſtando ſit turpis; & minimè obliget, donatio, tamen in compenſationem operis iam patrati vacat turpitudine, & per eam transfertur dominium, niſi aliunde ex particulari ratione perſonæ; eiuſmodi tranſlatio impediatur, quod aliquando contingit. Quare publicarum libidinum victimæ non tenentur reſtituere quæ ob factam ſui corporis copiam accepere. Quæ omnia fuſiùs diſputauimus *nuper 1. lib. cap.. art...*

Tota itaque difficultas hoc loco eſt circa quantitatem rei donatæ. Nam licèt tuæ rei habeas liberum dominiū, non permittunt tamen leges te eam omnimodo donare, ſed vti aliquando prohibent quibuſdam donare, & definiunt perſonas quæ donare poſſunt, & eas quibus donari poteſt: ita determinant quantitatem rerum donandarum. 2

Atque in primis donationem omnium bonorum præſentium & futurorum, quibus verbis omnia iura, & actiones continentur, ſi fiat inter viuos, & non mortis cauſâ, inualidam eſſe volunt *l. ſtipulatio hoc modo 61. D. de verbor. obligat.* & *l. omnes. §. Lucius. D. quæ in fraudem creditor,* & conſentiunt omnes cum Couarru. *lib. 3. variar. capit.* 12. & *in Rubric. de teſtam. 2. part. num. 4. 5. & 6.* quia per eiuſmodi donationem tollitur teſtandi poteſtas, quod contra bonos mores iura eſſe cenſent, idcircò immenſam donationem inofficioſam, & temperandam eſſe pronuntiarunt Patres conſcripti Pariſienſes ſolemni & generali Arreſto 27. Mart. an. 1563. vt videbis *in additionib. ad tit. 1. lib. 11. Papon.* Idemque iudicarunt 13. Maij an. 1533. apud Molinæum *tract. de inoffic. donat. num.* 59. Debent verò in hac donatione exprimi diſertè iura omnia, & actiones, neque ſufficiet exprimi bona omnia mobilia, & immobilia: quia iura, & actiones conſtituunt quoddam tertium genus bonorum, *l. à Diuo Pio 15. §. in vend. D. de re iudicata.* & *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio. D. de peculio.* Si igitur habeas aliqua iura & actiones, non cenſeris illa donare donando mobilia & immobilia, ac proinde reſtat tibi facultas teſtandi, neque erit inualida eiuſmodi donatio, quaſi ſit omnium bonorum, cùm reipſa talis non ſit. Ita Tiraq. *lib. 1. de retractu, §. 1. gloſſa 7. numero* 9. Molin. *tract. 1. diſp.* 280. Ferdin. à Caſtro *diſp. 2. de iuſt. punct. 24. §. 1. numer.* 6. qui idem dicunt cum Gutier. *de iuram. 1. part. c. 15. numero* 17. de donatione bonorum, quæ certo loco ſita ſunt, aut vbicumque ſita ſint; negant enim eſſe donationem omnium bonorum, & proinde inualidam; immò donatione hæreditatis non comprehendi niſi bona præſentia, non autem futura, & idcirco donationem huiuſmodi validam eſſe exiſtimauit Alciat. *in l. vlt. numero 81. C. de pactis,* quem reiiciunt Gutier. Molin. & Ferdinand. adducti, atque Fachinæ. *libro 6. contr. capite* 94. quia nomine hæreditatis cenſetur vniuerſum ius defuncti, ac proinde bona omnia præſentia, & futura, iura, & actiones, quæ quis habuerit tempore mortis; & idcircò hæreditas relinqui teſtamento poteſt, non tamen donari inter viuos, *l. hæreditas 5. C. de pactis conuentis. l. pactum quod dotali 15. C. de pactis. l. ex eo 4. C. de inutilib. ſtipulat.* Vide Fachinæ. *lib. citato, capit.* 96. Denique ſi quis dicat ſe dare omnia ſua bona, poterit explicari donatio de ſolis bonis præſentibus, atque adeò valida cenſeri. Hanc communiſſimam ſententiam pluribus impugnat Anton. Faber *de errorib. pragmatic. decade 48. errore 6. à num.* 5. ea contraria ratione, qua illi ducuntur ad adſtruendam ſuam

opinionem de inualiditate huius donationis, quod hic donator, qui omnia ſua donauit, teſtari nequeat. Atqui teſtari poteſt; quia nulla donatio ſiue ſtipulatione, ſiue pacto nudo fiat, dominium rei donatæ transferre poteſt, niſi per traditionem: ſed ſolum obligat donatorem, eiuſue hæredem ad reipſa tradendum quod donatum fuit; interim verò donator manet dominus rei ſuæ, & illam ad hæredem tranſmittere poterit. Atqui in donatione omnium bonorum præſentium & futurorum omnia bona donata tradi nequeunt, cùm futura nondum ſint acquiſita, & eorum dominium transferri non valet ab eo qui illud nondum habet in donatarium. Hic itaque donator poteſt ſemper habere bona de quibus teſtetur, poſſunt enim ipſi acquiri etiam in mortis inſtanti, ex cauſa v. g. legati aut fideicommiſſi, *l.cum pater 77. §. Surdo. D. de legatis 2.l. de hereditate 19. §. filiusfamilias, in fin. D. de caſtren. ſ. pecul.* Quinimmò neceſſe eſt vt hæc donatio ſortiatur effectum, donatorem habere hæredem, quis enim donatarum rerum dominium transferre poſſet in donatarium mortuo donatore, ſi illius nemo eſſet hæres. Plurima alia addit Faber, vt oſtendat hunc donatorem non carere teſtandi facultate, ac proinde ex ea ratione non bene probari communem ſententiam.

3 Ab hac nihilominus vniuerſali Regula de inualida bonorum omnium donatione excipiuntur aliqui caſus. Nam primò ei qui nos à prædonibus eripuit, donare in infinitum non prohibemur ex Paulo *lib. 5. ſent. tit.* 11. in quem locum vide Cuiac. quamquam ea donatio ſit merces potius præſtiti operis, quam donatio, quod autem vt donatio conſiſtere non poteſt, conſiſtit in perpetuum vt eſt remuneratio, neque ad eam pertinet legis Cinciæ modus, vt habet idem Cuiac. *lib. 21. obſeruat. cap.* 37.

Secundò quando retinetur vſusfructus valet donatio etiam omnium bonorum. Itaque iudicatum eſſe 13. Frebuar. an. 160n. refert Louet. *littera D. num.* 46. vide Chopin. *lib. 2. de morib. Pariſienſ. tit. 3. num.* 10. Bacquet. *tract. de iuribus iuſtitiæ c.* 21. *num.* 324. Neque id verum duntaxat eſt Iure Gallico, ſed iure quoque communi, vti docent Couuar. *lib. 3. variar. cap.* 12. *n.* 1. & Molin. *tract.* 2. *diſp.* 28. *num.* 12. Anton. Gomeſ. *in l.* 69. *Tauri num.* 3. Alciat. *ad l. vltim. C. de pactis.* Gutier. *de iuram* 2. *part. cap.* 11. *num.* 14. Fachin. *lib. 6. controuerſ. cap.* 89. Ferdinand. à Caſtro *diſp.* 2. *de inſtit. punct.* 24. §. 2. *n.* 2. Anton. Faber *decade* 48. *de erroribus pragmatic. errore* 6. *num.* 3. niſi eſſet tam modicus ille vſusfructus, vt detracta competente ſuſtentatione nihil remanere cenſeatur, de quo teſtari poſſit habita ratione perſonæ & quantitatis bonorum.

Tertiò valida erit donatio quando donator ſibi reſeruauit ſummam aliquam de qua teſtari poſſit *ex conſuetud. Aruern. cap.* 14. *de donat. artic.* 22. modò hæc sũma non ſit adeò exigua, ſicuti dicebamus de vſufructu. Quare quamquam iure municipali fas ſit dare ſua acquiſita *ſes acqueſts*, & mobilia, modo habeantur propria, quæ reſeruentur; ſi tamen illa propria ſint omnino exigua præ reliquis bonis, inualida eſt donatio, vt ait Molinæ. in *art.* 49. *conſuetud. Engol.* propria enim non debent intelligi de vili quodam ceſpitæ terræ, quandoquidem lex quæ voluit fauere hæredibus, ſic nullum haberet effectum. Vide Chopin. *lib. 2. de morib. Pariſienſ. tit.* 3. *n.* 11. Louet. *littera D. n.* 45.

Quartò donatio omnium bonorum in contractu matrimonij, illiuſque fauore valida eſt, *l. mulier* 72. *D. de iure dotium. l. nulla* 4. *C. eod.* Bour. *queſt.* 53. *num.* 8. 9. 10. & 14. Itaque iudicatum 131 Maij an. 1578. refertur in notis ad Louet. *littera D. num.* 46.

Quintò fauore Eccleſiæ & piæ cauſæ validam eſſe donationem omnium bonorum docet Couuar. *in Rubric de teſtam. 2. part. num.* 6. Alciat. *de priuil. piæ cauſæ*, atque alij paſſim: cum enim naturali iure valida ſit donatio bonorum omnium, neque à iure poſitiuo, Ciuili aut Pontificio irritetur, quando fit Eccleſiæ, aut fauore piæ cauſæ, valida dicenda eſt.

Sextò donatio onerosa bonorum omnium ſubſiſtit ex communi ſententia, quam tradit Molin. *l.* 2. *de primogen. cap.* 10. *num.* 17. & alter Molina *tractatu* 2. *diſp.* 280. quia eiuſmodi donatio vti nuper monebamus, deficit à vera donatione. In decreto verò odioſo & libertatem conſtringente verba propriè accipienda ſunt.

Septimò donatio omniũ bonorũ & vniuerſalis cõfirmata iuramento valida eſſe exiſtimatur à Cou. 2. *part. de teſtam. n.* 5. Molina *tract.* 2. *diſp.* 131. & 280. *num.* 3. Leſſ. *lib.* 2. *cap.* 18 *num.* 96. Bonac. *diſp.* 3. *de reſtit. qu.* 12. *punct.* 5 Azor. 2. *part. lib.* 11. *de donat. cap.* 7. *q.* 7. Filluc *tract.* 34. *num.* 102. Fachinæ. *lib.* 6. *controu. cap.* 88. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 12. *qu.* 4. Quia eiuſmodi donatio irritatur tantùm in foro externo, eo quod liberam teſtandi facultatem tollat, idque bonis moribus publicis repugnet. Quare cùm iſti boni mores ſint tantùm Ciuiles, qui non pugnant cum iure naturali, quod non prohibet aliquem ſe priuare facultate teſtandi; iuramento confirmata donatio valebit, tenebiturque donator ſuo iuramento, quod ſine diſpendio ſalutis ſeruare poteſt. Quare vt donationem factam reuocet, debebit iuramento ſuo liberari & abſolui. Verius tamen exiſtimarim inualidam bonorum omnium donationem non confirmari iuramento, cum Anton. Gomeſ. *in l.* 69. *Tauri num.* 3. Gutier. 1. *part. de iuram. cap.* 11. *num.* 11. Molina *lib.* 2. *de primog. c.* 10. *n.* 11. Ferdinand. à Caſtro *diſp.* 2. *de inſtit. punct.* 24. §. 2. *num.* 2. qui alios adducit, & optima ratione demonſtrat, quia vel iſtud iuramentum eſt de donandis omnibus bonis, vel de non reuocanda donatione vniuerſali iam facta. Primum cadit in actum vanum, inutilem, & à lege reprobatum, ac proinde malum, ideóque iuramentum de illo non obligat. Secundum iuramentum eſt de non reuocatione donationis irritæ, & inutilis, in qua non reuocatione nullus actus virtutis apparet, cùm actus oppoſitus nempe reuocatio ſit conuenientior, & vtilior Reipublicæ, atque ſanctiſſimarum legum obſeruationi conformior.

Donatarius nihilominus acceptans donationem vniuerſalem omnium bonorum, aut ſummæ excedentis terminos perſcriptos à lege, modo neque vis, neque metus donantem impulerit, non peccat mortaliter, poteſtque rem donatam tuta conſcientia retinere, ſi aliunde ratione charitatis, aut egeſtatis in quam donator incidit, aut nominum quæ contraxit, aut natiuitate liberorum, aut ex quopiam alio capite non obligetur ad reſtituendum, poteritque bona ſibi data ſeruare, quamdiu non repetuntur à donatore, aut eius hæredibus; quia leges non reddunt inhabilem donatarium ad retinendum acceptum, neque illum obligant ad reddendum, antequam vindicetur, quamuis facultatem concedant donatorij bona data repetendi, & vindicandi, neque quidquam officit quod donator aliquando neſciat ſe ſua poſſe repetere, quia donatarius non tenetur id illi ſignificare. Ita Leſſ. *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 99. Rebel. 2. *part. lib.* 18. *qu.* 8. Molina *tract.* 2. *diſput.* 287. *num.* 27. 4

Bonac.

Bonac. *disp.* 3. *de restit. quæst.* 2. *punct.* 6. Filluc. *tract.* 34. *num.* 89. Idem dices de donatione defectu insinuationis aut alterius conditionis iure interno inualida.

5 Reiecta donatione vniuersali omnium bonorum quærendum restat, quantum ex propriis bonis donari possit, an tertia, an quarta, an media pars, aliáue quæpiam, an propria, aut acquisita, quæ *conquestus*, *siue acquestus vocant. Acquests & Conquests.* Qua de re nihil certi definiri potest: consulendæ siquidem sunt priuatæ leges municipales. Hoc tantùm moneo, eum qui dedit medietatem omnium bonorum alicui, posse vendere aut alienare fundum aliquem in solidum ex vniuersitate bonorum suorum, teneturque donatarius id pati, modo donata medietas bonorum, illi semper superfit; secus est de vendente aut permutante, quia si vendidit medietatem omnium bonorum, nullum ex illis fundum in solidum distrahere potest, sed eius dimidium seruare debet emptori. Ratio discriminis petitur ex natura donationis, quæ cùm liberalis sit, non debet obesse donatori; & colligitur *ex l. si quis argentum* 35. *C. de donation.* & *l. non amplius* 26. *D. de legatis.* Atque ita pronuntiatum à Patribus Gratianopolitanis refert Guido Papæ *quæst.* 62. & à Tholosanis Maynard. *lib.* 66. *qq notabil. cap.* 32.

ARTICVLVS III.

Quinam & quibus donare possint.

1 CErtissima regula est neminè donare posse nisi habeat rei donatæ dominium, & liberam administrationem, ac dispositionem, vnde neque amens, neque impubes, neque minor neque prodigus sine consensu sui tutoris, aut curatoris, neque filiusfamilias, nisi de bonis castrensibus, aut quasi castrensibus, neque vxor de bonis non paraphernalibus, neque religiosus donare possunt; quia aut non habent dominium bonorum, vt religiosi & filiifamilias, aut si habent dominium, non habent liberam administrationem, vt amens, pupillus, minor, prodigus, qui licèt possint acquirere, non tamen possunt se obligare. Quæ omnia confirmata sunt *superiori lib. cap.* 1. dum disputauimus de personis, quæ pacisci & contrahere possunt.

2 Altera vniuersalis regula est, eos, qui nomine alterius eius bona administrant, licèt illis acquirere possint, non tamen posse absque speciali mandato donare; quia sub generali administratione potestas donandi non continetur *l. filius*, §. *initio. D. de donation.* traditque Fachinæ *lib.* 9. *cap.* 43. estque euidens ratio quam attingit Vlpian. *in l. citata*, quia illa administratio non datur ad perdendum, donare verò est perdere, priuat enim se re sua illam donans, neque quidquam illius vice accipit, agimus enim de donatione propria & liberali, non remuneratoria.

3 Tertia regula, non illis omnibus quibus interdicitur donatio inter viuos, donatio quoque mortis causâ prohibetur, cùm ista & reuocabilis sit, & donanti nullum afferat idcirco præiudicium, quare illa dona to speciali lege debet prohiberi, non generali vetante donationem, cùm vt sæpius diximus in legibus odiosis, & correctoriis maximè iuris naturalis verba in stricta significatione capienda sint.

4 Quarta regula, omnes qui sunt capaces dominij, possunt rem donatam accipere, dc illaque disponere, nisi peculiari lege illius aut cæterorum bonorum administratio atque dispositio, aut etiam acceptio prohibeatur. Ratio est quia cùm donatione transferatur dominium, donatarius illius translationis capax esse debet, positáque illa capacitate donationem sibi factam acceptare poterit, attento solum iure naturali. Quia tamen iure positiuo iustas ob causas impediri potest illa capacitas dominij, & acceptatio donationis prohiberi, aut eius saltem iam acceptæ dispositio & administratio, quod sæpè fit iis qui in aliorum sunt potestate, idcircò nonnunquam prohibemur quibusdam personis donare, vel ipsæ prohibentur donationem acceptare, aut de rebus donatis disponere. Atque ex his regulis vniuersalibus plurimas controuersias explicare licebit.

ARTICVLVS IV.

Quæstiones Consectariæ.

QVamuis plures quæstiones quæ hoc loco tractari possent *cap.* 1. proximi libri agendo dè personis contrahentibus explicatæ fuerint, nonnullæ tamen ex superioribus regulis, & ex disputatis de natura donationis definiendæ supersunt.

CONSECTARIVM PRIMVM.

An valida sit donatio filij in patrem, & patris in filium.

REsp. patrem donationem à se factam filio nondum emancipato, sed sub patria potestate existenti pro arbitrio reuocare posse tanquam inualidam *l. si patet* 2. *C. de inoffic. donatian. l. cum de bonis* 11. *C. de donation.* Rationem reddit Gomes. *tom.* 2. *cap.* 4. *num.* 25. quia si valeret talis donatio, statim res donata reacquireretur patri ratione patriæ potestatis, & sibi pater videretur donare: valere tamen donationem illam; si res tradita fuerit, & donatio confirmata iuramento etiam in foro externo, existimauit Bald. *in l. fin. C. de vsucapion.* atque ita iudicatum fuisse à Curia Gratianopolitana an. 1461. mense Iulio refert Papon. *lib.* 11. *tit.* 1. *Arresto.* 1. vbi tamen sunt plures liberi quos pater ex æquo sibi succedere vult, posse reuocari donationem etiam iuratam existimauit Molinæ. *in notis ad Alexand. consil.* 8. *lib.* 2. atque ita pronuntiatum fuisse à Patribus Paris. in conspicua purpura, en

robbes renges, 21. Maij an. 1570. refertur in notis ad locum Papon. citatum. Vide Charondam *lib.* 15. *responsor. cap.* 8. Verum quidem est donationem vni liberorum à patre factam, si immensa sit, solere reduci querelâ inofficiosi ad legitimum subsidium. Vide Maynard *lib.* 4. *qq. notabil. capit.* 7. Si autem fiat in dotem filiæ, aut filio propter nuptias donetur à patre, valebit donatio. Deinde si donat ad bellum proficiscenti, aut aliquam artem vel disciplinam professuro, vt ad emendos libros; si condonet filio vsumfructum, quem in eius bonis aduentitiis habet, aut denique si in remunerationem obsequiorum, valebit donatio. De filiis illegitimis dicam alibi. Filio porrò emancipato eo plane modò quo extraneis, donare potest pater.

Non tenetur porrò filius ad eorum quæ à patre viuo, accepit, restitutionem, neque ad fructus perceptos; quia donatio morte patris firmata retrotrahitur ad diem in quo facta fuit traditio, & licèt non fuerit insinuata; si tamen ante mortem confirmetur, valebit vt legatum, atque ad summum, si maneat pura donatio, indigeatque insinuatione ad valorem in foro externo, non obligabitur filius iste donatarius ante sententiam Iudicis ad restitutionem. His porrò iuribus non prohibetur donatio matris aut aui, aut auiæ. Cætera quæ huc spectare possent dicentur inferiùs vbi de reuocandis inofficiosis donationibus.

Filius validè donat patri sua bona castrensia, aut quasi castrensia, atque etiam bona aduentitia ipsi data ea conditione, vt voluerit donator vsumfructum illorum acquiri patri, tunc enim eiusmodi bona sunt filij quoad vsum & proprietatem, quod fatentur omnes.

Consectarium II.

An coniuges sibi inuicem & aliis donare possint.

GEminam istam controuersiam qua quæritur an coniuges possint sibi mutuò donare, & quid & quantum aliis donare possint, fusissimè pertractauimus *in opere de vsuris lib.* 3. *cap.* 5. *art.* 17. *conf.* 7. 8. 9. *&* 10. Nam *consect.* 7. quæsiuimus, An mulier de sua dote testari aut aliquid donare causâ mortis possit. *Consect.* 8. An coniuges aliquid sine mutua licentia donare possint. *Consect.* 9. An vxor possit sine consenso mariti facere eleemosinam. *Consect.* 10. denique, An sibi inuicem coniuges quidpiam donare possint, & quomodo. Neque iis locis disputata denuò tractari à nobis hîc debent, ne repetitionibus earumdem rerum libros inutili labore & lectorum fastidio impleamus.

Consectarium III.

An liceat donare concubinæ.

REsp. iure communi affectionis gratiâ honestas, & inhonestas donationes permissas esse dici. Honestæ dicuntur erga concubinas: inhonestæ erga meretrices, *l. affectionis* 5. *l. donationes* 32. *D. de donat. l.* 3. §. 1. *D. de donat. inter vir. & vxor. l.* 2. *C. eod.* Vide Cuiac. *ad Nou.* 18. Chopin. *l.* 3. *de legibus And. cap.* 2. *tit.* 3. *num.* 15. Neque id mirum, cùm eo iure concubinatus permitteretur, erat enim tantùm inæquale coniugium, quem leges Christianæ damnant. Quare censent vulgo DD. Franci eiusmodi donationes nullas esse, vti etiam expressè cauetur in quibusdam legibus municipalibus. Benedictus *in cap. Raynutius, vers. & vxorem, num.* 156. *de testament. memb.* 1. *num.* 46. Maynard. *tom.* 1. *lib.* 3. *capit.* 14. Itaque pronuntiarunt PP. Conscripti Paris. 5. April. an. 1599. in quinta inquisitionum exedra apud Louet. *l. D. n.* 43. consule eruditas eius notas in quibus plura similia Senatusconsulta referuntur. Non ago de donationibus meretrici, quæ concubina non est, factis, & an illa licitè accipiat suæ turpitudinis pretium, & an quod datum ipsi fuit ob corporis vsum, condici possit, illud enim *libro* 1. discussimus cum Doctoribus eo loco adductis, quibus adde Baltazar. Gomes. *lib.* 2. *de potestate in seipsum cap.* 15. Desider. Heraldum *lib. obseruation. & emendat. cap.* 32. Mornac. *ad l.* 4. §. *sed & quod. D. de condict. ob turpem causam.* Cuiac. *in l.* 4. *C. eod.* Molinæ. *in eundem Codicem.* Decium *consil.* 196. *num.* 1. & ibidem Molinæum, vbi optimam rationem reddit cur istæ donationes factæ concubinis prohibeantur, ex eo quod donationes inter virum & vxorem vetentur, ne se mutuo amore spolient; *Illa enim ratio fortius militat in impudicis mulieribus, quæ solent esse blandiores & rapaciores; ergo statutum multo magis haberet locum in concubina, quæ etiam non debet esse melioris conditionis quàm pudica, & legitima vxor.* Et sanè sæpius eiusmodi blanditiis dementati homines, non modò in concubinas prodiga manu suas facultates effundunt, sed liberis & familiæ graues iniurias faciunt. Hinc iuuenalis Satyra cùm insatiatum libidinoso amore senem describit.

Membrorum damno maior dementia, quæ nec
Nomina seruorum nec vultum agnoscit amici,
Cum quo præterita cœnauit nocte, nec illos,
Quos genuit, quos eduxit. Nam codice sæuo
Heredes vetat esse suos, bona tota feruntur
Ad Phialem tantum artificis halitus oris,
Quod steterat multis in carcere fornicis annis.

Hæc omnia veriora sunt in donationibus factis à clericis suis concubinis. Si enim *l.* 2. *C. de donat. inter virum & vxor. l. miles* 42. §. *mulier. D. de milit. testam. l. mulierem* 14. *D. de his quibus vt indignis aufer.* dicitur militem armatæ militiæ focariæ suæ, id est mulieri, quæ stupro cognita in eius contubernio fuit, nihil etiam ex testamento donare posse, quidni idem valet in clerico milite cœlesti, vt notat Bartol. *ad l.* 2. *& ad l. affectionis citat.* vbi vulgo DD. & Tiraq. *ad l. si vnquam, vers. donatione largitus, num.* 23. 24. *C. de reuocand. donation.* Gomes. *in l.* 53. *Tauri, numero* 68. Gutier. 1. *part. de iuram. capit.* 6. *numero* 5. Vasq. *de restitut. capit.* 7. *dub.* 3. Ferdinand. à Castro *disp.* 2. *de instit. punct.* 20. §. 2. *sub fin.* & alij passim contra Molin. *tract.* 2. *disp.* 275. Itáque seruatum in Gallia constat ex Concilio Andegau. an. 1314. vti refert Bonchell. *lib.* 3. *decret. Ecclesiæ Gallicanæ, tit.* 22. *de testam. capit.* 32. *&* 41. *Cùm carnis concupiscentia statim Clericalem Ordinem multipliciter dehonestet, maximè quando vsque ad sobolis procreationem deuenitur: Statuimus ne Clerici Sacris Ordinibus constituti, filiis suis in Sacris Ordinibus procreatis, vel etiam concubinis in vltima voluntate aliquid legare præsumant, nec impudico patri liceat etiam viuenti filium sic creatum secum tenere.* Huic sanctioni plura Senatusconsulta consentientia referuntur in notis ad Louetum *lit. D. num.* 43. vbi & multa aduersùs hanc turpitudinem ex Conciliis obseruantur, quæ commodiùs à nobis adducentur alibi. Vide eundem Louetum eadem littera. D. *num.* 115.

Consectarium IV.

De donationibus factis à minoribus suis tutoribus, & curatoribus.

DOnationes à minoribus factas suis tutoribus, guardianeis, & baillestis, sic enim tutores nobilium nostrates appellant, quod suos pupillos spolient & *baillistres* faciant, irritas reddit constitutio Franc. I. an 1539. art. 13. quia tutores dati sunt, vt seruent, non vt spolient minores, qui ob metum reuerentialem facile sua donarent tutoribus, vnde etiam non valet cessio facta tutoribus, quia vim donationis habet ex decreto Senatus 17. Maij an. 1512. relato à Rebuffo *in Comment. ad ll. Gallicas, tractatu de donation. iunior. gloss. 2. n. 3.* Quia verò Regia constitutio prohibet donationes in commodum tutorum factas, aduertit ibidem Rebuff. *glossa* 7. si fiant in commodum commune minoris, & tutoris, valere: *glossa* autem 9. extendit ad omnes personas, per quas tutor sentiet emolumentum, & ad bona omnia, seu mobilia, siue immobilia, & siue præsentibus consanguineis & amicis, siue absentibus. Extendit quoque ad Prætorem *ead. glossa 9. n.* 22. quia ille custodit personam minoris, & denique ad donationem etiam Iudicis authoritate factam. Si tamen finita cura minor donet aut aliàs donata confirmet, aut si pater pupillo tutorem substituat, aut tutor pupillo donet, valida erit donatio.

Consectarium V.

Quæstiones aliæ.

QVædam alia quæri possunt hoc loco, sed quia vel ad solum forum contentiosum spectant, vel ad alias materias ita pertinent, vt ab illis vix seiungi possint, & in illarum tractatione necessariò repetenda forent, cogeremurque hoc loco longius digredi in suam natiuam sedem; reiicere eas placuit, in præsentiarum iudicare contentus.

Primò igitur quæritur an liceat donare filio eius, cui non licebat donare in linea collaterali, atque ita vtrum vnus coniux possit donare liberis alterius. Vide Louet. *lit. D. n.17. & n.50.* & si non licet donare spurio, vtrum eius filio liceat. De ea quæstione dicemus vbi de testamentis & fideicommissis.

Secundò quæritur quid tutores & curatores ex bonis pupilli, & minoris donare possint, quæ disputabuntur cùm de tutorum & curatorum obligationibus agetur.

Tertiò quæritur quid ex bonis communibus Reipublicæ donare possint eius Rectores, quidue eius administratores, vt Prelatus, Episcopus, aliique. De istis agemus, vbi de dominio.

Quartò quid Rex & supremus Princeps donare possit de bonis, vt vocant, Coronæ, & Domanij, maximè in Gallia. Quæ quæstio ad omnem eiusmodi bonorum, quocumque modo fiat, alienationem porrigitur. Quare de illa commodus erit locus disputandi, vbi de dominio.

Quintò quænam munera donari possint Iudicibus, & ab illis acceptari valeant. De qua difficultate disputabimus, vbi de Iudicibus.

Sextò de beneficiatis atque etiam Religiosis, maximè ob turpem causam. De qua quæstione in disputatione de dominio.

Septimò de donatione facta ab vsurario quantum ad ea quæ per vsuram acquisita sunt, diximus in opere de vsuris *lib.* 1.

Octauò de donationibus factis ab obæratis, maximè in fraudem creditorum, dicemus inferius vbi de solutionibus.

Nonò quatenus licita sit donatio remuneratoria illis, quibus donatio liberalis, & gratuita permissa est, tractatur in singulis quæstionibus superioribus.

Decimò dubia circa decretum Clementis VIII. de muneribus Religiosorum prohibitis, disputabitur in appendice de dominio.

Vndecimò de donationibus ex rebus furtiuis, & malè partis dicetur vbi de restitutione.

Duodecimò de donatione parentum cum præiudicio filiorum, vbi de testamentis. Sunt denique aliæ innumeræ quæstiones quę ad donationes reduci possunt singulæ suis locis explicandæ. Itaque instituta doctrinæ methodus omnino postulat, ne dum distinguere singulas materias volumus, eas ineptè perturbemus.

ARTICVLVS V.

De acceptatione donationis.

Acceptationis necessitas. 1.
Fieri debet à præsente, & quis censeatur absens. 2.
An possit dari filio nondum nato. 3.
An Religiosus possit non acceptare rem sibi donatam. 4.

ACceptatio donationis à donatario ita necessaria est, vt absque illa nullam obligationem eiuilem, aut naturalem donatio pariat, vt nuper de promissione ostendimus: stipulatur verò vel ipse donatarius, vel alius eius loco destinatus specialiter, ita vt verba obligationis dirigantur implicitè, aut expressè ad præsentem. Si enim dirigantur tantùm ad absentem, nulla est eiusmodi donatio, cum non sit ibi absens ad quem verba & consensus dirigantur. Ratio à priori est, quia donatio nouo Iustiniani Iure est contractus synallagmaticus, reciprocus, & vtrimque obligatorius, ideircò sine concursu simultanei consensus fieri nequit, *l. si vero* 8. *§. 3. D. de bon. libert. Cæterum si ei viuus libertus donauerit, & ille accepit. l. qui absenti.* 38. *D. de acquir. possess. l. absenti* 10. *D. de donat.* Vnde Cic. *in Topic. num.* 17. ait neque deditionem, neque donationem sine acceptatione intelligi posse. Et Donat. *in Terent. Andr. act. 2. Nisi dixisset accipio, dos non esset; datio enim ab acceptatione confirmatur, nec potest videri datum id quod non est acceptum.* Ideò Ioann. 13. 19. *vers.* 27. vbi Christus matrem suam donauit Ioanni, additur, *Et accepit eam Discipulus in sua: εἰς τὰ ἴδια.* Is denique est omnium DD. communis sensus. Deeius *consil.* 245. Paul. Castrens. *consil.60. & 166.* Molinæ. *cons.60. num.1. & 2.* Cuiac. *consult.43.* & *lib.12. obseruat. cap.28.* Alciat. *lib.3 parerg. capit.13.* Hotman. *lib.4. obseruat. cap.15.* vbi contendit etiam Notario pro absente stipulante, donationem, antè donatoris acceptationem nullam esse, contra Guid. Pap. *decision.49.* Et deinde *cap.* 28. ostendit contra eundem

eundem Papium *decis.* 167. donationem factam primo filio nascituro, Notarij stipulatione munitam, non valere, cùm eo casu inter donatorem & donatarium conuentio esse queat, & donatio sine acceptatione euanescat. Iura verò quæ adducit Papius, non agunt de donatione in nondum natum directè collata, sed de pacto in alterius donationis conuentionem insito, v. g. constabat donatio inter Seiam & Tertium, eaque vel mancipatione, vel traditione confirmata erat, sed in illa donatione pactum additum fuerat, vt si filius nasceretur, tum ad eum res donata rediret, valet ea donatio. Hæc quidem ex communi sententia. Eam tamen donationem non esse contractum, quandoquidem in illa nullum negotium interuenit quod geratur, nullusque tractatus; eruditè, & fusè ex ipso iure demonstrat Anton. Fab *de erroribus pragmatic. decade* 45. *errore* 3. & 4. Donatio tamen ob causam verè contractus est. Hac verò difficultate prætermissa, satis nobis est ad donationem requiri acceptationem donatarij. An verò Iure nouo Iustiniani donatio possit in absentem conferri, quandoquidem illo iure non requiritur amplius, vt olim stipulatio, vel traditio, maximè si constet de animo donatoris ex instrumento publico excepto à Notario, qui tamen non stipulatur absenti, sed solùm de animo donatoris testatur, vide eundem Fabium *decade* 47. *errore* 1. 2. & 3. Quomodo autem fiat hæc stipulatio & acceptatio iure communi, per nuntium etiam, ac epistolam, fusè tradit Lessius *lib.* 2. *cap.* 18. *dub.* 6. & 7. Iure Gallico constitutio Regia Franc. I. an. 1539. iubet acceptari per donatarium aut procuratorem ab illo specialiter deputatū *Specialement fondé:* præsente ipso donatore, aut procuratore, ad id ipsum nominatim constituto *Specialement fondé quant à ce:* & coram Notario, qui eiusmodi donationis instrumenta confecerit, aut aliis Notariis, & Tabellionibus, aut personis publicis. Hinc obseruat Rebuff. *tom.* 2. *in constit. reg. tractatu de donat. insinuat. art.* 3. *glossa* 5. non sufficere ad hanc acceptationem procuratorem generalem. Debet quoque constare de mandato illius procuratoris, alioquin acceptatio per eum facta non valebit, neque vllus actus. Nam qui generale mandatum habet, & gerit actum, speciale mandatum requirentem, dicitur falsus procurator ex Felin. *in cap. ex parte* 33. *de rescriptis.* Casus verò exigentes speciale mandatum in procuratore quadraginta octo numerat idem Rebuff. *in concordat. tit. de electionis derogat.* Poterit tamen donatarius donationem acceptatam per non habentem potestatem, deinde ratam habere. Ita Chassan. *in consuetud. Burg. Rubric. Des droicts,* §. 5. *glossa, Sans procuration.* Habebitque effectum donatio à tempore prioris acceptationis, quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur, *regul. ratihabitionem, de regul. iur. in* 6. Ad id autem necesse est vt viuo donatore, & in eadem voluntate permanente fiat eiusmodi ratihabitio. Addit constitutio Francica fieri posse acceptationem coram Notariis etiam diuersis ab iis, qui donationem conscripserunt, si vel illi obierunt, vel non inueniuntur. Possunt etiam assumi alij Notarij quàm Regij, vt Tabelliones Apostolici, aut aliæ personæ publicæ, quod fert eadem constitutio, & quæ deinde edita fuit ab Henrico II. an. 1549. Sunt verò personæ publicæ quæ munere funguntur publico, *l. pupillus* 239. §. *munus. D. de verbor. significat.* in quam legem adi eundem Rebuff. qui inde colligebat *in constitut. nuper citatam, glossa* 8. posse fieri acceptationem donationis coram Iudicibus Ecclesiasticis, si desint Notarij, modo illi iubeant per suum scribam excipi eam acceptationem, & instrumentum donationis illi inseri; hoc enim exigit omninò Henrici II. constitutio an. 1549. omniaque alia præstari, quæ Notarius fecisset.

Quocumque etiam loco & die, quamuis feriata facta acceptatio valebit, quia non est actus iurisdictionis contentiosæ, sed voluntariæ, quæ diebus festis exerceri potest, *l. actus* 8. *C. de feriis.*

2 Dicitur porrò absens qui non est in loco in quo est donans, aut qui nescit donationem sibi fieri, quamuis præsens sit. Qua ratione dormientes, amentes, & furiosi dicuntur absentes, *l. absentem* 199. *D. de verbor. significat.* in quam Rebuff. id pluribus prosequitur. Furioso autem, prodigo, pupillis, & aliis eiusmodi personis curator constituendus est, qui eorum nomine acceptet, vt habetur *toto tit. D. de curatorib. bonis dand.* quod etiam posthumo faciendum est, ventri enim curator constituendus est, aut mater vel consanguineus acceptet eius nomine. Hinc validam esse donationem acceptatam à patre tutore naturali filiæ absentis, cui facta erat, etsi non haberet mandatum speciale, pronuntiarunt PP. Parisienses in quinta exedra institutionum, 1. Augusti an. 1601. apud Louet. *littera D num.* 35. vult autem Rebuff. *tract. de donation. in fin. citat. glossa* 1. *num.* 12. posthumum cui non fuerit datus curator, posse per restitutionem in integrum petere insinuationem, & acceptare; quia silentium illi cœterisque similibus personis imputari non potest, *l. si hæres* 7. *D. familiæ Erciscundæ.* Verùm aliud est loqui de acceptatione donationis, aliud de eius insinuatione: nam etsi minores, pupilli, atque posthumi possint restitui in integrum, non tamen quoad acceptationem, vt ait Chopin. *lib.* 2. *de legib. And. cap.* 2. *tit.* 3. *num.* 1?. quia acceptatio ad valorem donationis essentialiter exigitur, quare si nulla fuit acceptatio, nulla etiam vnquam fuit donatio. Vnde Græci dicunt donationem factam μονομερῶς non valere, nisi in casu *l.* 15. *C. de Sacrosanct. Eccl.* Vbi pollicitatio facta Ecclesiæ animo donandi, κατὰ μονομέρειαν valet, vt eruditè docet Cuiac. *lib.* 12. *obseruat. capit.* 28. & *consultat.* 43. non potest itaque pupillus restitui in donationem, quæ nulla fuit. Quare 23. Augusti ann. 1603. Senatusconsultis, omnibus exedris donatione exclusit pupillum, eo quod non fuisset validè acceptata à tutore propter omissam sui nominis adscriptionem. Ratio est quia ad actum qui nullus est, nec vtrinque celebratus, retrorsum admitti non magis licèt minori, quam ætate prouecto, cùm in his quæ sunt meri facti non admittatur fictio, seu fictitia legum restitutio, *l. in bello* 12. §. *facti autem, D. de captiuis & postlimin. l. verum est* 31. *D. de regul. iuris.* Poterit tamen minor contra tutorem agere tanquam ex malè gesta administratione, & quamuis vbi tutor soluendo non est, vt damnum resarciat, minor restitui soleat in integrum, habeatque actionem contra eum, qui cum tutore contraxerit, *l.* 5. *D. de dolo malo, l. intra vtile*, §. *fin.* & *l. Imperatores* 27. *D. de minoribus. l. properandum* 13. § *fin. C. de iudiciis*; ab hac tamen generali regula excipiuntur donationes, vt diximus, & decretoriæ adiudicationes, quibus tutores beneficio hypothecæ non intercessere, quam in rem plurima Curiæ placita dabit Louet. *littera D. n.* 32.

3 Quod autem dicebatur de filio nondum nato, an illi donari possit, etsi maxima videatur difficultas, tamen id fieri posse iudicatum est vltimo Maij an. 1600. ita vt donatio filio primùm nascituro facta fuerit,

fuerit, cùm enim filij nondum concepti rectè hæredes instituantur, *l.4. D. de liberis & posthum.* vt obseruat Cuiac. *consultat.* 50. quia mortui tantùm institutio habetur pro non scripta, *l. penult. D. de his qua pro non script. habent.* non autem nascituri; eius qui desiit esse in rerum natura; non eius qui possit venire in rerum naturam. Quidni poterit donari nondum nato, exemplo institutionis, vti argumentatur idem Cuiac. *consultat.* 58. vbi tamen addit eam donationem non habere effectum donec nascatur ille filius, sed hac de quæstione plura vide apud Hotman. *quæst.6. quæstionum illustr.* Iure Gallico receptum est, quod diximus, maximè quando eæ donationes filiis nasciturls fiunt in ipsis matrimonij tabulis, quibus institui potest hæres moribus nostris, quod communiter omnes Galli Iurisconsulti, quos dabit annotator Louet. *littera S. numer. 9.* tradunt. Quæ denique hactenus diximus de acceptatione donationum, non valent in iis quæ fiunt ipsis pactis nuptialibus, satis enim acceptari censentur, modò partes contrahentes intersint contractui, licet non sit vlla expressa acceptatio & stipulatio, vti iudicatum fuisse an. 1587. refert Louet. *littera D. num. 5.*

4 Quæres an Religiosus possit rem sibi oblatam non acceptare, & ad alium quempiam, v.g. consanguineum remittere. Nam sibi ipsi acceptare non posse sine licentia Superioris satis constat ex vi voti paupertatis. Resp. Sanch. *lib.6. de matrim. disp.4. num 7.* posse, si se nullo modo velle acceptare profiteatur, & roget duntaxat donatorem, vt alteri donet, v.g. Ego non indigeo hac re, da illam Titio consanguineo, & me tibi obstringes. Si verò vel tacitè, vel expressè acceptet, & deinde curet dari alteri, peccat contra paupertatem & motum proprium Clementis VIII. prohibentis Religiosis omnes munerum largitiones, etiam indirectas. Nam tunc ipse mittit & donat per manum sibi donantis; cùm in priori casu roget tantum alteri donari. Quod autem ait Bonac. *disp. 3. de restitut. quæst. 12. punct. 1.* eum qui donum offerenti gratias agit, non posse rogare, vt alteri donet, quia per gratiarum actionem acceptauit, distinguendum est. Nam si gratias agat de voluntate dandi, non acceptauit, secus si gratias agat de ipso munere; tunc enim illud acceptasse necesse est.

ARTICVLVS VI.

De insinuatione donationis.

Insinuatio quid. 1.
Eius necessitas. ibid.
A quo inducta fuerit. 2.
Quanam donationes sint insinuanda. 3.
Qui casus excipiantur. 4.
Quid Iure Gallico. 5. 6. 7.
An donator possit illi renuntiare. 8.

INsinuatio est donationis factæ legitima exhibitio, & intimatio coram Iudice, siue est, vt loquuntur, iurata donationis actis publicis in foro loci, in quo facta est, obligatio, quod significabant his locutionibus, *Donationes actis inserere, interueniente actorum testificatione donationes conficere, apud*
1 *Magistratus intimare, gestorum alligatione roborare.* Quam publicationem ad validitatem donationis ius induxit. Nam omissa insinuatione, vbi necessaria est, manet donatori integra vindicatio rei donatæ, tanquam dominio non amisso, saltem Iure Romano, quod ostendit *l. vlt. C. de iure dotium.* & *l. 38. C. de Episcop. & Cleric.* Neque donatarius donantem cogere poterit in foro externo, immò neque in foro conscientiæ donator ad illã tenetur, quandoquidem irrita est, & vt dixi nullum transtitulit dominium in donatarium, qui proinde illam vtpote non suam retinere non poterit; nisi ex præsumpta voluntate donantis, qui quamdiu non reperit rem suam, quam scit inualide esse donatam, censetur eam continuò donare, veluti breui manu; atque ita conciliò diuersas DD. sententias. Aliqui enim volunt donatorem nõ posse donationem acceptatam reuocare ex solo defectu insinuationis, alij affirmant multò veriùs: quamdiu enim donatio non est insinuata, nondum firma est, certumque tempus huic insinuationi definierunt leges, vt interea temporis sedatiùs deliberarent donatores, an in eadem donandi voluntate pergerent, quod inutiliter cogitarent, si donationem iam factam reuocare non possent, quod si tempus insinuationi faciendæ præscriptum elapsum iam sit, constat eam donationem nullam omnino esse, atque ita reuocabilem esse; quod ex communi DD. tradunt Gutier. 1. *part. de iuram. cap. 7. initio.* Sa *verb. donatio. numer. 1.* & alij. Non tenetur tamen, vt dixi, donatarius rem donatam reddere, nisi repetatur, vt in multis aliis contingit, quod fortassis voluere duntaxat aduersarij. Quę omnia vera esse dixerim attento Iure Romano; nam Iure Gallico aliter sentiendum esse ostendam, *art. 8 consectar. 4.*

Sapienter verò hanc conditionem donationibus dixere leges. Primò ne cæco quodam & præcipiti ferrentur impetu donatores in suis facultatibus elargiendis, eosque deinde frustra pœniteret; quare tempus illis ad deliberandum permisere leges. Secundò vt iterata actio & instrumentorum confectio, atque apud acta publica exhibitio firmum propositum testaretur. Tertiò ad vitandas omnes fraudes, quæ obrepere solent, ac suspiciones. Quartò denique vt occurreretur falsis probationum modis. Quæ omnia complectitur in suo edicto Atalanius Rex apud Cassiodor. *lib. 9. In allegatione*, inquit, *id est, insinuatione iustissima largitatis, illam distinctionem volumus custodiri, quam pro veritate sollicitè legalis sanxit antiquitas. Sic enim & fraudi non patebit occasio, & veritati maior constabit authoritas. Hac est ratio desiderata insinuationis.*

Primus Constantinus induxit hanc insinuationem, *l. 25. C. de donationibus.* Vbi inter alias condi- 2
tiones hanc præscribit omni donationi, *Siue directa sit*, id est simplex & absoluta, *siue conditione suspensa, siue sub modo, & in diem, siue etiam causâ mortis, siue animo dantium, accipientiumue sententiis, quantum ius sinit cognominata.* Quibus verbis significat Constantinus donationem, quam donator & donatarius non cognominant proprio nomine, sed alio quopiam occultant, nempe venditionis, conductionis, aut transactionis, hoc tantùm acto tacitè, vt donatio sit, nisi fiat venditio, vel conductio imaginaria, vt *l. si quis conduxerit 46. D. locati.* & *l. si vsusfructus 66. D. de iure dotium.* Hoc igitur negotium eadem omninò requirit quæ donatio ipsa, donationis nominè palam expressa; quia donationis nomen per se solùm non facit donationem, sed mens dantis & accipientis *l. 15. §. Papinianus. D. locati.* Addit Constantin. *quantum ius sinit*; hoc est, interprete Cuiacio, in iis casibus in quibus est permissa venditio,

venditio, vel conductio imaginaria donationis causâ, nam & in fraudem legum veluti legis Ciuiciæ, vel legis Iuliæ repetundarum, ipso iure nulla est venditio imaginaria, quæ faciat licitam donationem, vt *in l. emptor* 12. *D. de aqua plu. arc. l. vltima, D. ad l. Iuliam repet. l. 10. C. de distract. pignor. l. nuda* 55. *D. de contrah. emption. l. contractus* 54. *D. de obligat. & action.* Quibus omnibus locis contractus isti imaginarij nullum vinculum pariunt. Neque mirum videri debet tam seuerum fuisse Constantinum in donationibus, & tam multa ad earum valorem exegisse. Tum quia iam olim strictiùs accipiebantur donationes, quod satis indicat Iustinian. *in l. illã* 33. *C. eod.* & patet *ex l. 1. & 2. C. Gregorian. eod. tit.* quæ volebant in donatione omnium bonorum, vel partis alicuius aliquotæ, putà dimidiæ, tertiæ, quartæ, percenseri res singulas à donatore. Tum quia iura non fauent donationibus, nisi fiant pietatis causâ, ne plures ad luxum & prodigalitatem specie liberalitatis abutantur: tum quia donare perdere est, vt nuper monebamus ex Vlpiano *in l. filiusfamilias* 7. *D. de donationib.* quia donator Iure Ciuili non habet donatę rei repetitionem. Obserua denique cum Cuiacio postrema illa verba constitutionibus Constantinianæ, quam expendimus: *Acta donationis conficienda esse apud Iudicem aut Magistratum, vbi hoc leges expostulant*, assuta esse à Triboniano; quia Constantinus indistinctè in omnibus donationibus exigebat insinuationem; ineptè igitur addidisset illam adhibendam esse, vbi leges postulant: quia verò ætate Triboniani constitutio Constantini temperata in quibusdam fuerat, ideirco additamentum illud inseruit Tribonianus.

3 Quia verò constitutio D. Pij *l. 4. 5. & 7. C. Theod. de donation.* priuilegium hoc dederat parentibus, & liberis, & donatio inter eos facta non requireret mancipationem, aut traditionem; sed nudo consensu perficeretur, dubitatum est an eis quoque remittenda esset actorum insinuatio, quod negauit sapienter Constantinus sequenti deinde constitutione, & *l. data* 27. *C. de donation.* voluitque omninò solemnitatem insinuationis in donationibus omnibus, etiam inter coniunctissimas personas, propter periculum clãdestinæ & domesticæ fraudis. Atque hæc est vera sententia *l. data*, de qua fuit olim magna controuersia, finis enim eius non est, vt statuat diuersum ius in donatione facta inter parentes & liberos, ab ea quæ fit inter extraneos, sed vt ne diuersum ius inter hos vel illos statuatur, remissa liberis & parentibus necessitate insinuationis, argumento constitutionis Diui Pij, quæ eis, vt dixi, remisit solemnitatem mancipationis & traditionis. Ita Cuiac. *lib. 20. obseruat. cap. 2.* Neque tamen Constantinus primus voluit donationem insinuari, ait enim in *l. 1. C. Theodos. de sponsalib.* *Patrem suum nullam voluisse liberalitatem valere si actis inserta non esset.* Post Constantinum Theodosius excepit necessitate insinuationis donationes omnes, quæ consistunt intra quantitatem 200. aureorum, siue solidorum *l. vlt. C. Theodos. de sponsalib.* vbi licèt primò loquatur de donatione ante nuptias, significat tamen id obtinere in omnibus, quæ non superant ducentos aureos, vt necesse non fit eas referri in acta publica. Iustinianus deinde *in l. sancimus* 34. *C. de donationib.* eam quantitatem produxit ad 300. aureos, intra quam non exigatur insinuatio donationis neque *communis*, inquit, id est, quæ vulgò fit inter viuos, purè vel conditionaliter, vel in diem, expressa, vel tacita, neque donationis ante nuptias, aut propter nuptias. Idem deinde anno sequenti constituit de mortis causâ donationibus, cuiuscumque quantitatis fuerint *l. vlt. C. de mortis causâ donation.* eo quod comparentur legatis. Hac tamen eadem *l. 34. §. alias*, donationem factam Ciuitatibus, Reipublicæ, Pauperibus, vel locis pietati dicatis, valere voluit intra summam quingentorum aureorum, etiamsi non esset insinuata, quod ipsum constituit in *l. illud* 19. *C. de sacros. Eccles.* & tandem in omnibus omninò donationibus, summam intra quam nulla donatio indigeret actorum monumentis, produxit ad quingentos aureos, *l. pen. §. vlt. C. de donation.* vti de donationibus pietatis causâ factis iam ante definierat. Hæc porrò lex 34. de qua disputamus, solemnis omnino fuit, cùm in subscriptione dicatur recitata *in septimo*, quæ similis subscriptio habetur in *l. 19. C. de iure deliber.* & *in l. 6. C. de bonis quæ liber. acquirunt.* In aliis quidusdam habetur *recitata in septimo milliario*, vt *in l. sancimus, C. de sacrosanct. Eccles.* & *in l. 30. C. de fideicommissis*, & *in Nouel. de hereditatib. quæ ab intestato*, apud Iulianum antecessorem, id est in palatio Imperatoris, quod septimo ab vrbe Constantinopoli milliario distabat, & in quo Iustinianus iuridicundo nouum Consistorium extruxerat, quod palatium aliquando Septimum appellatur, & ἕβδομον apud Soxomen. *lib. 7. cap. 21.* Cassiodor. eius Latinus interpres vertit *septimum millarium*, integra oratione. Quare sapienter aduertit Cuiac. *lib. 20. obseruat. cap. 3.* & *in hanc l. 24. C. de donation.* mendum esse in subscriptione *l. pen. C. de rebus creditis*, & *l. 30. C. de iure dotium, l. vlt. C. de legit. tutel. l. 3. C. de bonis libert.* & *l. litibus, C. de agricolis & censit.* in quibus omnibus locis legitur *recitata septies*, legendum siquidem est *recitata Septimo*, quod non numerum sed locum significat. Eadem ratione nominatum est Septimum, quoddam suburbium Carthaginense, quod Authore Procopio ab ea distabat stadiis septuaginta. Vt verò ad hanc nostram legem 35. redeamus, constituit in ea Iustinianus, donationem, quæ excedit legitimam quantitatem & insinuata non est, in eo tantum quod superfluum est, inutilem esse, in residuu esse vtilem. Si v.g. fuit 800. quingentis vtilis erit, secundum *legem. pen. C. de donation.* In treeentis inutilis, nec vtile per inutile vitiatur, quod idem habetur *Nouell. 162.* & idem de stipulatione dicitur *l. 1. §. vlt. D. de verbor. obligat.*

Addit ibidem alios casus Iustinianus, quibus donatio non indiget insinuatione. Primò si fiat à Principe, cuius donatio lex est, quod ante se alios Principes constituisse testatur Iustinianus ibidem, & de Zenone singillatim Nouell. 52. refert. 4

Secundò si fiat propter nuptias fœminæ minori 25. annorum, auxilio patris destitutæ, hoc est sui iuris fœminæ, vt *l. minoribus. C. de donatione ante nuptias*; non verò si donatio fiat ei, quæ est in potestate patris, quia patri acquiritor: quod idem de muneribus sponsalitiis factis minoribus constituit Constantin. *l. 3. C. Theodos. de sponsalib.* ex Nouella tamen 119. & 127. donatio facta propter nuptias fœminæ etiam maiori. 25. annorum cuiuscumque quantitatis sit, non indiget insinuatione, quia quatenus ex ea mulier lucrum sperat, respondet doti, siue est ex causa dotis, siue datur contra dotem, siue denique est quasi dos mariti: certum verò est dotem cuiuscumque quantitatis sit non indigere insinuatione, sicut neque donationem mulieris factam dotis causâ ab eo qui pro ea dotem dat, *l. vlt. C. de iure dotium.*

Tertiò

Tertiò donatio supra legitimum modum, redemptionis captiuorum causâ facta valet absque insinuatioue *l.pen.C. de donat.*

Quartò idem statuit illa ipsa lex de donatione facta ex cladis alienæ commiseratione ad reparandas ædes, quæ vel casu corruerunt, vel incendio consumptæ sunt, tenebitur tamen donatarius iurare se totam eam pecuniam in ædibus reficiendis consumpsisse, non tamen singillatim reddere rationem earum impensarum.

Quintò non indiget insinuatione donatio mobilium facta militibus à magistro militiæ, vel de suo vel de præda, ac manubiis. Ita *lex penult.citata.* Vnde colligit Cuiac. prædam mobilium vel animalium non continuo cedere militibus absque Ducis vel Magistri militum permissu, sed redigi in publicum, & ex redacto fieri donatiuum militibus, *l.pen. D.ad l. Iuliam peculat.*

Sextò donatio rerum mobilium facta Monasterio, ab eo qui in eo factus est Monachus, cuiuscumque quantitatis sit, non indiget insinuatione, neque eius omissæ prætextu poterit deinde, si exeat è Monasterio res mobiles vindicare; secus dicendum est de immobilibus *l.38 C. de sacros. Eccles.*

De his omnibus casibus, aliisque ad insinuationem pertinentibus iure communi consule Cuiac. *in l.35.C.de donation.* & Ferdinãd. à Castro *disp.2. de insi punct.2* :. qui alios dabit.

5 Venio ad Ius Gallicum, mos enim vt donationes & testamenta insereremur actibus publicis, & in Archiuis asseruarentur, viguit olim in Gallia sub primis Regibus, vti constat ex Marculp. formulis *lib.2 formula 37.* obseruatque Cuiac. *in lib.4. sentent. Pauli, tit.6.§.1.* Antiquatus tamen fuerit ille mos, vnde plures leges municipales maxime insinuationis requirebant, donec vt bono publico consoleret Francisc. I. constitutione ann.1539. art.132. eas omninò adhiberi iussit, quod idem præstitit Henric.II. an.1549. & Carolus IX. edicto Molinensi an.1566.art.58. quæ sanctiones vniuersales sunt, & complectuntur etiam ipsos Principes bona in Gallia possidentes, quia vt ait Cuiacius *consultat.3.* moribus Gallicis & vsu fori possessio sola legibus obligat, quare si quis in diuersis regionibus, quæ diuerso quoque iure reguntur, bona possideat, pro varietate regionum variis legibus obligabitur. Sic qui moratur in Italia, si donet alteri bona quę habet in Gallia, legibus Gallię obnoxius erit, & idcircò donauit inutiliter, si donationem non insinuauit; secus fieret si Italus prædia Italica donaret Gallo. Derogant itaque Regiæ constitutiones legibus tum Romanis, tum municipalibus, quamuis earum expresè non meminerint, isque ille est perpetuus vsus Regni, vt quoties rescriptum principale opponitur consuetudini, toties habeatur ratio solius Principis Edicti, quo vniuersam Regni politiam constituit; aut apponit vniuersales clausulas derogatorias, quod fusè docet Chopin. *lib. de communib. Gallic. consuetud. praecepts, part.5.tit.5.num.7.* vbi de hac ipsa consuetudine, quæ non exigebat donationem in acta forensia referri disputat.

6 Debent porrò omnes insinuationes fieri coram Iudicibus Regiis, & quidem bonorum quæ donantur quarto mense post acceptationem insinuatio facienda est ex constitut. an.1549. vbi tamen maritus donat vxori, quamdiu illa est in sacris, & potestate mariti, non tenetur ad eam insinuationem, sed satisfacit legi, si intra quatuor menses à soluto matrimonio id præstet; quia vxor in potestate viri, non potest se sistere Iudici sine eius consensu, atque ita sæpius Senatum Parisiensem iudicasse refert Louet, *littera I. num.1.* quare hæredes mariti non possunt obiicere vxori donationem à marito factam, nondum esse insinuatam, vt ibidem Louetus habet *lit.D.num.4.* eadem de causa præscriptio non currit contra vxorem circa bona eius dotalia à marito alienata, nisi fuerit bonis separata, vti iudicatum refert Chopin. *lib.3. de legibus Andium cap.2. tit.5. num.3.* Vide Boërium *decis.328.* & Bacquet *tractat. de iuribus iustitia, cap.21. num.77.* Ipse porrò donans non potest defectum insinuationis danatario obiicere in foro externo, nam etiam post quatuor menses à donatione elapsos cogi posse, vt consentiat insinuationi, existimat Argenter. *in consuetud. Britann. tit. de donationib.* & Chopin. *lib.3. de legib. Andium, cap.1.tit.4. num.12.* vbi in hanc rem donat Arrestum 12. Maij, an.1581. aliaque habet Louet. *littera D. num.6.* qui tamen omnes addunt, tunc insinuationem esse faciendam viuente donatore, quia nullus contra suum proprium actum venire potest, *contre son propre faict;* mortuo verò donatore intra quatuor menses insinuationi definitos, poterit intra illos insinuari donatio, non autem post illud tempus elapsum, vti apertè habet edictum Molinense, art.58. nequit tamen vllo modo acceptari donatio post obitum donantis. Hinc vides hæredem posse agere contra donationem non insinuatam, tanquam nullam.

7 Omnes porrò donationes insinuandæ sunt, & in acta publica referendæ Iure Gallico, & Regum nostrorum optimorum fœlicissimorumque constitutionibus, licet ius commune in plerisque id non requirat, vti nuper monuimus. Quare & omnis donatio propter nuptias, & dos, & omnis contractus insinuatur, vt falsitatis occasio nulla sit, inquit Cuiac. *in Nouell.119. cap.1.* quem vide etiam in notis *ad Nouell.177.* apertaque est constitutio Molinensis art.58. Et quamuis aliquando minores restituti sint in donationem ipsis tabulis matrimonialibus factam, & non insinuatam iudiciis Curiæ supremæ relatis ab annotatore Louet. *litt. D. n.68.* id factum fuit peculiaribus causis mou[illegible] sicut 14. August.1581. fauore alimentorum, æquitate suadente donatio in fauorem matrimonij non insinuata probata fuit eiusdem supremę Curię placito. In his tamen donationibus insinuandis non continetur augmentum dotis, quia edictum Molinense non comprehendit nisi donationes factas ab homine, non à lege, siue à iure, qualis est donatio accrementi dotis; vnde non est propriè donatio; id enim donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur, cùm in necessitatibus nemo liberalis existat, *l. donari 83. D. de regul.iur.* Debent verò donationes aliæ de quibus agimus, intra quatuor méses ab initio contractus matrimonij insinuari, neque eius expenctanda est consummatio, vt ait Chopin. *lib.2. de moribus Paris. tit.3.n.15.*

Secundò donationem solius vsusfructus insinuatione indigere pronuntiarunt PP. Parisienses apud Louet. *littera D. numer.23.* donatio autem mobilium nisi sit omnium & vniuersorum, non est insinuanda, vt ait Bacquet. *tract. de iurib. iustit.cap.21. numer.401.* Ratio discriminis est, quia vniuersitas mobilium sapit aliquid immobile; idem habet Chopin. *lib.1. de morib. Paris. tit.1. numer.4.* debebit autem tunc insinuari in loco, in quo donatur habet domicilium, valebitque insinuatio pro omnibus mobilibus, vbi vbi sint; quia mobilia sequuntur

tur personam. Præterea si mobile sit pecunia, quæ non statim tradatur de manu ad manum, *manuelle-ment*, indiget insinuatione. Nam sic pecunia loco fundi & immobilium donati posset, atque ita deluderentur creditores, quibus tamen leg. bus de insinuatione maximè cautum voluerunt nostri Reges.

Tertiò donatio quæcumque ad pias causas insinuanda est, quod edicit constitutio anni 1539. & 1566. Itaque iudicatum fuisse an. 1543. & 1572. refert Chenueus q. 70. & communiter tradunt Chopin. *lib. 5. de priuileg. rusticor. 2. part. cap. 3.* & alij contra Bacquet. *Tract. de iurib. iustit. cap. 21. num. 375.* decretum enim 30. Iun. an. 1592. donationem factam Xenodochio Turonensi non insinuatam probans, quod ibidem refert Bacquet, non vrget; quia modica summa erat census annui 16. libratum, qua se exonerare volebat filius, cui pinguis & opima matris hæreditas obligarat, eratque quidam contractus onerosus, cùm certas & statas preces indiceret.

Quartò denique donationes etiam remuneratoriæ insinuandæ sunt ex regiis constitutionibus allatis, vti fusè habet Louet. Commentator *lit. P. num. 22.* Donatorem posse iuramento renunciare insinuationi, iurando videlicet se numquam reuocatorum donationem propter solius insinuationis defectum, iudicarunt P.P. Conscripti Gratianopolitani an. 1423. ex Guidone Pap. *decis. 350.* illud tamen iuramentum non valebit, nisi respectu donatoris & hæredum eius, non alterius personæ, quæ ius aliquod in rem donatam acquisierit; nihilominus hoc Senatus Gratianopolitani decretum improbat Maynard. *lib. 6. qq. cap. 6 3.* quia edictum Molinense exigit insinuationem tanquam aliquid requisitum ad validitatem donationis, an verò in foro externo teneatur donator suo iuramento, constat ex iis quæ de iuramento confirmatorio disputauimus. Consule Ferdinand. à Castro *disp. 2. de iust. punct. 23. §. 3.*

ARTICVLVS VII.

De Reuocabilitate Donationis.

An reuocetur combusto testamento. 1.
Prima causa reuocandi donationem, est ingratitudo donatarij. 2.
Qualis debeat esse illa ingratitudo 3. 4. & 5.
Secunda causa, superuenientia liberorum. 6.
An Constantius hac in re nouum ius constituerit. ibid.
An Constantij constitutio ad omnes extendenda sit, cùm de solis patronis & libertis agat. 7.
An ea donatio ipso iure sit nulla. 8.
An rescissa donatio natiuitate liberorum, ipsorum deinde morte conualescat, viuo adhuc donatore. 9.
An filius post donationem natus & superstes patri donatori, possit reuocare donationem quam pater viuens nō reuocarat. 10.
An natiuitate filiorum illegitimorum reuocetur donatio. 11.
Quid si legitimentur isti liberi. ibid.
An l. si vnquam, *de qualibet donatione intelligenda sit.* 12.
An renuntiari possit huic iuri reuocandi donationem. 13.
Tertia causa reuocandi, est querela inofficiosæ donationis. 14.

Donatio licet ex sua natura reuocari nequeat, vt initio huius disputationis monebamus ex Aristotele, ita vt nequidem rescripti principalis authoritate reuocetur *l. 5. C. de reuocanda donation.* quia neque alienatio ritè facta per rescriptum Principis rescinditur, *l. inciuiliter 12. C. de rei vindicat. l. 3. C. de rescind. vendit.* & rescripta iuri contraria subreptionis arguunt impetrantem *l. 1. C. de Senatusc. l. 10. C. de sacros. Eccles. l. si contra ius vel vtil.* ex sola quoque donatoris pœnitentia reuocari non valet *l. 3. & 4. C. eod.* Adde etiam donationis instrumento à donatore combusto non reuocari donationem, quod intelligendum est de perfecta donatione per traditionem, quia promissa & pacta donandi animo facta, quamdiu traditione impleta non sunt, iure antiquo reuocari poterant, *l. 6. D. de donation. l. 5. C. de his quæ à non dom.* At posita traditione sera erat pœnitentia; quia dominium rei donatæ iam transierat in donatarium *l. 4. C. de contrah. emption.* estque vniuersalis illa regula; Nemo potest mutare consilium in alterius iniuriam. Siue igitur donator instrumentum donationis combussisset, siue laceret, nihil nocere poterit donatario. 1

Dices saltem, qui res suas in fraudem creditorum donauit, donationē male à se factam rescindere poterit, quia alienationes in fraudem legis vel alterius factæ rescinduntur, *l. omnes, 17. §. 1. D. de his qua in fraud. cred. l. libertus 16. §. 1. D. de iure patron.*

Resp. eo casu nullam esse reuocationem, vti editur. *l. 4. C. de reuocand. donat.* quia nemo ex fraude sua meliorem facere debet suam conditionem. *l. 4. C. de reuocand. quæ in fraud. creditor. C. de seru. pignor. dat.* Et alienationes quidem in fraudem & detrimentum alterius factæ per Prætorem rescindi debent, non per fraudatorem, ne ipsi suus dolus prosit, & alteri noceat; factum enim cuique suum, non alteri nocere debet, *l. 155. l. D. de reg. iur.* & dolus ei soli obesse debet, qui illum admisit, *l. 9. D. quæ in fraud. credit.* ex quibusdam tamen causis licebit donationem reuocare; quarum prima est ingratitudo donatarij aduersus donatorem, *l. 1. & l. fin. C. de reuocand. donationibus*; quæ tamen causa non valet, nisi in donatione simplici, & merè liberali, non autem remuneratoria, aut propter causam, vti monuisse me memini, traduntque passim DD. cum glossa *in l. vltim. vers. inuenitur, C. de reuocand. donat.* Tiraquell. *in l. si vnquam. vers. donatione largitus n. 23.* Molina *lib. 3. de primogen. cap. 11. n. 45.* Neque rectè alter Molina *tract. 2. de iustit. disp. 281.* eam communē doctrinam restringit ad donationes ex iustitia debitas; vt enim sapienter respondet Rebell. *2. part. de obligat. inst. lib. 18. q. 9. num. 9.* etiam donationes ex decentia quadam & honestate debitę vim quandam compensationis habent; itaque non sunt prorsus liberales. Idem dicendum est de donationibus propter causam factis, illę siquidem onerosæ sunt, & quandam contractus speciem induunt idcirco dotem datam mulieri ad nubendum, contracto semel matrimonio, non potest, qui eam donauit, ob ingratitudinem mulieris dotatæ repetere, vel à marito, vel ab ipsamet muliere dissoluto matrimonio *l. si dotem 24. C. de iure dotium.* quam 2

non

non modò parente dotante filiam, sed de extraneo quoq; iure merito intelligendā esse contendit contra quosdam recentiores, Molin. *disp.* 281. *cit. n.* 81. & Ferdinand. *disp. 2. de iust. punct.* 31. §. 3. *n.* 3. & 4. quia dos datur ob causam onerosam, & prolem suscipiēdam à quocũque detur, neque aliter vir duxisset eā in coniugem, ipsiusque bona valde incerta forēt, si dos reuocabilis esset. Si tamen parentes dedissent filiæ omnia sua bona in dotē, atque ob eius ingratitudinem redigantur ad extremam inopiam, reuocari saltem ex aliqua parte poterit. Itáque iudicatum esse à Senatu Parisiensi 5. Januar. an. 1585. refert Papon. lib. 11. tit. 1. arresto 23. Eadem ratione fallit in collatione beneficij hæc causa reuocationis; quãuis enim beneficiarius sit in suum collatorem ingratus, ab eo tamen, beneficio spoliari nequit, quia collatio illa nō est donatio, sed executio muneris ad quod tenetur collator, quamuis liberalia existat in eum, cui potius, quàm alteri confert, cùm ad id non teneretur. Huc etiam referunt donationem factam Ecclesiæ, aut pio cuipiam loco; illa siquidem ob ingratitudinem Prælati, alteriusue administratoris reuocari nequit, quia neque ille Prælatus aut administrator est donatarius, neque ob eius ingratitudinem causa religionis & pietatis propter quam donatum fuit, obliterari potest, perpetuóque subsistit. Ita Less. *lib. 2. cap.* 18. *num* 105.

3 Huius porrò ingratitudinis & *ἀχαριστίας*, quæ causam reuocandæ donationi præbent, quinque species enumerantur *in l. fin. C. de reuocand. donation.* Prima si atrocibus iniuriis donantem affecerit donatarius *σφοδρὰς ὕβρεις*. Harmenopulus, *αἰσχραῖς κατὰ τὸ χρονικὸν ὕβρεσιν*. Atrocitas autem ista prudentis arbitrio pensanda erit ex variis circumstantiis facti, vt si cornua foribus alicuius appendantur: loci si publicè, frequenti hominum cætu, præsente Prætore, aut Magistratu, in Ecclesia: personæ tum iniuriam facientis tum patientis, vti explicant Menoch. *de arbitrar. casu* 263. & Gutier. *consilio* 24. *n.* 18. eodē referunt aliqui cum Ferdinād. à Castro *punct.* 31. *citato*, §. 1. *n.* 3. conuitium grauiter infamans publicè illatum, quamuis absenti, quoties ex illo eadem sequitur infamia, siue sæpius, siue semel tantùm impactum fuerit; addit & donatarium ingratum censeri quoties nulla boni communis, aut priuati causa cogēte donatorem accusat de crimine, ob quod pœna capitali, aut bonorū mulctatione, vel exilio, aut denique infamia plectendus erit. Imò si in simili causâ sponte, & non coactus testis, vel procurator aduersus donatorem partes susceperit.

Secunda causa est, si donatori impias manus per semet; vel per alium intulerit. Basilic. *χεῖρας ἐπιβάλῃ*. Harmenop. *χεῖρας ἀδίκους*. Satisque fuerit si ita te percusserit, vt sufficiat ad incurrendam excommunicationem, si Clericus fores, aut si te violenter in fugam compulerit, aut carcere detinuerit, vt existimat Ferdinand. §. *citato*.

Tertia causa ingratitudinis, si graue damnum bonis & fortunis donantis attulerit. Basilic. habent *ζημίαν μεγίστην*. Harmenop. verò *ζημίαν μεγίστην προβολῆς ἐξ ἐπιβουλῆς*. Neque opus est vt te bonis omnibus spolier, satisque est si grauem iacturam afferat, quæ æstimanda erit iudicio prudentis: non debet verò tantùm huius damni causa posita fuisse, nisi damnum ipsum fuerit subsequutum, quod obseruat Molina *cit. disp.* 281. atque ex verbis ipsius constutionis sibi colligere videtur.

Quarta causa si insidias struxerit vitæ donatoris, eique periculum crearit. Basilic. *εἰς τὴν ζωὴν ἐπιβουλεύσῃ*. Quare licet mater quæ liberis donauit, si ad secundas nuptias migrauit, non possit reuocare donationem propter ingratitudinem; in tribus tamen causis iam enumeratis id illi indulsit Iustin. *l. 7. C. de reuocand. donat.* Si filius eius vitæ fuerit insidiatus, aut illi impias manus intulerit, vel fortunis omnibus exuere conatus fuerit.

Quinta denique, si conditiones donationi appositas non seruarit, est enim vti aduertit Gutier. *de iuram. 1. part. cap.* 10. *n.* 12. ingratitudo quædam cùm donatarius accepti beneficij immemor conditiones à donante præscriptas, & à se acceptatas contemnit.

His causis addunt alij alias quibus æquè poterit ex ingratitudine reuocari donatio, vt adulterium cum vxore donantis, aut stuprum cum eius filia: verùm in iis continetur grauissima iniuria donatori illata, atque ad primam causam meritò reuocatur. Less. *cap. 8. cit. n.* 104. addit, denegata alimenta donanti grauissima laboranti inopia; sapienter tamen negat Molina *dict. disp.* 281. *n.* 8. Rebell. *lib.* 18. *cit. q. 9. n.* 9. & Layman. *lib. 3. tract. 4. cap.* 12. ex vllis aliis causis reuocationem donationis permitti ab Imperatore, eius siquidem verba perspicua sunt: *Ex his tantummodo causis*, inquit, *si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbata, donationes in eos factas euerti concedimus.* Vbi vides Imperatorem omnes alias causas reiicere: & cùm lex ista odiosa & pœnalis sit, non licet eam ad alias causas extendere ex sola paritate rationis. Causa tamen denegatorum alimentorum vbi facta fuerat donatio vniuersalis omnium bonorum, sufficier ad reuocandam donationem ex vsu fori potiùs, quàm ex certa lege, aut constanti Iure.

In his igitur omnibus causis poterit donator rem suam repetere, licèt promiserit se non repeniturū ingratitudinis causâ; quia cùm ea renũciatio iuris reuocādi donationē, præbeat occasionem delinquēdi, nulla est, & à iure reprobatur. Ita Tiraq. *in l. si vnquam, in præfat. n.* 104. Molin. Rebell. & alij mox afferendi. Si verò donator iurauerit se non reuocaturum donationem etiam ingratitudis causâ, existimāt illum suo iuramento promissorio teneri, Molina, & Less. Layman. & Gutier. nuper adducti, quia iuramētum illud poterit sine peccato seruari, licet enim rem donatam ab ingrato donatario non repetere, & donationem illi factam non rescindere: verius tamē existimo cum Ferdinand. à Castro *punct. cit.* §. 2. *n.* 5. nullam esse illius iuramenti obligationē. Cùm enim ex ipsismet aduersariis idcirco promissio non iurata numquam reuocandi donationē, etiam ob ingratitudinem donatarij, nulla sit; quia præbet occasionem delinquendi; iuramentum illi promissioni appositū, nullum etiam erit, cùm cadat primò & per se atque immediatè in rē quæ præbet occasionē delinquēdi, quam occasionem iuramentum ipsi adueniens non tollit, imò potius auget, si enim donatarius occasionem committendæ alicuius ingratitudinis aduersus donatorē sumit ex promissione sibi facta ab ipso donatore de non reuocanda donatione ob quãcumque ingratitudinem aduersus se admissam, multo magis eam occasionem sumet ex promissione iurata, quàm ex non iurata, & simplici nō reuocandi; ac proinde nulla est eiusmodi promissio siue iurata, siue nō iurata fuerit, sicuti nullum est iuramētum factū alicui de non exigēda ab eo pœna, si deliquerit, aut curatori, tutori, aliiue administratori, quod nō teneatur de dolo, aut furto, quia quidquid promittitur, quod causam delicto præbet, nullum est, licèt post delictum promissum validū esse possit; & quamuis fas sit dolum, furtum, malam administrationem, & ingratitudinem, vbi commissa sunt, cōdonare, & res sublatas, deperditas, aut donatas non repetere, non tamen an-

tequam sublatæ, aut donatæ sunt ad illas non repetẽdas quocũque admisso crimine se obligare. Quidquid verò sit de hac quæstione, si communiorem sententiam vti per me licet, amplectaris, facilis erit relaxatio huius iuramenti, neque negari debebit.

5 Non tenebitur verò donatarius ingratus ante sententiam, ad pœnam illam subeũdam, & rem donatam restituendam, neque ad fructus perceptos, nisi à lite cõtestata; quia eos percepit ex re verè sua, quãdiu ipsius donatio non fuit efficaciter reuocata; poterit tamẽ rem nondum traditam retinere, atque si à querela coram Iudice per iniuriam prohibeatur, sibi consulere per occultam compensationem, quod docet Less. *lib. 2. cap. 18. num. 106.*

Debet præterea donator dum viuit reuocare donationem; quia eius hæredes id non poterunt nisi doceant ipsum idem voluisse, neque tamẽ potuisse, vel ingratitudinem donatarij ignorasse; quod idem quoque dicẽdum est de donatario, post cuius obitum rem illi donatam repetere non potest donator, nisi doceat se dum pararet eam repetitionem, & ingratitudinis querelam, eius morte fuisse prohibitũ. Actio porrò ingrati nulla Romæ fuit, nisi aduersus libertos ex *l. Ælia Sentia, l. 70. D. de verber. sign. C. de liber. & eorum lib.*

6 Altera causa eaque communissima reuocandi donationem alicui factã est natiuitas liberorũ, quibus carebat donator quãdo donauit: nam *l. si vnquam* 8. *C. de reuocand. donat.* ait donationem à patrono liberos non habente in libertum collatam, adnascentibus ei postea liberis in totum reuocari, cuius legis æquitas ex paterna in filios pietate ducitur. Neque enim existimandum est patrem, qui liberos non habebat bona sua donaturũ extraneo fuisse, si se deinceps liberos suscepturum sperasset. Quare eiusmodi donationi ea videtur inesse tacita conditio, *Si posthac liberos non suscepero*, aut alia æquiualens. Ea igitur conditione defecta cõpetet naturalis condictio, causâ dati nõ sequuta: ex quibus solues vulgatã illã quæstionẽ vtrum Constantius hac sua constitutione nouũ ius induxerit, an verò ius antiquũ, & cõmune confirmarit duntaxat, aut declararit, quod postremũ suadere videtur, vt dixi, naturalis æquitas, & pietas paterna, quæ postulat vt eiusmodi donationi tacita conditio, *Si non nascantur postea liberi*: insit, ideoque defecta conditione donatio ex sese, siue ex natura sua nulla prorsus existit, neque indiget adminiculo legis, nisi vt in foro externo vel ipse donator, vel filius illi adnatus, donationis illius nullitatẽ prosequi possit, aut vt ius naturale explicetur, & promulgetur. Nouum nihilominus ius à Constantio constitui hac lege existimauit Hotman. in scholiis ad hãc legem, & *lib. 12. obseru. c. 11.* atque eleganter Ant. Fab. *lib. 7. coniect. c. 14.* quia ius antiquum, si quod erat, non reuocabat totam donationẽ per quã liberi superstites hæreditate donatoris fraudabãtur, sed eatenus tantũ quatenus liberorum legitimã lædebat *l. Titia* 87. *§. Imperat. D. de legat.* 2. & nos dicemus inferius. At verò noua constitutio Constantij totam donationem rescindit. Deinde quia id statuit nõ solùm in omniũ bonorũ donatione, sed etiã cuiuscumq; partis, quod durũ omnino est, & vix in omni eiusmodi donatione seruari posset, vti amplius modo constabit. Denique ipsamet constitutionis verba quæ futurũ tẽpus disertè exprimunt, significãt priùs ius illud nõ fuisse obseruatũ, quod post hoc iubet obseruari. Mihi tota illa controuersia videtur esse de nomine. Ratio quidem sanciendæ huius legis est æquitas naturalis, & paterna pietas in liberos, quæ postulat ne eiusmodi donationes sint irreuocabiles, & cum tã graui nascentium liberorũ iniuria ac damno cõtra ipsiusmet donantis animũ, perseuerent, qui nunquã extraneũ liberis suis præferri voluisset, si de illis futuris cogitasset: nunquã tamen certa & communi lege talium donationũ reuocabilitas constituta erat, & liberorũ dãno satis per querelã inofficiosæ donationis, de qua post paulò disputabimus, prouisum fuerat. Et sanè quoad reuocabilitatem totius donationis, id negari nequit, sufficiebat enim paternæ pietati, & æquitati naturali, si reuocaretur donatio quoad legitimã cõpetentẽ liberis post donationẽ natis, cùm tamen totũ donatũ reuerti ad donantẽ in hoc casu velit Imperator. Deinde quia ea reuocabilitas donationis superuenientibus liberis erit tantùm ex præsũpta volũtate patris, non aliter, quàm cũ tacita cõditione nõ futurorũ liberorũ sua bona donantis, poteratque aliquando præsumptio esse in contrarium, voluisseque patrem certas ob causas extraneum præferre liberis suis, ad summũ relicta ipsis legitima cõpetente: sanciuit autẽ Imperator perpetua, & constanti lege vt eiusmodi donatio facta à parente non habente liberos, illis deinde nascentibus tota reuocaretur, & res donata ad donantem tota & non ex parte solùm, aut secundùm legitimam liberis competentem reuerteretur, quod ius nouum omninò erat.

Quæstio tamen non leuis est an hæc constitutio, 7
quæ de sola donatione quã patronus liberto suo facit, loquitur, ad illas tãtùm personas restringẽda sit, an ex identitate rationis sumptæ ex pietate paterna ad alias omnes extendẽda, atque ita vniuersaliter de omnibus patribus extraneo donantibus, & liberis tunc carentibus, qui posteà tamẽ nascũtur, intelligẽda sit. Primum illud noluit Anton. Fab. Hotman. & alij plures relati à Tiraquello & Cuiacio; quia constitutiones quæ ius nouũ inducunt, strictiùs sunt interpretandæ, & intra suos terminos coërcendæ, *l. sancimus 27. C. de testam. l. præcipimus 32. C. de appellat.* Ista igitur lex cùm nouũ ius condat circa patronos & libertos, ad alias personas amplianda non est. Et sanè ipsi quoq; Græci solis patroni, & liberti nominibus eam conceperunt *ἐὰν πάτρων τῷ ἀπελευθέρῳ χαρίσηται πάντα πράγματα*. Et maximè quia iure illo veteri neglecta non erat, vt monui, liberorũ ratio, cùm iis prospectum fuisset *l. Titia 87. 6. Imperator. D de legat. 2. & l. 1. & passim C. de inofficios. donat.* Immò cùm ipsa naturalis pietas quæ vniuersam parentum hæreditatem liberis attributam vellet, per Ius Ciuile ad quadrantem restricta fuerit, *l. vlt. D. de bonis damnat.* atque adeo voluerit liberos hæreditatis parte esse contentos, si ita parenti placuisset, non est quod existimemus idem ius voluisse omnes donationes factas à parentibus ante liberorum natiuitatem, reuocabiles esse, nisi in certo casu id expresserit ex peculiari quadam ratione, vt in isto de donatione facta à patrono suo liberto, æquum enim omnino fuit eiusmodi donationem nascentibus liberis annullari, cùm tantùm debere libertos patronis propter insigne beneficium manumissionis veteres existimarint, vt etiam voluerint ex l. 12. tabulat. libertorum intestatorum hæreditatem ad liberos patronorum pertinere, legatorum autem dimidiam *ex §. 1. instit. de success. liber. l. 22. D. de obseq. parent. & patron. l. 2. l. 4. §. 2. l. 5. D. de bon. libert. §. 3. inst. de bonor. possess. l. pen. in fin. D. de statu hom.* Immò liberti non modo patronis, sed eorum etiam liberis egentibus tum suas operas, tum alimenta præstare tenebantur, *l. libertus 41. D. de oper. libert. l. si quis 5. §. solent. & seq. D. de agnosc. liber.* Quid igitur mirum si Constantius voluerit donationem a Patrono carente liberis in libertum collatam, nullam esse,

&

& rem donatam ad patronum reuerti si illi liberi nascantur, quandoquidem illi liberi partem hæreditatis liberti participare iure debebant, atque si intestatus decederet, totam acquirerent, & si egerent ab illo alimenta capere deberent. Iamque ipsius Constantij pater Constantinus constituerat *l. fratres* 27. *C. de inofficios. donation.* vt testamentum fratris, qui libertum suum non benè merentem, nec maximis erga patronum suum beneficiis vsum, hærede fratre præterito instituisset, per inofficiosi querelam in totum rescinderetur. Cùm igitur babeamus peculiarem rationem propter quam donatio à patrono in libertum collata reuocetur nascentibus liberis, ea constitutio ad omnes alias donationes à quibuscumque personis, & in quascumque collatas extendi non debet, ita vt quoties donatori liberis orbo nascentur liberi, donatio irritetur; maximè cùm donatio fuerit solemnis actus & legitimus, qui sola leuitate voluntatis rescindi non debet. An amabò si libertus liberis carens bona sua patrono donasset, susceptis deinde liberis donationem rescindere posset? Cur enim illud in sua lege non constituit Constantius, sed de sola donatione patroni in libertum collata egit? Cur non patroni & liberti causam in hac donatione reciprocam fecit; cùm in vtroque valeat eadem ratio paternæ pietatis aduersus liberos, cui sapienter prouisum fuerat per querelam inofficiosæ donationis.

Non placet nihilominus discedere à communi sententia quam tradunt Tiraquell. in *l. si vnquam, verb. libertis.* Cuiac. *lib.* 20. *obseruat. capit.* 5. Cooarru. *lib.* 1. *variar. cap.* 19. *num.* 12. Fachinæ. *lib.* 3. *controuers. cap.* 85. & cæteri deinceps, propter identitatem rationis in donatione patroni liberis carentis facta liberto, & donatione cuicumque alteri collata; sitque firma illa & naturalis præsumptio donatorem illum non voluisse nascentibus sibi liberis, cum eorum damnò donationem suam firmam manere, atque extraneos suis frui fortunis, dum proprij liberi frustrantur, & egent, minima parte hæreditatis per querelam inofficiosæ donationis recuperata, quod totum de coniectura pietatis, qua vtimur hoc loco, confirmatur ex Papiniano, qui in *l. auus* 121. *D. de condit. & demonstrat.* respondit defecisse videri conditionem fideicommissi, quod auus nepoti reddi reliquerat si intra trigesimum ætatis annum morietur, cùm nepos ille grauatus relictis liberis intra eam ætatem decessisset. *Coniectura*, inquit, *pietatis, & quod minus scriptum quàm dictum fuerat Inueniretur.* Cuius responsi æquitatem subtilitatemque suspexit Iustinian. & in *l. accuratissimi, C. de fideicomm.* idem generaliter constituit, quoties aliquis ex descendentibus alteri hæreditatem post obitum suum restituere rogatus proponatur, additque Imperator, *Ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere.* Quæ sanè ratio in donationibus de quibus agimus, potior est: Nam si coniectura pietatis fecit, vt Papinianus existimaret non videri auum rogasse nepotem de restituenda hæreditate in eum casum, quo nepoti adnascerentur liberi, eo quod pietas suadeat liberis potius quam patruo hæreditatem nepotis relinqui debere, neque credendus sit auus pro nepote consilium suscepisse, quòd ipse nepos non nisi impiè captiuus esset: quamò congruentiùs dicemus patrem voluisse extraneis potiùs quàm propriis liberis sua bona donasse, & hæreditatem quam non solum ex communi voto parentum, sed etiam piè relinquere debuerat, *l.* 2. *l. nam & si* 15. *D. de inoffic. testam.* Quamuis autem plurima obiiciat Anton. Fab. *cap.* 14. *citato* ex discrimine fideicommissi, & donationis, quæ si absoluta est, irreuocabilis est, licèt fateamur aliquod esse discrimen, negamus tamen hanc donationẽ, de qua loquimur, ita absolutã esse, vt nullam habeat tacitã conditionẽ inclusam, vti diximus, quã ex coniectura pietatis paternæ colligunt DD. itaque eiusmodi donationem interpretati sunt Gallicani Senatus.

Confirmatur secundo, quia nouũ non est plerasq; alienationes propter causã ex postfacto contingentem rescindi, veluti manumissiones testamentarias, per quas ius patroni fraudatur, quamuis solo euentu ac sine consilio malo fraudatus sit *l.* 1. *& vlt. C. qui manumitt. non poss. l.* 4. *§. si quis autẽ. D. de fideicom. libert.* Idẽ de tacitis fideicõmissis traditur, vt non cõsiliũ, sed exitus spectetur *l.* 3. *§. quaniam autem D. de iure fisci.* Atque vt aliquid quod propius absit à nostro casu afferamus, solemne est in iure ea quæ gesta sunt propter liberorum post natorum agnationem rescindi, & liberorum causam fauorabilem esse, vti constat ex iis quæ dicuntur de eo, cui quædam in liberorum tempus relinquuntur *l. is cui* 18. *D. quando dies legat. ced. l.* 4. *C. eodem l. sed & si* 20. *D. ad Trebell. l. solemnis* 9. *l. si vir* 61. & *l. seq. D. de condit. & demonstrat.* Hinc etiam dos quam pater arbitratu tutorum dari iussit, pro numero liberorum taxatur *l. si filia* 43. *D. de legat.* 3. Liberti quoque obligatio de operis patrono præstandis, per posthumi, hoc est, posterius nati agnationem dissoluitur, *l. qui libertus* 37. *D. de operis libert.* Testamentum per posthumi agnationem rumpitur *l.* 1. *D. de iniust. rup. testam.* Quid igitur mirum si nascentibus liberis donatio ab eo, qui illis carebat facta rescindatur, cùm vbique causa liberorum fauorabilis censeatur, illisque potius quàm extraneis prospicere velit pater, ac non nisi eorum defectu sua extraneis donare. Quare tandem Hotman & alij concedunt donationem falso errore, falsaque liberorum procreandorum desperatione factam, superuenientibus liberis rescindi, concedendamque esse naturalem conditionem causa dati non sequuta, idque naturalem æquitatem postulare, quia errantis nulla est voluntas, & nihil magis contrarium consensui quam error *l.* 116. *D. de regul. iur. l. si per errorem* 15. *D. de iurisdict.* Hoc indebitum per errorem solutum à S. C. inde soluti condici potest, *l. cuius* 53. *D. de reg. iur.* Et sanè in ea donatione tacita conditio inesse censetur, si liberos non habuero, atque adeò defecta conditione, nulla est donatio sub illa facta; si quis verò vel de liberis non cogitans, vel liberos non habens sua tamẽ externo bona donaret, nascentibus deinde liberis agendũ foret querela inofficiosæ donationis, quæ proinde rescindenda foret, quatenus portio liberis debita delibata esset, vti dicemus inferiùs, quia salua liberorum portione iniquum foret non esse liberã hominibus liberis rerum suarũ alienationẽ: verùm de hoc postremo casu statim; sufficiat nobis ius perpetuò præsumere donatorẽ orbũ liberis non donare sua bona, nisi quia liberis caret, & velle illi res donatas reddi si deinde nascantur, ac proinde totã illã donationẽ rescindi. Eaque sine dubio praxis iam diu obtinuit, etiam apud Barbaros. Nam Longobardorum *tit. de exhæredatione*, lex ista fuit. *Si quis propter senectutem, aut etiam infirmitatem se desperauerit filios non posse habere, & res suas alij thingauerit, posteáque eum contigerit filios legititimos procreare, omne thinx, quod priùs fuerat, rumpatur, & filij legitimi aut plures qui posteà nati fuerint,*

hæredes in omnibus patri ſuccedant. Eſt verò Longobardis thina donatio, & thingare, donare.

8 Es hac communiſſima ſeotentia ſequitur donationem, de qua diſputamus, ſuperuenientibus liberis ipſo iure abſque vlla Iudicis declaratione nullam eſſe, quia donatio facta fuerat cum tacita conditione ſi filij non naſcaotur, igitur illis naſcentibus donatio ceſſat. Ex *l. ſi vnquam*, apertè ait: *Totum quidquid largitum fuerit reuertatur in eiuſdem donatoris arbitrio ac donatione manſurum.* Itaque cenſent Couarru. *lib.1. variar. cap.19. num.1.* & 2. Molin. *tract.2. diſp.*281. & Ferdinand. à Caſtro *diſp.2. de iuſt. punct.29. §.1. num.5.* qui volunt donatarium obligari reſtituere donatori totum donatum poſt natiuitatem filij, quia ius ad illud donatum nullum amplius habet: placet tamen quod addit Leſſi. *lib.2. cap.*18. *num.*111. donatarium rem ſibi donatam retinere poſſe donec à donatore repetatur; ex præſumpta ſcilicet illius voluntate, neque etiam improbarim quod ait Lugo *diſp.23. de iuſtit. num.*182. ordinariè donatorem velle duntaxat, vt liberis ſibi naſcentibus vel ipſemet, vel eius liberi habeant poteſtatem donationem reuocandi, non verò vt illa ſit ipſo iure irrita, ſicut donatio per ingratitudinem donatarij non ſit ipſo iure nulla, ſed duntaxat reuocabilis à donatore. Et ſanè hæc reuocabilitas donationis ſufficit ad amoliendum omne damnum quod ea ea liberis impenderet. Quare cùm donator ſit maximè affectus erga donatarium, neque vllum ei præferat, niſi futuros liberos, non vult donatarium re donata priuare, niſi intuitu liberorum, vult itaque eam ratam eſſe quoties abſque liberorum præiudicio, talis eſſe poterit; quare quamdiu donator liberis natis ſuam donationem non reuocabit, donatarius illam ſeruabit.

9 Hinc ſoluitur altera illa quæſtio an reſciſſa per natiuitatem liberorum donatio, ipſorum deinde morte, viuo adhuc donatore conualeſcat, cùm ceſſet omnis cauſa propter quam reuocata fuerat. Itaque plures affirmant apud Rebell. *1. part. de obligat. iuſtit. lib.18. q.10. n.1.* Negant verò Silu. *verb. donatio 1. n.2.* Fachinæ. *lib.3. controuerſ. cap.90.* Ferdinand. à Caſtro *diſp.1. de iuſt. punct.29. §.5.* quia res ſemel extincta numquam reuiuiſcit; quod tamen ita explicant alij, vt ſi donator decedentibus liberis, quorum natiuitate prior donatio interierat, rem donatam non repetat, neque donationem reuocet, eo ipſo donationem confirmare cenſeatur, ac proinde donatarium ex noua illa quodammodo donatione ius nouum acquirere, neque poſſe deinde ab hæredibus donatoris moleſtiam pati, cùm donatio facta, quæ videbatur natiuitate liberorum extincta, illis decedentibus ante donatorem, ſi donator eam donationem non reuocauit, vti pro iure ſuo poterat, confirmata fuerit. Et ſanè cùm in ea donatione donator cæteris omnibus; præterquam liberis ſuis præferre voluerit donatarium, mirum non eſt, ſi cùm naſcentibus ſibi liberis donationem non reuocauerit; dicamus iam mortuis illis liberis voluiſſe ſuum donatarium retinere rem ſibi donatam; quam non repetiit, & perſtare donationem, quam irritare poterat, ſi voluiſſet, in natiuitate liberorum. Ita Anton. Gomez. *tom.1. de donation. cap.2. numer.*12. Molin. *tract.2. diſp.*282. & alij. Imò Lugo *loc. cit.* exiſtimat donatorem qui donationem natis ſibi liberis non reuocauit, vti poterat, mortuis deinde illis non poſſe amplius illam reuocare, quia ita initio donauit vt voluerit ſuam donationem ſola natiuitate liberorum reſcindi, & donatarium rem donatam habere, niſi intuitu liberorum & ad vitandum ipſorum præiudicium priuandus ea eſſet, eoque ceſſante præiudicio donationem ſubſiſtere intendit. Atqui mortuis iam liberis ceſſat omne illud præiudicium, cuius ſolius intuitu donationem potuerat reſcindere, & ſi modo illam reſcindat, non intuitu liberorum, quibus conſulere velit, ſed ob alium aliquem finem reſcindet, contra quàm intenderit, quando donationem fecit, quæ ſolam conditionem, ſi non præiudicet liberis naſcituris, includebat, non verò vllam aliam. Quare cùm conditio non deficiat, valida manet donatio, neque ad arbitrium donatoris modo reuocabilis eſt. Vnde vlteriùs infert idem de Lugo *numer.*184. donatorem qui filij natiuitatem ignorauit, ideóque donationem non reuocauit, non poſſe deinde ipſo mortuo illam reuocare; quia totum ius reuocandi, quod ſibi in ipſa donatione reſeruauerat, erat intuitu liberorum, ne illis noceret per eam donationem, quod nocumentum cùm morte filij ceſſarit, ceſſat quoque ius reuocationis. Quæ omnia ſapienter colligit de Lugo ex præſumpta donatoris voluntate, qui donatarium omnibus omninò præferre voluit, præterquam ſuis liberis, ſi qui naſcantur, quibus vnis ſua donatione nocere non vult, ideóque vbi illud nocumentum contigerit, ius reuocandi donationem non modo ſibi, ſed & liberis reſeruauit, ſecluſo verò eiuſmodi liberorum damno, neque ſibi, neque ſuis hæredibus poteſtatem reſcindendi talem donationē retinuit, ideóque ipſam reſcindere nequaquā poteſt. Quare firma & rata manet, ſi naſcentibus liberis reſciſſa non fuerit, ipſique mortui fuerint ante factam eiuſmodi reſciſſionem. Quod confirmatur ex *l. poſthumus 12. D. de iniuſt. rup. & irrit. teſtam. Poſthumus præteritus viuo teſtatore deceſſit, licet iuris ſcrupuloſitate nimiaque ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur; attamen ſi ſignatum fuerit teſtamentum, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere hæres ſcriptus poteſt.* Ibidem additur etiam ipſa legata valere. Quamuis igitur videatur pater inteſtatus deceſſiſſe, eo quod natiuitate filij ruptum fuiſſet teſtamentum, ex æquitate tamen Prætoria totum illud teſtamentum ſuſtinetur, non ob aliam certè cauſam, quam quia teſtator videtur in eadem voluntate perſeueraſſe, & valere ſuum teſtamentum velle omni ea ratione qua valere poterat. Quidni igitur dicamus donatorem, qui donationem filij natiuitate non reuocauit, eodem filio decedente velle eam valere; atque in hoc caſu potiùs quam in priore debet habere locum æquitas prætoria; quia naſcente filio præterito, ruptum erat teſtamentum, cùm naſcente filio poſt donationem, non ſit ipſo iure reſciſſa donatio, ſed ſolùm reſcindenda à donatore, qui cùm ipſam non reſciderit, manifeſtò oſtendit ſe velle eam ſubſiſtere, & valere qua meliori ratione valere poterit. Neque lex allata quoad priorem hunc caſum, intelligenda eſt ſecundùm poſteriorem in illa expreſſum, vti tamen contendit gloſſa. *Idem,* inquit Vlpian. *circa iniuſtum & irritum teſtamentū erit dicendum, ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre poteſt.* Non eſt inquam prior ille caſus de rupto teſtamento per natiuitatem filij præteriti, quod tamen eodem filio decedente viuo teſtatore ſuſtinetur, exigendus ad hunc poſteriorē; quaſi ſuſtineatur illud teſtamētū prius ruptū, eo duntaxat caſu, quo ſcriptus fuerit qui ab inteſtato fuerat ſucceſſurus. Et ſanè nullū tunc poſſet suboriri dubium quin ipſe ſucceſſurus eſſet, ſiue ex inteſtato, ſiue ex teſtamento, neque quidquam in hac lege in fauorem hæredis definiretur. Quare

non

non sunt duo illi casus eodem iure decidendi, cùm dissimiles sint, vel si placeat eum glossa ita erunt intelligenda verba relata, vt in illo testamento scriptus hæres succedere debeat, licèt alius qui ex intestato succedere debuisset, iam possessionem hæreditatis occupasset propter ruptum testamentum per natiuitatem filij, qui in eo prætetitus fuerat.

10 Dixeram donatorem sibi, & suis liberis adnascentibus retinere ius reuocandi donationem à se factam, dum liberis careret, ideóque quæritur an filius post donationem natus superstes donatori parenti, qui nunquam donationem reuocauit, possit illam ipse reuocare, & rem donatam repetere. Sanè videtur mihi pater donationem eam confirmasse. Quare eodem modo se habebit illa donatio, atque si facta fuisset natis iam liberis; tunc enim non rescindi posset à liberis adnascentibus, nisi per querelam inofficiosæ donationis, de qua statim. Si verò pater quia ignorauit filij natiuitatem non reuocauit donationem à se factam, id poterit filius patri superstes, & totam rem donatam reposcere; alioquio pater non consuluisset liberis nascituris, vti tamen consulere voluit, neque illis sua donatione nocere intendit, vti tamen omnino fecisset, si sibi tantùm, & non etiam nascituris liberis ius talem donationem irritandi retinuisset. Quin immò non modo hos liberos, sed eorum etiam hæredes reuocare posse eam donationem & succedere in ius liberorum existimauit de Lugo *numer.* 185. cùm enim ius istud liberi vendere potuerint, & circa illud vario modo contrahere, cur æquè ad suos hæredes idem ius transferre non valebunt. Addit idem Auctor *numer.* 187. hæredem extraneum donatoris, qui donationem illam non approbauit, neque confirmauit, licèt illam non reuocauit, posse reuocare eo casu, quin donator reuocare potuisset. Verùm videtur iste casus numquam contingere potuisse, & iste Doctor secum pugnare. Cum enim requirat vt donator neque tacitè neque expresè donationem approbauerit, vt ipsius hæres illam reuocare valeat, & eo ipso quod donator filij natiuitatem cognouerit, donationem non reuocauerit, illam approbasse, & confirmasse censeatur ex ipsomet De-lugo, donationem non reuocatam à donatore & hoc ipso confirmatam numquam eius hæres reuocare poterit.

Restant tres quæstiones. Prima de quorum filiorum natiuitate intelligenda sit *l. si vnquam*, quam ista disputatione versamus. Secunda, an de omni prorsus donatione capienda sit. Tertia, an huic iuri reuocandi donationem in istis casibus renuntiari possit à donante.

11 Prima quæstio est de filiis illegitimis, an eorum natiuitate reuocetur donatio facta à parente liberis orbo, quod passim omnes negant apud Molin. *sæpius citata disp.* 284. quia nomen liberorum ad illegitimos non extenditur in iure, maximè dum de fauore liberorum agitur, illisque lex contra ius commune, & vt loquuntur, exhorbitans, aliquid singulare concedit. Deinde cùm tota illa reuocabilitas oriatur ex præsumpta donatoris voluntate, qui liberis nascituris nocere noluerit, iure merito non præsumimus illum de illegitimis cogitasse. Tum quia illos absque peccato suscipere nó potuit. Neque sanè illorum inopia tantis curis subleuari solet à parentibus, qui ferè contenti sunt illis alimenta subministrare, & pluribus in locis vix illis donare possunt.

Tota itaque difficultas est an si legitimentur, donationem prius factam à parente rescindant, quod de legitimatis per subsequens matrimonium concesserim, illis enim æquè sollicitè prouidere solent parentes, atque si legitimi nati fuissent. Quare illos nolunt priuari paterna hæreditate, neque extraneos ipsis præponere solent; atque ita indicatum fuisse refert Commentator Louet. *lit. D. numer.* 32. vbi & plura alia in eam rem habet. Et sanè Iustiniano. *Nouell.* 18. per legitimationem ait acquiri ius regenerationis δίκαιον τῆς ἀναγεννήσεως, quibus Sanchez consentire videtur *lib. 7. de matrim. disp.* 105. disputans de filiis qui legitimantur per matrimonium, paulò ante mortem cum concubina initum, & excludunt substitutum testatori, si sine liberis decedat. An verò qui legitimantur à Principe idem iuris habeant, & possint reuocare donationem, negat Decius *consil.* 465. *numer.* 2. vbi Molinæ Verùm tota hæc quæstio fusiùs à nobis disputabitur in appendice de testamentis, vbi quæremus an filij legitimati succedant in omnia iura legitimorum.

Altera quæstio erit *an l. si inquam*, comprehendat omnem donationem.

Resp. difficultatem esse de donatione remuneratoria, & ob causam, quam non comprehendi hac lege volunt Gutier. *de iuram.* 1. *part. cap* 9. *numer.* 7. Molin. *tract.* 1. *disput.* 282. & alij passim; cum hac tamen distinctione, vt ea donatio sit liberalis omninò respectu donantis, & causa nondum sit executioni mandata; quia tunc est mera donatio & liberalitas, quamuis sit cum causa ratione donatarij, vt data puellæ ad illam collocandam; potest enim esse merè liberalis ratione dotantis, quamuis marito sit onerosa, quare si nondum fuerit data dos, nec puella nupta, poterit nascentibus liberis reuocari, quæ est etiam sententia de Lugo *numer.* 196. Placet quod affirmat Cuiac. *lib.* 20. *obseruat. cap.* 5. Fachinæ. *lib.* 3. *controuers. capit.* 89. & Ferdinand. *disp.* 2. *punct.* 29. §. 4. donationem etiam remuneratoriam, & ob causam ex donantis parte contineri ista lege, & reuocabilem esse; quia alioquin vix vllæ donationes essent reuocabiles, cùm ferè semper fiant ob aliquam gratitudinem, & aliquam causam etiam ex parte donantis; neque remuneratio excludit liberalitatem, nisi debita fuerit ex iustitia, vti monebamus art. 1. Denique ratio legis *si vnqnam* pugnat hoc loco, vult enim reuocabiles esse donationes, ne graue nocumentum liberis nascituris afferant; cùm autem in donatione remuneratoria & ob causam possit contingere illud præiudicium quod vnum cauere intendit *l. si vnquam*, illam profectò comprehendit, neque pietas paterna patitur se gratum exhibere cum graui liberorum damno: quod si ea remuneratio sit partim ex iustitia, partim ex liberalitate, quoad partem quæ attingit liberalitatem reuocabilis erit modo explicato, si notabilis sit. Vnico verbo dicendum est solam donationem donatario onerosam, & illius operarum aut meritorum compensatiuam excipi ab hac lege. An verò in donatione debeant exprimi illa seruitia singillatim, quæ compensantur, dubiæ quæstionis est; de qua Guido Pap. *quæst.* 95. Faber in suo Codice *lib.* 8. *tit.* 38. *definit.* 3. & alij apud Louet. *lit. D. n.* 52. qui omnes vulgò distinguunt inter eos, quibus donare prohibitum est, & eos quibus donare licèt, quia in primo casu exprimi debent singula illa merita, ne remunerationis prætextu donationes factæ fuerint contra leges: in secundo casu sufficiet in vniuersum meminisse meritorum, quæ ea donatione compensantur. Ita indicatum ait Louet. & Oliua *cap.* 7. *lib.* 4. *qq. forens.* Non tamen existimarim leues & modicas donationes, quæ & vulgò fieri so- 12

lent, & ad bonam administrationem familiæ pertinent, reuocabiles esse ex hac lege, sed eas solas quæ excessum aliquem habent attenta quantitate bonorum, & conditione donantis ac donatarij, aliisque circumstantiis, quas vir prudens expendet, vt de eius excessu, & præiudicio liberis deinde natis inferendo arbitretur. Ita Fachinæ. *lib.3. capit.*88. Couar. *lib.1. variar.cap.*19.*num.*13. Molina *tract.*2. *disp.*282. Tiraq. *in l. si vnquam, vers. omnia vel partem, num.*24 *&* 25. Ferdinand. *l. cit.* & alij. Immò Anton. Gomes. *tom.*2. *cap.*14. *num.*11. vult intelligi donationem solam dimidiæ partis bonorum, quia partis appellatione sine vlla taxatione, dimidia intelligitur in iure *l. nomen* 164. *D. de verbor. significat. l. si mihi* 49. *D. de vsufruct. l. vbi purè* 19. §. 1. *D. ad Trebellian.* Cùm tamen Imperator nominatim dixerit *aliquam partem*, non est quod eius verba ad dimidiam restringamus; & aliqua pars bonorum notabilis quantitatis donata reperi poterit adnascentibus liberis, modo nuper explicato. Quod enim Hotman. *aliquam partem*, de qualibet quantumuis exigua interpretatur, reiecimus modò, quia, vt ait ipse Hotman. iniquissimum esset decimæ aut duodecimæ partis donationem in hominem meritum collatam, propter vnius filij agnationem reuocari. Vnde infert hac lege constitui ius nouum à Constantio in gratiam patronorum, & iis specialiter priuilegium hoc tribui, quod ad alias cæterorum donationes per ampliationem trahi non debeat, quod nos ex communi sententia nuper reiecimus.

Quæritur denique an donans renuntiare possit iuri reuocandi donationem adnascentibus liberis, maximè si iuramento confirmet promissionem non reuocandi, etiam nascentibus deinde liberis. Ratio difficultatis est, quia lex ista videtur fauere liberis, non donatori, qui proinde non potest iuri liberorum renuntiare. Omissis variis DD. sententiis, obserua reuocabilem esse hanc donationem duabus de causis. Prima; eaque præcipua in hac lege est, quia donans præsumitur aut de liberis non cogitasse, aut de illis aliquando suscipiendis desperasse, alioquin contra pietatem paternam sua bona non donasset. Secunda causa est præiudicium liberorum, quibus debetur portio legitima in bonis paternis. Hæc verò *l. si vnquam* videtur niti præsumptione illa paternæ pietatis, atque primò ipsum donatorem, deinde liberos spectasse, vnde vult bona donata reuerti ad ipsum donatorem, neque vllam facit eo loco mentionem liberorum. Et sanè si iam nati sint cùm pater donat, non possunt reuocare, nisi vsque ad legitimam. Cur igitur id poterunt si nascantur post donationem, vbi pater iuri eam reuocandi renuntiauit, tunc enim neque sibi, neque liberis ius rescindendi donationem, & donatum repetendi, retinuit.

His obseruatis dicendum est patrem qui de filiis cogitans donauit, promisitque se donationem illam, etiam nascentibus liberis non reuocaturum, non posse illam amplius reuocare, tunc enim non vult bona donata ad se aut liberos suos reuerti, & conditio illa quam in eiusmodi donatione tacitè includi dicebamus, *si non nascantur liberi*, nulla reuerà est, ac proinde ea defecta non inualidatur donatio, sed firma manet. Ita Cuiac. *lib.*20. *obseruat. cap.*5. Fachinæ. *lib.*3. *controuers. capit.*84. Delugo & alij, qui dicunt donatorem posse renuntiare beneficio donationis reuocandæ in euentum liberorum, quatenùs sua interest; non potest tamen in præiudicium liberorum, neque impedire quominus illi per querelam inofficiosæ donationis illam reuocari obtineant vsque ad terminos suæ legitimæ portionis; est verò magnum discrimen inter istas duas reuocationes; nam illa quæ fit propter præsumptam voluntatem donantis, nolentis illam esse firmam in liberorum euentum, ipsa natiuitate contingit, viuenteque patre, denique ipso iure, vti diximus. Hæc verò quæ ob præiudicium liberorum fit, tantùm mortuo patre per querelam inofficiosæ donationis, de qua mox. Quod verò promissio non reuocandi donationem fuerit confirmata iuramento, addit duntaxat maiorem obligationem promissioni illi, quæ si obligat, obligabit quoque iuramentum. Si verò non obligabit, quia nulla & contra legem prohibentem facta est, non obligabit iuramentum, quod sequitur naturam actus, cui adiicitur, & non potest esse vinculum iniquitatis, vti esset in illo casu, quæ omnia constant ex disputatis *cap.*4. *art. de iuramento confirmatorio contractus.*

Tertia causa reuocandæ donationis est querela inofficiosæ donationis, quia nimirum facta est contra officium pietatis debitum liberis, aliisque legitimis hæredibus; quia liberi debito bonorum subsidio, id est legitima sua excluduntur. Itaque actio aduersus eiusmodi donationem instituta est, quæ querela inofficiosæ donationis appellatur, ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti, quale est illud in quo officij religio violata est, vt pietas erga parentes, aut charitas erga liberos. Sæpius enim parentes vt eluderent querelam inofficiosi testamenti plura quibusdam liberis, aut extraneis donabant, indeque fiebat vt cæteri liberi exigua portione contenti esse cogerentur, cùm neque pater posset testari de iis, quæ iam aliis donauerat, neque liberi querelam inofficiosi instituere; quandoquidem pater eas quæ ipsi restabant facultates, in liberos ex lege diuiserat. Hanc fraudem iure merito suis constitutionibus amoliti sunt Imperatores, & querelam inofficiosæ donationis permiserunt, vbi querela inofficiosi testamenti institui non poterat, & fraudem à parente per priorem donationem cõmissam vlti sunt, neque est quod de æquitate harum constitutionum ambigamus, non enim ferendum est parentes liberorum, quibus non tam benè velint, innocentiam defraudare, atque auferre naturale debitum liberis, tanquam naturæ veris, genuinisque creditoribus; sapienter enim Procop. *lib.*1. *de bello Persico, Naturâ liberis bona parentum debentur, & leges cùm inter se semper diuersa sint, pugnentque inter homines, in hoc tamen & inter Romanos & inter omnes Barbaros conueniunt, & consentientes inter se, dominos declarant liberos paternæ hæreditatis.* Et Aristot. *lib.*5. *politic. cap.*8. scribit hæreditates deferendas esse οὐ κατὰ δόσιν, ἀλλὰ κατὰ γένος, non per donationẽ, sed per genus ac sanguinem; aliqui enim parentes siue infenso in liberos animo, siue quopiam alio affectu qui priùs videri posset, omnia sua donant externis & consanguineos infœlices in perpetuis ærumnis, atque rei familiaris angustiis deserunt, atque ita pietatem violant, dum illam maximè se colere existimant. Quare Senatus constanter hanc non satis prudentem pietatem perpetuò coërcuit, & non modo ad legitimam vsque restrinxit, sed etiam totum eiusmodi testamentum irritauit, quod ostendit Mornac. *in l.* 1. *C. de inofficios. donation.* & ad *l. Papinianus*, §. *si Imperator, D. de inoff. testament.* quæ aliaque similia afferemus in appendice de testam. sufficit impræsentiarum instituto nostro querelam inofficiosæ donationis inductam esse ad similitudinem 14

querelæ

querelæ inofficiosi, vbi illa locum habere non poterat. Quare duæ illæ querelæ in multis conueniunt, in aliis tamen differunt, vti fusiùs prosequitur Molinæ. *in l. si totas, C. de inoffic. donation. à numer.* 1. *ad* 12. & *in tractatu analytico, de inoff. testamentis donat. & dotib. à numer.* 1. Præcipium illudque vulgare discrimen est, quod per inofficiosi querelam fiat totius testamenti rescissio, vbi autem de inofficiosa donatione agitur detrahendum tantummodo est vnde impleatur legitima, siue vt passim loquuntur reuocatur donatio vsque ad legitimam *l. pen. C. de inoff. donation.* & *Nouell.* 92. Quare expendendum tibi erit, quam ex istis duabus querelam instituere velis; vtrique enim aliquando locus esse potest.

15 Et quidem quando agitur de donatione excessiua facta alicui ex liberis, & consanguineis, eam vsque ad legitimam solùm reuocari per hanc querelam passim omnes conueniunt, de donatione verò facta extraneis dubium est an tota reuocanda sit, an verò quatenus legitimam liberis debitam excedit: plurimi enim, si animo defraudandi liberos facta fuerit, totam reuocari censent, primò quia in *l. si libertus 6. §. vltim. D. de iure patronat.* alienatio facta in fraudem patroni nulla esse dicitur, at verò causa liberorum fauorabilior multò est. Secundo *l. Titia 87. §. Imperator, D. de legatis* 2. vbi Alexander Augustus Claudiano Iuliano sic rescribit: *Si liquet tibi Iuliane charissime, Auum interueniendæ inofficiosæ querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem actis exinanisse; ratio deposcit id quod donatum est pro dimidia parte reuocari.* Vbi nomine dimidiæ partis integra donatio videtur intelligi, quia in themate illius rescripti erant duo nepotes, quorum vnus donatarius auiæ erat, alter reuocationem petebat, nempe pro integra parte sibi competente, atque ita tota donatio reuocabatur, quia dimidia parte detracta, donatarius id solum habebat, quod sibi absque ea donatione competebat, quare post querelam inofficiosæ donationis nihil sibi retinuit vi solius prioris donationis, quod verius multò erit in donatione facta extraneo.

Communis tamen sententia est, non reuocari inofficiosam donationem, nisi vsque ad legitimam liberis debitam. Ita glossa in *l. 1. C. de inoffic. donat.* Couuar. *lib. 1. variar. cap. 19. num.* 12. Molina *tract.* 2. *disp.* 283. Lessius *lib. 2. cap. 18. numer.* 112. Fachinæ. *lib. 6. cap.* 84. & alij. Cùm enim reuocatio donationis odiosa sit, non est aut inducenda, aut extendenda absque expresso iure, quale nullum affertur. Immò habemus certum ius contrarium; nam *l. 1. C. de inoffic. donation.* agit de omnibus donationibus siue liberis siue extraneis factis, & tamen Philippus Imperator ait subueniendum esse liberis, vtpote querelam non habentibus, neque distinguit inter donationem factam liberis, & factam extraneis, vultque duntaxat debitum subsidium bonorum reuocata donatione tribui liberis querentibus. Deinde *l. 2.* & *l. si totas 5.* & *l. si nequeat 8. C. de inoffic. donationib.* hanc reuocationem ad legitimam duntaxat faciendam docent; quamuis enim de donatione facta alicui ex liberis, & non externis, loquantur, eadem tamen est vtrobique ratio. Nam sicut imprudens & contra pietatem debitam liberis censetur donatio facta externis, cum liberorum graui dispendio, qui nequidem legibus sibi vindicatam bonorum paternorum partem percipiant, ideoque eam donationem castigari volunt Imperatores, atque certis coërceri finibus. Ita inconsideratè quoque agere censetur, & contra pietatis officium, qui vni liberorum cum tanto excessu donat: *Impetum immensæ liberalitatis, quo pater omne patrimonium in filium effudit*, appellat *l. 2. C. de inoffic. donation.* nominatque Basil. Epistol. ad Gregor. Nazianz. ἔρωτα δυςέρωτα: Gallicè dicimus *Vn amour desreglé.* Nam affectus naturalis στοργὴ φυσικὴ æqualem in singulos liberos propensionem postulare videtur, vt illis ex æquo sua bona partiantur, *l. vt liberis 17. C. de collationib.* docetque Dio *lib.* 52. ἰσογονία ἰσομοιρίας ὀρέγνυται, καὶ τυχοῦσα μὲν αὐτῆς χαίρει διαμαρτοῦσα δὲ ἄχθεται: æqualitas generationis æqualem bonorum partem desiderat. Si enim contigerit, gaudet: si frustretur ægrè fert, vbi & plura alia habet. Vide *declam.* 40. & 41. Libanij de duobus fratribus, quorũ vnus minimè passus est alterum exheredari, licèt tota hereditas sibi obueniret. Neque dicas mirũ videri externũ præferri liberis, nã & Isocrates ad Demonicum, amicos cognatis præfert, τοῖς τῷ γένει προσήκουσιν: & Eurip. *in Oreste*, innumeris consanguineis amicus melior κυρίων κρείττων ὁμαίμων φίλος. Quare ex eo capite non debet donatio facta externis per querelam inofficiosæ tota reuocari, & facta vni liberorum ad legitimam duntaxat, nisi ius expressum habeamus. Quinimmò inæqualitas est odiosior inter fratres, quàm inter extraneos. Inde enim inuidia & inter fratres occisio altercationis, *vt ait l. cum oportet 6. §. sin autem, C. de bonis quæ liberis.* Malè verò affertur *l. Titia Seio. §. Imperator. D. de legat.* 2. in ea enim Alexander Seuerus agit de donatione facta non extraneo, sed fratri; quare si quid probat donatio vniuersalis facta vni ex liberis, reuocanda erit in totum, & non solum ad legitimam per querelam inofficiosæ donationis. Sed de Alexandri mente plura *art. prox.*

Hactenus egimus de donatione inofficiosa: non verò de alienatione onerosa, ea enim à parentibus facta non reuocabitur per querelam inofficiosæ donationis à filiis querentibus Prætori oblatam. Ita Fachinæ. *lib. 6. capit.* 85. Laymao. *lib. 3. tract. 4. cap. 12. numer.* 18. Ferdinand. à Castro Palao *de instit. disp. 2. punct.* 30. §. 3. quia parentes quamdiu viuunt, domini sunt rerum suarum, illasque alienare atque de illis contractus celebrare possunt. *Iniquum est*, inquit, *Caius in l. non vsque adeo 2. D. si à parente quis fuerit manumiss. ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.* Deinde æs alienum ante legitimam deducendum est *l. Papinianus 8. §. quarta, D. de inofficioso testament.* Cùm itaque nulla lex huiusmodi venditiones, vel donationes rescindat, nulla est ratio propter quam nos eas reuocabiles facimus cum iniuria, & damno donatarij, cui liberaliter nihil donatum fuit, sed cum onere. Si tamen eiusmodi donationes vel remuneratoriæ, vel onerosæ fierent animo fraudandi liberos sua legitima, reuocabiles sine dubio forent, ad similitudinem eius alienationis, quæ fit in fraudem legitimæ debitæ filio arrogato, ex constitutione Antonini Pij *l. vlt. D. si quid in fraudem patron.* & eius quæ fit in fraudem legitimæ patrono debitæ à liberto, ex toto illo *tit. si quid in fraud. patron.* Neque enim minore fauore digna est legitima debita liberis, quàm debita patronis, vel filiis arrogatis. Cæterum de tota ista quæstione consule Couar. *in cap. Raynutius*, §. 10. *numer. 9. de testament.* vbi varios casus distinguit. 16

Ad extremum obseruo donationis inofficiosæ querelam institui nõ posse ante mortem donatoris, cùm ante illam non præiudicet liberis, vti aduertit Less. *lib. 2. cap. 18. dub. 14. numer.* 113. neque etiam

nisi infra quinquennium à morte donantis ex *l. vlt. C. de inoff. donation.* ex obseruatione glossæ penultimæ, *ibid.* quamquam Molina *tract.* 2. *disp.* 238. *num.* 11. actionem personalem querelæ istius competere spatio 30. annorum, *ex Authentica de immensis donationibus*, velit.

ARTICVLVS VIII.

Quæstiones Consectariæ.

EX iis quę proximo articulo de reuocabilitate donationum, eiusque causis constituimus, plurimæ suboriri possunt difficultates, quarum præcipuas explicabo, cæteris, quæ magis ad forum externum, quàm ad nostrum institutum pertinent, omissis.

CONSECTARIVM PRIMVM.

An donatio facta Ecclesiæ possit nascentibus deinde liberis reuocari.

DIfficultatem faciunt verba Augustini *serm.* 2. *de vita Clericorum*, quæ referuntur à Gratiano 17. *q.* 4. *cap. vltim. Quicumque vult exheredato filio heredem facere Ecclesiam, quærat alterum qui suscipiat, non Augustinum. Immò Deo propitio nullum inueniet.* Damnat Augustinus præposteram & inconsultam pietatem aliquorum, qui liberos suos hæreditate priuabant, eosque egenos faciebant; vt diuitem facerent Ecclesiam. Addit illustre exemplum Episcopi Aurelij. *Quàm laudabile factum Sancti & venerandi Episcopi Aurelij Carthaginensis, quomodo impleuit os omnium, qui sciunt, laudibus Dei. Quidam enim cùm filios non haberet, res omnes suas retento sibi vsufructu donauit Ecclesiæ: nati sunt ei filij postea, & reddidit Episcopus, nec etiam opinanti illi quæ donauerat, in potestate habebat Episcopus non reddere, sed iure fori, non iure poli.* Hæc postrema Augustini verba difficultatem fecere Interpretibus. Dicit enim August. *iure fori*, hoc est iure actionis & sententia Iudicis non potuisse cogi Aurelium ad restituenda, quæ donata fuerant Ecclesiæ, licèt donanti adnati fuissent liberi, contra quàm sperarent. Igitur neque *l. si vnquam, C. de reuocand. donationib.* neque *l. si totas, C. de inofficiosis donationib.* vim habent in donationibus Ecclesię factis; alioquin iure fori & vi legis cogi poterat Aurelius Episcopus ad rescindendam donationem Ecclesiæ suæ factam, & donans eam reuocare poterat authore Prætore, & *iuri fori*, vel in totum, vel ex parte; & donataria Ecclesia compelli ad restituenda donata, vel omnia, vel quantum ad legitimam liberis debitam. Deinde quod addit Augustin. Aurelium *iure poli* non potuisse retinere eo casu donata Ecclesiæ, significat in conscientia & ex æquitate naturali obligatum fuisse reddere donata etiam silente foro externo, & licet per actionem forensem, & querelam apud Prætorem repetita non fuissent; nempe quia talis donatio eo ipso irrita erat, quod adnascerentur liberi, ex ipsa rei natura, etiam absque lege eam irritante: nempe quia ipsi inerat tacita ea conditio, si non nascantur mihi liberi: quare defecta conditione liberis adnascentibus, nulla erat donatio, vti superiori articulo dicebamus; nam fortior est vt loquuntur, præsumptio pietatis paternæ erga liberos, quàm aduersus Ecclesiam aliamue causam piam, quod sapienter monent Menoch. *de præsump. lib.* 4. *præsumpt.* 189. *n.* 121. Tiraq. *de pia causa in præfat. num.* 28. Surd. *de aliment. tit.* 9. *q.* 9. *num.* 15. Gutier. *qq. canonic. lib.* 1. *cap.* 32. *num.* 3. qui aliique dicunt fauorem liberorum præponderare piæ causæ. Dissentiunt tamen DD. an in nostro casu locum habeat *l. si vnquam*, sitque reuocanda tota donatio. an verò *l. si totas*, & non sit reuocanda donatio, nisi vsque ad legitimam. Varias sententias singillatim explicat Molinæ. *tract. de inoffic. donation. n...* Et quidem donationem Ecclesiæ non minuere legitimam filiis debitam, omnes æquè consentiunt apud Tiraq. *de pia causa, in præfat. num.* 28. Quæstio verò est de reuocatione donationis in totum, illam enim faciendam esse ex *l. si vnquam*, etiamsi donatum fuerit Ecclesiæ, contendunt magno numero DD. quos dabit Tiraq. in *l. si vnquam, verb. libertus, n.* 79. Alij verò solam reuocationem vsque ad legitimam concedunt: illos dabit idem Tiraq, *num.* 82. quia monasterium habetur loco filij; donatio autem facta filio non reuocatur altero adnascente, nisi ad legitimam, præterquam quod in omnibus præfertur Ecclesia liberis præterquam in legitima. Quæ duo tamen non ita certa sunt vt pluribus disputat Tiraq. quare in hoc dissidio existimo consulendos esse mores patrios, & leges municipales. Sanè in Gallia rescindentur eiusmodi donationes, vti *art. superiori* monebamus ex Mornacio.

CONSECTARIVM II.

An donatio facta à donatore carente liberis reuocabilis sit ipso donatore monasterium ingrediente.

RAtio dubitandi est, quia Monasterium liberis æquiparatur, quare Caius institutus hæres & grauatus si sine liberis decesserit, restituere Titio hæreditatem, non admittetur Titius substitutus, si Caius Monasterium succedendi capax fuerit ingressus, *ex cap. in præsentia* 8. *de probationib.* Nam Monachus ingrediens Monasterium videtur illud pro filiis computasse. Sane cùm quis ingreditur Monasterium, se suaque Deo dicat, quare neque de illis testari potest *Authent. ingressi, C. de sacrosanct. Ecclesi.* Communis tamen omnium ferè sententia

tentia negat donationem, de qua agimus, reuocabilem esse per querelam inofficiosæ donationis. aut *l. si vnquam*, fauore Monasterij, loco liberorum, quibus caret donator, succedentis, cùm enim sua donarit antequam fieret Monachus, absoluta fuit illa donatio, & non conditionata, si non fiam Monachus, eaque conditio non æquali iure subintelligitur, atque *si mihi nulli nascantur liberi*: quia pietas paterna ex qua patres debent prouidere liberis, suadet hanc conditionem in ea donatione subintelligi, & reuerà subintelligunt iura, cùm talem donationem reuocari volunt adnascentibus liberis, ex præsumpta nimirum voluntate donantis. Querelam etiam inofficiosæ donationis instituere nequit Monasterium, vt donationem à Monacho ante Monachismum factam ad legitimam reuocari postulet, quia reuerà Monasterium filij locum non obtinet, vti magno consensu tradunt DD. *in citatum cap. in præsentia*, quos dabunt Molinæ. *c. 3. consil.* 15. *num.* 26. Sanch. *lib. 7. in decalog. numer.* 41. *& cap.* 16. *n.* 65. & alij passim; quomodo verò intelligendum sit illud cap. quod agit de testamento in quo quis grauatur restituere si sine liberis decedat, magna lis est, quam eo loco fusiùs disputat Sanch. & nos attingemus in appendice de testamentis. Moneo duntaxar nobis videri hanc quæstionem inutilem, cùm alij sint nostri mores, & neque illud. *cap. in præsentia*, neque *Authentica, ingressi* nuper laudata Iure Gallico recepta sit, aliterque Senatus definiat, vti videbis apud Mornac. in *illam Authent.* Molin. *consil. citato*, & alios Iuris Gallici Interpretes.

Consectarium III.

An donatio facta Ecclesiæ possit re integra reuocari.

Ratio dubitandi. 1.
Quid ferat Ius Gallicum. 2.
Non abhorret ab antiquo iure Romano. 3.

1 Caius dedit Ecclesiæ 20. millia aureorum ad fundandam siue dotandam, & extruendam capellam, vel fundandum beneficium. Quæritur an voluntatem suam mutare possit Caius, antequam ea donatio fuerit probata à Pontifice, & Ecclesia, siue fuerit homologata, vt loquuntur, & insinuata. Ratio dubitandi est quia licèt constitutio regia Molinensis *art.* 58. irritet omnes donationes, quæcumque illæ sint, & cuiuscumque rei, nisi intra quatuor menses fuerint insinuatæ, vti nuper diximus, donationum tamen Ecclesiis factarum non meminit Constitutio, ideoque quoad illas standum erit iuri communi, quo *l. illud* 19. *C. de sacrosanct. Eccles.* donationes piis causis factas, etsi non intimatas siue insinuatas, valere vult. Rationem reddit Paul. Castrens. ad *l. decernimus* 16. *n.* 3. *C. de Sacros. Eccles.* quia relicta vel donata Ecclesiis, Deo donata intelliguntur, cùm autem Deus præsens vbique sit, eius præsentia supplere debet Prælati acceptantis absentiam: qua ratione dixit Iustinian. *in l. properandam* 13. §. *cum autem. C. de iudic.* Cum eremodicium ventilatur, posse litigatores Dei præsentiâ repleri: est verò eremodicium ἐρημοδίκιον desertum iudicium, & vox ipsa demonstrat, & Hesich. ἐρημον interpretatur μονομερῆ ἀγωγὴν, iudicium ex vno litigatore constans. Siue igitur Rei, siue Actoris absentia sit, eam suppleri Dei præsentiâ dixit Iustinian. quando eremodicij causa ventilabitur, quidni & Prælati absentiam in acceptatione piæ donationis fieri à Deo præsente dicamus. Quare ita censet Bacquet. *tract. de iurib. iustitia, cap.* 21. *num.* 375. eandemque esse causam hoc casu Ecclesiæ & minorum ac Principium, quibus factæ donationes insinuatione non indigent, asseritque donationem factam Xenodochio Turonensi, quamuis non insinuatam, confirmatam fuisse decreto Curiæ Supremæ an. 1592. pen. Ianuarij.

Dicendum nihilominus est ex Iure Gallico donationes pias, atque ad fundandas, construendas & dotandas Ecclesias, capellas, & beneficia & præbendas, re adhuc integra, si nondum insinuatæ, & homologatæ fuerint, esse reuocabiles. Itaque iudicauit Senatus in conspicua purpura an. 1598. 23. ad ferias Natalitias. Quod decretum refert Mornac. ad *l. illud* 19. *C. De Sacros. Eccles.* & Louet. *littera D. num.* 3. Montholon in collation. Arrestorum in purpuris pronuntiatorum, *arresto* 8. Simile aliud Senatusconsultum donationem ad pias causas non insinuatam irritans adducit idem Louet. *ead. littera D. numer.* 27. vbi eius Commentator refert duo quædam alia similia, vnum ann. 1543. peruigilio Assumptionis; alterum anni 1572. quod etiam reperitur apud Quercetanum *centuria* 1. *quæst.* 70. Neque illud quod adducebamus ex Bacqueto opponi iure potest, cùm illius causæ peculiaribus circumstantiis vestiientur; erat enim res modica donata, & à filio hærede qui pinguem hæreditatem occupauerat, parum piè repetabatur, quod nuper monuimus *art.* 6. 2

Quāuis autem ius nostrum videatur hac in parte diffidere à iure Romano, voluerunt enim Imperatores donationes in Ecclesias, & alia pia loca collatas valere etiam factas μονομερῶς, & sine insinuatione, si modo non excedant quingentos solidos, quod obseruat Cuiac. *in C. de donation.* & *in C. de Sacrosanct. Eccles. l.* 19. & *l. sancimus* 34. *C. de donation.* non tamen multum abhorret ab antiquo iure veterum Romanorum, quandoquidem res non fiebat apud illos sacra per simplicem destructionem, sed per dedicationem. Idcirco, inquit Antoninus Imperator *l.* 3. *C. de furtis*, *si nondum rem templo diuino dedicatam vitricus tuus furto abstulit, aduersus eum furti actionem habes.* Templo igitur aut Pontificibus non competit actio, quia cùm nondum sacra esset, neque templi, sed tua adhuc remanet, tibi sublata est, tibique soli proindè competit actio furti: & Papinian. in *l.* 35. *D. de liberali causa*, seruos ad Templi custodiam quod ædificari Titia voluit, nondum manumissos, hæredes esse respondit, non ipsius Templi, aut Dei; cui Templum ædificatur; non aliam sanè ob causam, quàm quia nondum sunt consecrati, aut templo dedicati, ideóque manumitti non possunt, nisi ab hærede. Quod si consecrati essent, serui eius Dei essent, cuius templum forer, vt Martiales Latini, & in Scicilia Venerei serui, ministri Veneris Erycinæ apud Ciceron. *orat. pro Cluentio*, & *in lib. de diuinat.* vbi de Agonide quadam adiudicata Veneri. Igitur quod aliquis sua authoritate quasi sacrum sibi constituerat, sacrum non erat, sed profanum, donec per Pontifices ritè Deo consecratum esset, §. *sacra, inst. de rerum diuision. l. si sponsus*, §. *proinde*, *D. de donation. inter virum & vxor.* siue ædes sit, siue ara, siue signum, siue quid aliud Diis dedicatum, vt ex Gallo Ælio refert Festus *verb. sacer mons.* Hæc verò dedicatio fiebat teste Varrone à Magistratu, Pontifice præeunte. Nomine Magistratus intelligit

intelligit Romanum Consulem, aut Imperatorem. Sic porro ædis dedicationem ex Liuio, Varrone, Cicerone, Valerio, & aliis explicat Grotius ad *instit. de rerum diuisione. Pontifex finem sabatur, & postem tenens nuncupabat verba solemnia, Magistratus autem dicebat Pontifici, Ades dum dedico ædem hanc, vt mihi praeatis, postemque teneatis.* Pontifex regiones nominabat, deinde præibat, verba, Iupiter, aut quisquis esset Deus, templum tibi iis Regionibus quas modò animo metatus sum, dedico. Addebanturque aliquando dedicationi leges, vt apud Plini. *lib.* 10. *ep.*58. *&* 59. Vide Gretser. *de veteri Iure Romano Pontific. lib.3.cap.*31. Quare in dedicatione non modo Pontifex, sed & Princeps suas habebant partes, nam & Vlpian. ait in *l. sacra* 9. *D. de rerum diuis.* locum publicum fieri sacrum quando Princeps dedicauerat, vel dedicandi dederat potestatem. Apud Christianos res vt fiat sacra, debet Pontificis authoritate dedicari, quod colligitur etiam ex Vrbani V. ad Ariminensem Episcopum responso *cap. ad hæc* 4. *de religios. domib.* Quamdiu igitur ea dedicatio facta non est, dominiū manet penes eum, qui sciam esse voluit, & ad hoc donauit, ideoque vt monebamus, si ab eo auferatur, actionem furti habet. Quæ igitur donata fuerint Ecclesiis ad capellarum, aliorumque beneficiorum fundationem, quamdiu non fuerit acceptata ab Ecclesia, & insinuata, & facta fundatio, fulminata, decreta, & homologata, vti loquuntur, à Pontifice alióue secundum conditionem & naturam beneficij fundandi & dotandi, manent res ita donatæ adhuc penes donatorem, fundatioque priuata & non perfecta est, resque dicitur esse integra, ac proinde donator potest mutare voluntatem. Quare capellam dotatam & donatam non statim esse in potestate Episcopi, nisi authoritas ipsius accesserit, dicit Anchar. *consil.. num.*19. Guido Pap. *quæst.*187. *numero* 11. vbi allegat Ioan. Fabian. *in* §. *nullus, numero* 2. *instit. de rerum diuision* Molinæ. *in notis ad Decium consil.*121. *numero* 1. *vers. statim.* Qua de re disputabimus tractatu de benefic. neque hæc nostra doctrina aduersatur communi ex vniuersali regula de irreuocabilitate donationis, intelligenda siquidem est de donatione perfecta, & completa quoad formam substantialem, quod in omnibus aliis contractibus verum est, quibus nihil addendum est, quorum perfectionis ordo completus est, *l. cum se sponsa* 9. *C. de donation. ante nupt. l. perfecta* 4. *C. de donat. quæ sub modo, l.* 3. *C. de contrah. empt. l. siquidem* 8. *C. de obligat. & action. l. vlt. C. de vsucap. pro donato. l. cùm ancillam* 6. *l. repetend.* 7. *C. de condict. ob causam dat.* Cuiac. *consultat.* 54. *sub fin.* sapienter enim Demosthen. *oration. contra Leptin.* τῶν ὀρθῶς δοθέντων ἀφαίρεσις οὐκ ἔστι.

Consectarium IV.

An donator possit reuocare donationem propter defectum insinuationis.

Dissentit Ius Gallicum à Romano. 1.
Discrimen acceptationis & insinuationis. 2.

1 Resp. donatorem non posse reuocare donationem non insinuatam defectu solius insinuationis, & absque aliis causis legitimis, propter quas donatio reuocabilis est. Neque distinguendum est an reuocatio fiat intra quadrimestre præscriptum insinuationi, an illo exacto; itaque sæpiùs à Senatu iudicatum fuisse refert Louet. *littera D. num.*4. *&* 6. Ratio à priori est quia constitutio Molinensis, quæ ad valorem donationis requirit insinuationem, illam non exigit in fauorem ipsius donatoris, sed creditorum eius, atque hæredum, contra quàm fortassis statuerit Ius Romanum, quod voluit insinuationē esse necessariā in donationibus, non tantùm quoad creditores donatoris, sed etiam quoad ipsum donatorem, & hæredes eius, qua de causa Cuiac. *in l. fin. C. de iure datium*, ait donatorem vbi non interuenit insinuatio, posse repetere res donatas *ex l. vlt. C. de donat.* vel etiam viodicare, quod indicat *l.* 39. quæ est Græca, *C. de Episc. & Cleric.* Quoad Romanum Ius nos supponebamus nuper *art.*6. dum de causis propter quas inducta est insinoatio ageremus. Immò illi consentire Regias Constitutiones contendunt aliqui cum Maynard, *tom.* 1. *lib.*2. *c.*55. 57. *&* 60. Bacquet *tract. de iurib. instit. cap.*21. *n.*368. 370. *&* 406. Verùm, vt dixi, aliter iudicauit Senatus Parisiensis, & in fauorem duntaxat creditorum & hæredum donatoris exigi insinuationem à Constitutione Regia, interpretatus est, vt diximus. Immò Senatus Tholosanus neque donatori, neque eius hæredibus, sed solis creditoribus donatoris fauere constitutionem vult, quod obseruauit Oliua *qq. forens. lib.*4. *cap.*5.

Hinc fit discrimen esse inter acceptationem, & 2 insinuationem donationis. Acceptatio enim ita est de essentia donationis, vt absque illa non subsistat essentialiter, resque adhuc dicitur esse integra, idéoque est pœnitentiæ locus, & donator donationem reuocare potest, atque aliis donare ex communi DD. quos dabit Tiraq. *de iure constit. possess. part.* 3. *limitat.* 30. *numero* 49. Couarru. *in rubric. de testam.* 3. *part. numero* 18. & alij, quod adeò verùm est, vt si absente donatario fuerit donatio acceptata à Notario stipulante, nullius fit valoris, nisi ex die quo rata habita fuerit à donatario, vti *art.* 5. diximus, eaque est mens constitutionis ann. 1539. *art.* 133. & an. 1549. *art.* 5. Certissima enim est illa regula; Notarium, quamuis existat persona publica, nullum tamen ius acquirere absenti pro quo stipulatur, si sine speciali eius mandato stipuletur, donec stipulationem illam ratam habuerit, vel per sese vel procuratorem suum specialem. Ita Decius *cons.*226. *numero* 16. *consil.*247. 404. *numero* 3. *cons.*581. *n. vlt. cons.*598. *num.*4. & *cons.*661. Molin. & alij. Quare si donator reuocet donationem nondum acceptatam, frustra deinde acceptabitur à donatario. An verò cùm insinuatio non sit essentialis donationi, licèt eam ad sui valorem requirat, non poterit donator eius solius defectu donationem acceptatam reuocare; quia licèt donatio nullum adhuc habere possit effectum, & eius quodammodo vis suspendatur, donec fuerit insinuata, non tamen nulla prorsus est; ideoque reuocabilis non est, quod secus contingeret si donatio esset insinuata ante acceptationem, tunc enim nulla prorsus esset donatio, & illa acceptatio deberet postea insinuari, quia acceptatio non retrotrahitur ad insinuationem, sed trahit ad se insinuationem.

Hinc secundò fit vt donator non modo non possit allegare defectum insinuationis, sed etiam cogi posse ad consentiendum insinuationi: itàque iudicatum testatur Louet. *littera D. numer.*6. quod nos quoque monuimus *art.*6.

Tertiò quamuis necessitas insinuationis maximè faueat creditoribus, hoc ita intelligendum est, vt creditoribus ante insinuationem, quibusque ius est

est plenè quæsitum, nec res amplius integra, donationis etiam, quamuis post quatuor menses insinuatio nihil planè noceat: secus verò si post donationem insinuatam contraxissent, neque enim insinuatio retrotrahi validè potest in præiudicium creditorum intermediorum, qui bona fide post illius quatuor menses, ante insinuationem tamen contraxerunt, est enim medium inhabile, quod impedit extremorum coniunctionem. Itaque iudicatum referunt Chnuæus *quæst.* 70. *&* 61. *prioris centuriæ*, Montholon. *arresto* 80. vide Maynard. *tom.* 1. *lib.* 2. *capit.* 53. Chopin. *lib.* 2. *de morib. Paris. tit.* 4. *num.* 15.

CONSECTARIVM V.

An donatio facta tabulis nuptialibus, atque in fauorem matrimonij reuocabilis sit ex superuenientia liberorum donatarij, ex *l. si vnquam. C. de reuocand. donation.*

Status quæstionis. 1.
Primus casus de sponsalitia liberali largitate. 2.
Quid quod ad liberos communes. ibid.
Quid quod ad liberos alterius matrimonij. 3.
Secundus casus de donatione facta alteri, quàm coniugi. 4.
Tertius casus de donatione facta ab altero quàm coniuge, qui tenetur dotare. numero 5. *&* 6.
Explicatur Papinianus. 5.
Quartus casus de donatione ab extraneo, qui non tenetur dare. 7.

1 HAnc intricatissimam quæstionem propter Doctorum dissidia & varias in illa implicatas difficultates distinctissimè omnium explicauit Molinæ. *tractat. de donat. in contractu matrimonij factis*; enumerando varios modos, quibus eiusmodi donatio fieri potest, & quid de singulis illis casibus sentiendum sit, illius maximè vestigiis insistemus. Retinenda verò semper est doctrina vniuersalis *l. si vnquam*, habere locum in donatione merè liberali, & gratuita, non onerosa, siue ob causam, qualis non est semper omnis ea quæ facta est in fauorem, & ob causam matrimonij, quod alioquin contractum non fuisset, quia quamuis matrimonium sit maxima & grauissima causa, quia tamen matrimonia non debent esse venalia, *l.* 2. *D. de donat. inter vir. & vxor.* & nec matrimonium in se, nec coniugalis amor aliquam compensationem & æstimationem recipit; & donatio ob causam non dicitur omnis illa quæ aliquam causam probabilem habet, alioquin omnis donatio ob causam dici posset, nisi vel inhonesta vel fatua esset, omnique ratione careret. Debet igitur ea causa esse compensatiua respiciens commodum reciprocum, & aliàs non debitum ipsius donantis, quod obseruant Interpretes *in l. vlt. C. de iure dotium.* Quare quidquid datur in matrimonio, eiusque intuitu, non datur semper ob causam, sed sæpiùs ex liberali donatione, cuiusmodi aliquando est sponsalitia largitas, quando non vulgaris & consueta est, sed amplior, neque confertur ad tollendam compensandamque inæqualitatem inter coniuges futuros; dos verò quam mulier futura marito donat, cùm ad illam reditura sit, maneatque in eius proprietate, & dominio, non est donatio liberalis, immò à quocumque detur dos illa, marito onerosa & non liberalis est, cùm illi ad onera matrimonij ferenda detur, est tamen liberalis respectu mulieris quæ dotatur. Pactum quoque de lucro dotis, vel donationis propter nuptias, cùm soleat esse reciprocum, & conditionale, non continet donationem liberalem, sed ob causam. Vt igitur explicemus quandonam *l. si vnquam*, aut querela inofficiosæ donationis habeat locum in donationibus in contractu matrimonij factis, videndum est quandonam eiusmodi donationes sint merè liberales, atque etiam in præiudicium liberorũ deinde adnascentium, vt vel in integrum reuocentur *ex l. si quam*, aut ad vsque legitimam, ex querela inofficiosæ donationis. Quare singillatiùs inspiciendi sunt varij modi, quibus nuptiarum intuitu fiunt eiusmodi donationes, ipsisque pactis ex tabulis nuptialibus confirmantur, videndumque quid, & quantum, à quo & cui, & ad quam causam donetur, ex illis enim circumstantiis nõ difficile fuerit definire an aliqua donatio nuptialis sit liberalis, an onerosa, siue absolutè, siue respectiuè duntaxat.

Primò igitur coniux futurus dat futuro coniugi, 2
non quidem, vt iam monui, per modum dotis aut donationis propter nuptias, aut ex pacto reciproco de lucro dotis, sed ex mera sponsalitia largitate: v.g. sponsus in contractu matrimonij donat sponsæ, vel sponsa sponso amplissimum prædium, vel omnia sua prædia: deinde suscipit liberos vel ex eodem matrimonio, vel aliquo alio posteriori, quod priore illa coniuge, cui tam liberaliter donauerat, extincta contraxit. Quæritur an ex eorum liberorum natiuitate prior illa donatio reuocata censeatur *per l. si vnquam.*

Aio in primis quoad liberos communes, siue susceptos ex coniuge, cui alter donauit, cessare *l. si vnquam*, neque reuocari donationem. Ita Tiraquell. *in l. si vnquam, in princ. numero* 67. *& vers. donatione largitus, numero* 190. aliique passim, quibus adhæsit Molinæ. *tract. citat. numero* 5. qui post euentilatas aliorum rationes, hanc vnam, eamque apodicticam affert *numero* 5. quia ex iure lucra omnia illius donationis sunt affecta liberis eiusdem matrimonij, *l. fœmina* 3. *C. de secundis nuptiis*, & *l. cum aliis* 4. *C. eod.* & *Nouella* 118. Cessat igitur in eo casu *l. si vnquam*, quia eius materia deficit & intentio, lata enim fuit ne liberali donatione patris liberi paterentur damnum; quare ex præsumpta voluntate donatoris, qui noluisset nocere liberis, si quos se suscepturum sperasset, reuocatur talis donatio *per l. si vnquam*, vtpote quæ fuerit conditionata, & idcircò cessante conditione nulla est. Atqui in eo casu non præiudicatur liberis, sed ipsismet donatur: res enim donatæ fiunt illis patrimoniales ex linea donantis, *l. cum aliis* 4. & *l. generaliter* 5. *C. de secundis nuptiis*, & *Nouella citata*, quibus multò efficacius prouidetur istis liberis, quàm *per l. si vnquam.* Deinde vel in hoc casu *l. si vnquam*, effectum habebit statim atque filius ex illo matrimonio susceptus est, viuo adhuc vtroque parente, vel vbi pater donator decessit, vel vbi mater donataria obiit, superstite viro, & liberis communibus. Non primum quia neque querelæ inofficiosi testamenti, aut donationibus locus est, nisi post obitum donantis, neque vi *l. si vnquam* potest filius bona, quæ sunt adhuc in potestate patris aut matris ipsis viuentibus quærere, vt pater. Si verò pater prædecedat relicta vxore, & cõmunibus liberis,

etit

erit quidem locus querelæ inofficioſæ donationis, vt reuocetur vſque ad legitimam quam liberi iſti legitimi ſtatim ex auocabunt à matre, tanquam ex ſucceſſione defuncti patris donantis; vel potius poſtulabunt vſum legitimæ ex *Nouell.* 118. *l.* autem, *ſi vnquam*, nullum vt vides habebit effectum: aut denique ſi mulier donataria præmoriatur relicto viro, & communibus liberis, nullus eſt locus *l. ſi vnquam*, aut querelæ inofficioſæ donationis. Nam vel donatio facta eſt ſuperſtiti, vel abſolutè. Prior donatio eſt conditionata, in caſum ſcilicet quo donatarius ſuperuiuat, quare eo mortuo, & conditione deficiente bona donata redeunt ad donatorem, nullumque in ea ius habent communes iſti liberi, ſed ſolum ſpem in ea aliquando ſuccedendi. Atque ita paſſim fiunt donationes, quibus in contractu matrimonij vnus coniux alteri donat, & pacta de lucrando concipiuntur in caſum, quo is qui lucratur, ſuperuiuat donatori, vt *in l. generaliter, in punct.* 5. *C. de ſecundis nuptiis.* & *in Nouella* 118. Poſterior donatio eſt quidem abſoluta, ſiue donatarius ſuperuiuat, ſiue præmoriatur, non erit tamen locus querelæ inofficioſæ donationis, neque *l. ſi vnquam*, ſuperſtite donatore; eo quod iſtarum legum materia tunc deficiat, & præmortuo donatario res ipſæ donatæ ſint liberorum communium, & lucrum totum proueniens ex illis pactis nuptialibus, ipſis acquiritur, in primis quia cùm ea donatio fuerit abſoluta, & non conditionata in caſum ſuperſtitis donatarij, reuera donator, v. g. vir voluit donata ad ſe etiam ſuperſtitem reuerti, ſed vxori licèt præmorienti, & ſuis lucro eſſe; eadem ratione voluit liberis communibus eius matrimonij lucrum iſtud acquiri. Deinde ll. nuper adductæ, ita lucra nuptialia liberis ex iiſdem nuptiis ſuperſtitibus attribuunt, vt lucranti ſuperſtiti ſtatim illorum proprietatem auferant, eique vſumfructum duntaxat relinquant, neque ipſi liberum ſit ea lucra alienare, aut in alios hæredes transferre, excepta virili, ſi nuptias non iteret. Cum igitur res omnes donatæ ſtatim liberis communibus acquirantur præmortuo donatario, quando donatio fuit abſoluta, neque donator ad ſe etiam ſuperſtitem redire voluerit; non eſt cur illam donationem vel totam *ex l. ſi vnquam*, vel ad legitimam ex querela inofficioſæ donationis reuocari poſtulent. Inepta ſiquidem foret illa poſtulatio, & querela, ipſiſque eiuſmodi reuocatio plurimùm noceret. Nihilominus pater tunc ſuperſtes eos communes liberos habens in ſua poteſtate, rerum donatarum vſumfructum haberet vi patriæ poteſtatis, *l. quicumque. C. de bon. quæ liber.* neque toto illo tempore quo liberos habet pater in ſua poteſtate, poteſt inſtitui querela inofficioſæ donationis ob legitimam filiorum ex capite materno; quia ius patriæ poteſtatis datum à lege in omnia, & quæcumque bona aduentitia liberorum, nulli querelæ obnoxium exiſtit. Quod ſi liberi ſui iuris effecti ſunt, & non manent in patria poteſtate, videndum eſt an tales ante, aut poſt obitum matris euaſerint. Nam in primo caſu pater non poteſt retinere vllum vſumfructum in rebus ab vxore donatis, & ad communes nunc liberos pertinentibus, niſi in eo quod illi à lege de dicta donatione reſeruatur, quod cenſetur habere virtute donationis vxoriæ, quare locus erit inofficioſæ donationis & dotis querelæ vſque ad vſumfructum legitimæ maternæ, tam quoad vſumfructum, quàm quoad proprietatem, etiam contra alterutrum parentem ſuperſtitem debitæ. Si tamen mater reliquit alia bona ex quibus poſſit ſuppleri legitima, non debet pater pati moleſtiam, nec pati vſusfructus diminutionem. Nam bona poſteriùs quæſita tollunt, vel minuunt inofficioſitatem; tempus enim mortis inſpicitur *l. cum quæritur 6. C. de inofficioſ. teſtam. l. fin. C. de inoff. donat.* Si verò liberi fiant ſui iuris poſt obitum matris, poterit quidem pater totum vſumfructum retinere vi donationis vxoriæ, ſed ſubiacebit querelæ vel ſuppletioni legitimæ. Deinde poterit retinere mediam partem vſusfructus earumdem rerum iure ſuo proprio, virtute recentis propriæ poteſtatis, *l. cum oportet*, §. *cum autem*, *C. de bon. quæ liber.* & pars illa non ſubiacebit querelæ, ſed alia, debet tamen non ſolum reſpectu proprietatis, ſed etiam reſpectu vſusfructus in legitimam materiam querelantis imputari.

Aio ſecundò liberis poſterioris matrimonij fa- 3
uere *l. ſi vnquam*, aduerſus immodicam donationem factam à patre priori coniugi, ex qua nullos ſuſcepit liberos. Ratio manifeſta eſt, quia hic coniux non donauit alteri coniugi tabulis nuptialibus, niſi ſpe ſuſcipiendorum liberorum ex eo coniugio, qui in talia bona donata ſuccederent. Cum igitur defecerit conditio, imò & eius cauſa finalis, nulla redditur donatio quam non feciſſet, ſi ſciuiſſet ſe ex ea vxore nullos ſuſcepturum liberos, & multò minus ſi cogitaſſet ſe ex alia quapiam coniuge, priori defuncta ſine liberis, prolem eſſe ſuſcepturum. Ita Molina *tract. cit. num.* 24. qui addit *n.* 25. hæc omnia vera eſſe, quamuis ex prima illa vxore donataria liberos habuerit, qui omnes ante matrem deceſſerint, aut ſi illa vxor ex altero viro prolem haberet, & donatio facta fuerit tum vxori, tum eius ex priori viro liberis, quia *l. ſi vnquam*, ſemper valeret; cùm filij donatori adnati poſt donationem extraneis factam, eam reuocari iure flagitarent, niſi fortaſſis ea donatio compenſatoria foret donationis per virum receptæ, nec redditæ.

Secundò donatio fit in contractu matrimonij 4
eiuſque fauore per contrahentem illud, non tamen futuro coniugi, ſed alij cuipiam, v. g. fratri, patri, patruo dotanti aut eorum filius: v.g. Caius habens plurimos filios ex Cornelia ſecunda vxore, & vnicam filiam Camillam ex Sabina priore vxore, collocauit matrimonio Camillam, illique in dotem dedit mille Ludouiceos aureos; illa verò ex conſenſu patris donauit ſuis fratribus conſanguineis omnia bona, & iura quæ habebat, vel ſperabat tum in bonis patris viuentis & matris Sabinæ dudum defunctæ. Deinde liberos ipſa ſuſcepit, qui ex *l. ſi vnquam*, poſtulant donationem à ſua matre factam conſanguineis ſuis reuocari & irritari. Reſp. cum Molinæ. *tractatu citat. à n.* 36. *ad* 45. & DD. Peruſinis, quos allegat, qui de caſu illo propter ſtatutum quoddam Peruſinum conſuluerunt, *l. ſi vnquam*, locum habere in eo themate, cùm donatio immodica fuerit & cum damno liberorum, qui deinde ſuſcepti ſunt, quoſque donatrix illa ſuis bonis carere noluit: videndum tamen erit, an dos collata à parente compenſet ſufficienter iura illa, & bona quibus Camilla in fauorem conſanguineorum renuntiauit, tunc enim reuerà illis nihil donauit, aut ſi modicus fuerit exceſſus, pro eo vix quæritur remedium legis *ſi vnquam*.

Tertiò donatio fit in contractu matrimonij, alteri, vel vtrique futuro coniugi ab alio quopiam; qui non tenebatur dotare, vt contigit in caſu de quo conſultus reſpondit Iaſon. *lib.* 4. *conſil.* 171. Pater habens vnicam filiam, nec plures ſuſcepturum ſe liberos ſperans, eam elocauit, generoque in dotem dedit mille aureos, vniuerſaque bona, ſibi

duntaxat

duntaxat vsufructu reseruato, vnà cum mille aureis testandi causâ: mortua deinde vxore duxit aliam ex qua masculos plures procreauit. In eo casu docent communiter DD. non esse locum *l. si vnquam*, reuocandam tamen esse donationem ad legitimam querelâ inofficiosæ donationis. Ita respondit Iason *l. cit.* Tiraq. *in l. si vnquam, verf. donatione largitus, n.* 19. Anton. Fab. *lib.* 7. *Coniect. cap.* 15. & alij; quia donatio causâ dotis non est titulus donationis, *l. cum multa* 20. *C. de donation. ante nupt.* Deinde quia *l. si vnquam*, loquitur quando extraneo donatum est; in nostro verò casu datur filio vel filiæ, tunc autem non esse reuocandam donationem nisi ad vsque legitimam omnes consentiunt *in l. si totas. C. de inoffic. donation.*

Respond. nihilominus cum Molinæ. *tractatu de inoffic. donation. in contractu matrim. fact. à num.* 47. *ad* 63. *l. si vnquam*, vim suam obtinere in dotante vel in donante propter nuptias in casu posito, in quo dotare tenetur, quatenus ea donatio vel dotatio notabiliter excedit, id quod dedisset in dotem, si de futuris posteà liberis cogitasset. In primis quia ex contraria sententia sequitur maxima iniquitas. Nam filiâ vnica ex primo matrimonio collocata, & omnibus bonis paternis dotata, si deinde masculi ex secunda vxore sequantur, omnia bona patris in aliam familiam transferentur, filij verò in quibus nomen & splendor familiæ propagari debet, omnibus ferè bonis paternis spoliabuntur contra intentionem, sine dubio, parentis; atque ex toto asse hæreditatis non ferent vltra quadrantem, quia filia etiam si sit hæres, tamen faciet partem in legitima ex iure & communi DD. & filij non ferent nisi vnciam, cùm sola filia ferat dodrantem; quod si sint quatuor vel quinque filij, non minus tamen fraudantur singuli concurrente sorore in legitima. Hanc apertam iniquitatem nemo probabit, opinor, emendandamque esse donationem ex coniectura paternæ pietatis non negabit, vt dicitur *l. si mater* 1. *C. de inoffic. testam.* quod potiori ratione dicendum est cùm habeamus legem *l. si vnquam*, quæ disertè donationem immodicam factam à parente reuocat propter inopinatam liberorum superuenientiam, & ad viriles partes reducit. Dubius verò est quod aliqui contendunt in nostro casu mares, post sororis illius matrimonium, non modo viuo patre, sed etiam eo mortuo carere legitima, nec eam petere posse aduersus sororem, aut sororium, quamdiu constabit ipsorum matrimonium.

Huc etiam pertinere existimauit Molinæ. *n.* 60. *tract. cit. l. tale pactum* 40. §. *si pater. D. de pactis*, vbi pater in promittenda dote pro filia sua ita paciscitur, vt post mortem suam in matrimonio defuncta filia sine liberis, partem dimidiam dotis, quam promiserat, necdum dederat, vellet remanere apud hæredem fratrem suum; postea pater suscepit liberos quos, omisso fratre fecit hæredes, quibus solis, & non patruo dotis eam portionem adiudicauit Papinianus; quia pactum inquit Molinæ. illud fuit collatum in fratrem paciscentis, tempore, quo paciscens alios filios non habuit, & in tempus & euentum quo nec ex filia quidem vllos haberet nepotes, & in eo statu decederet. Ex quibus subtiliter colligit Papinian. ea ratione videri nomen fratris quasi alioquin futuri hæredis pacto adscriptum, & consequenter rerum statu mutato, nouis liberis natis, & hæredibus relictis, eis solis dotem restituendam esse, doliqne exceptionem patruo ex pacto obstare, non enim vt hæres, sed suo nomine ex pacto agebat. Nec intelligendum est, quod expressè vt hæredi pactum sit, sed tacitè tantùm: alioquin si expressè vt hæredi, ipso iure non ageret, cùm hæres non esset. Nec valet etiam stipulatio dandi vni hæredum facta, nisi sit hæres, & pro parte hæreditaria tantùm *l. continuus*, §. *final. D. de verbor. obligat.* Si igitur pater non suscepisset alios filios, patruus eius frater etiamsi non esset hæres, ageret ex pacto nomine suo, sed quia superuenerunt alij filij, eam actionem ex tacita mente & conditione amittit. Hinc igitur constat res in quemlibet collatas etiam in contractu matrimonij, ab eo, qui nullos tunc habebat liberos, susceptis postea liberis reuocari; hanc tamen Molinæi collectionem ex hoc responso Papiniani sequi negat Anton. Faber *in hanc legem, & libro* 7. *coniectur. capit.* 15. quia in huius responsi themate superuenientia liberorum non nocet marito, quia licèt nulli fuissent suscepti liberi, cogebatur ex tabulis nuptialibus pati portionem dotis, quam nondum acceperat, apud hæredem fratrem remanere: neque etiam fratri nocebat, qui sic fuisset hæres institutus exhæredatis liberis, atque ex pacto inito partem illam retinuisset, atque si nulli fuissent suscepti deinde liberi. Neque isti liberi ius vllum habebant in eam dotis portionem, vt liberi, sed vt hæredes, vt indicant verba illa propositæ quæstionis, *Liberis à socero posteà susceptis & hæredibus relictis*. Quare non reuocatur liberalis donatio, quia fuerat in fratrem collata, sed quia non fuerat collata, neque poterat in fratrem per factum conferri, nisi tanquam in hæredem. Ideò casu quo non erit hæres, ei aufertur & applicatur, non ex causa successionis hæreditariæ, sed per doli exceptionem liberis, qui hæredes inueniuntur, quæ exceptio subsidiaria est exceptionis pacti *l. rescriptum* 10. §. *vlt. D. de pactis*. Hoc verò casu exceptio pacti locum habere non poterat, quia in eo pacto neque dictum, neque cogitatum quidquam de liberis posteà susceptis fuerat, habebat tamen locum exceptio doli. Quia cùm cogitatum esset de hærede, vt ei pactum prodesset, liberi autem posteà suscepti hæredes reperirentur, æquè dolo malo egisset, & contra propriam conuentionem is, qui voluisset impedire ne dos remaneret penes liberos hæredes relictos, atque si voluisset impedire ne apud fratrem hæredem resideret. Neque sanè refert mariti quis sit hæres soceri, qui pactus est hæredi suo. Denique eo loco non tractatur de donatione inter viuos, vel mortis causa in fratrem collata, sed de pactione quam socer, cùm dotem promitteret, fecerat, vt hæredi suo fratri consuleret, conferens nempe supremum iudicium in fratrem suum, quòd nullos eo tempore liberos haberet. Quare non ait Papinianus susceptis postea liberis reuocari vel inutilem fieri conuentionem, sed vtilem manere vult, vt ex ea non quidem fratri, qui nominatus fuerat, sed liberis posteà susceptis, & hæredibus testamento relictis detur exceptio; non quidem pacti, quia fratri, non liberis pactus fuerat pater, sed doli quæ subsidiaria est, vt dixi. Ratio euidens est quia inter contrahentes actum erat vt hæredibus consuleretur, neque enim poterat in ea specie frater fratri pacisci aut stipulari, nisi tanquam hæredi *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri. l. si mihi, & Titio* 110. *D. de*

D. de verbor. obligat. Supremæ verò voluntatis ꝑ optium est, vt siue testamento, siue contractu si expressa, ambulatoria sit ad mortem vsque, eaque duntaxat confirmetur *l. 4. D. de adim. legat. l. cùm hic status 32. §. pœnitentiam, D. de donat. inter virum & vxor. l. 1. C. de sacros. Eccles.* Hoc autem loco reuocatam fuisse constat ex ipso testamento, quo iste pater liberos suos scripsit hæredes. His omnibus adde si fuisset in eo casu donatio, nihil haberi apud Papin. ex quo possit colligi eam ex superuenientia liberorum fuisse reuocatam, quod tamen Molinæo probandum erat. Eadem fuit Cuiacij sententia; negat enim ex hoc Papiniani responso colligi donationem quam orbus contulit in extraneum, reuocari posse adnascentibus liberis; quia in specie huius responsi, nulla fit reuocatio; sed pactum fratri, vt hæredi, consistit in persona hæredis cuiuscumque, non in persona fratris, qui non existit hæres. Quare quicumque instituetur hæres siue filius, siue extraneus, hanc dotis portionem, de qua in eo casu agitur, retinere debebit, verùm quidquid sit de hac inter eruditos iuris consultissimos controuersia, vtrum ex illo Papiniani responso confirmetur sententia de reuocatione donationis in matrimonio factæ, liberis deinde donatori adnascentibus, vti contendit Molinæ ex *l. si vnquam*, an verò secus, vti Faber & Cuiacius disputant.

6 Manet tamen nuper allata Molinæi sententia ex ipsa æquitate, licèt non isto Papiniani responso confirmata, & legi *si vnquam*, locum esse dum pater, aut quis alius qui dotare tenebatur, immodicè dotat, & donat, si deinde liberos, quibus tunc carebat, de quibusque non cogitabat, illi adnascantur, vt in casu initio proposito, & à Iasone explicato; quia nihil affert Iason aliique ipsum sequuti, cur eo casu contra apertissimam æquitatem *l. si vnquam*, non obtineat vim suam. Nam illud vnum quod afferunt, eiusmodi donationem non esse liberalem, sed ob causam, facilè reiicitur. Nam in primis respectu fœminæ dos etiam à patre, vel à matre profecta dicitur dari titulo lucratiuo, & donationis, ita vt contra eam institui possit querela inofficiosæ donationis; cuius alia ratio non est, quàm quia etiam in sua dote filia causam lucratiuam habet. Vide Champegium *de dote 1. part. quæstion. 55.* Respectu verò mariti est quidem donatio ob causam, & onerosa; quatenus tamen est excessiua, & probabilem, consuetum ac congruentem dotandi modum superat, dicitur respectu ipsius quoque mariti lucratiua, quod inde constat quia licèt donatio ob causam sit onerosa, quatenus tamen causam illam excedit, simplex, gratuita, & pura donatio dicitur secundùm illum excessum, quod ex communi DD. & variis exemplis demonstrat Molinæus. Igitur quatenus dos excessiua fuerit, donatio liberalis erit etiam respectu mariti; & adnascentibus aliis liberis, de quibus non cogitabatur quando ea excessiua dotatio, & donatio facta est, æquè poterit reuocari, atque aliæ donationes liberales in eo casu reuocarentur *per l. si vnquam.* Neque id negat Anton. Fab. nisi quia *illo capit. 15. citato & priori 14.* dixit Constantini legem *si vnquam*, non valere nisi in donationibus, quas patroni faciunt suis libertis, quas adnascentibus patrono liberis, quibus cùm donauit orbus erat, vult reuocari Constantin. Verùm si ex communiori DD. sententia, quam etiam supremæ Curiæ Gallicæ probarunt suis iudiciis, existimasset Faber legem Constantini extendi ex identitate rationis ad omnes donationes factas à parentibus liberis carentibus, non negaret illam in hoc nostro casu vim suam obtinere, cùm nulla discriminis ratio possit adduci. Neque enim fit iniuria aut filiæ, aut genero, qui debuerunt cogitare eam donationem, quatenus excessiua erat, eaque ex parte pura, & liberalis, reuocabilem esse per *l. si vnquam.* Neque sequitur generum ducere indotatam, sed minus congruenter tamen dotatam. Neque dicere potest se non fuisse ducturum illam, nisi tanti dotatam; nam simili ratione audiendus esset, qui vili pretio & infra longè dimidium emit: à venditore, priuilegio legis 1. *C. de rescindenda vendition.* renuntiante. Et deinde adnatis liberis, & excessum illum, qui reuerà donatio quædam fuit repetentibus, responderet se non fuisse pecunia sua carituram, neque empturum illud prædium, nisi vili illo pretio, non verò vllo maiori. An verò dicere poterit hic gener non eram ducturus hâc puellam, si sciuissem socerū alios liberos aliquando procreaturum: nam responderet socer se non fuisse tam effusè donaturum, si cogitasset alios filios aliquando liberos futuros. Maneat igitur quod initio dicebamus ex summa æquitate *l. si vnquam*, æquè in istis donationibus quàm in aliis liberalibus & gratuitis locum tribuendum esse, maximè cùm nihil habeamus in iure, quod huic æquitati repugnet.

Ad extremum donatio in contractu matrimonij eiusque fauore fieri potest per extraneum aliquem, qui nec dotare, neque donare propter nuptias tenebatur, atque hoc casu locum esse legi *si vnquam*, tradunt passim DD. quos adducit Molinæ. *num. 63. & 64.* vbi & varios casus distinguit, quem si licet adeas velim, vbi & Curiæ decretum in sua causa latum fusiùs refert, quod etiam allegat Papon. *lib. 11. sint agmat. tit. 1. de donatione, §. 20.* Vide quoque Louet. *littera D. num. 52.* & eius commentatorem, vbi pluribus ostenditur donationem etiam matrimonialem ex liberorum noua natiuitate reuocabilem esse. 7

CONSECTARIVM IV.

An donatio facta in contractu matrimonij eiusque fauore reuocabilis sit propter ingratitudinem donatarij.

Ratio dubitandi. 1.
Est reuocabilis. 2.

Non agimus de donatione dotis, siue de dote, ipsa enim non est reuocabilis propter ingratitudinem, vti diximus *art. 6. initio*, sed de donatione liberali facta vel vxori, vel marito & non liberis, quamuis sine dubio fuerit facta intuitu liberorum, qui suscipiendi spectantur. Ratio dubitandi est quia cùm hæ donationes ingrediantur pacta connubialia, & non respiciant solos coniuges, sed ipsos etiam liberos suscipiendos, æquum minimè videtur liberos culpam alienam luere, & pœnam ingratitudinis paternæ ferre. Deinde cùm dos quam patrona suæ libertæ constituit, integra illi manet & reuocari nequit quamuis integra extiterit,

l. cum

l. cum post. 69. §. patrono. D. de iure dotium, & *l. 24. C. eodem.* Atqui causa dotis fauorabilior est causâ libertatis, quæ reuocabatur propter ingratitudinem liberti aduersus patronum, in eandem seruitutem retrahebatur, *l. alimenta 6. D. de liber. adgnosc. l. 3. & 4. D. de obsequiis parentibus & patron. præstandis. l. 2. 3. & 4. C. de libert. & eorum liber.*

2 Dicendum tamen est, has donationes causâ matrimonij, vbi verè liberales fuerint, modo nuper explicato, esse reuocabiles per modum aliarum donationum, atque eisdem ex causis. Quia reuera non fiunt liberis nascituris, nisi indirectè, suntque ipsi causa duntaxat impulsiua, directè vero fiunt coniugibus, vel vtrique; vel alteri, ipsisque sunt earum causa finalis, & motiua. Ipsorum igitur culpa illis primò nocet, & non nisi remotè liberis, si qui procreentur. Et sanè nullum habent ius liberi in res ita donatas, nisi ex causa parentum, qui si suo scelere exciderent donatione sibi facta, simul eodem infortunio suos liberos, quamuis innoxios, inuoluunt, qui queri duntaxat possunt se infœlici sorte ex ingratis & sceleratis parentibus prognatos fuisse, neque valet argumentum ductum à dotibus, quæ irreuocabiles sunt; illæ enim perpetuam causam habent: *Dos cum voto eius ita contrahitur, vt semper apud maritum sit. l. 1. D. de iure dotium.* Neque tamen aut maritus eius dominus est, imò neque vxor ea ratione, vt eam pro libito possit alienare constante matrimonio, vti disputantes de vsuris dotalibus fusiùs diximus in opere nostro de vsuris. At verò donationes de quibus agimus modò, ita fiunt sponsi, vt eas alienare pro arbitrio possit, etiam extraneia, vt illas repetere nequeant liberi potiùs, quàm alias res eadem ratione alienatas, quibus addoctus rationibus Senatus Tholosanus non semel iudicauit donationes istas matrimoniales ob ingratitudinem donatarij reuocabiles esse; eius decreta refert Oliua *lib. 4. qq. forens. capite. 5.* Vide Ioann. Constantinæum *libro 2. subtilium enodationum, capite 25.* Maynard. *tomo 1. libro 8. capite 9.* Boer. *quæstion. 27.*

Consectarium VII.

Quidnam operetur reuocatio donationis.

Resp. distinguendum esse ratione causarum, ex quibus fit ea reuocatio; nam si fiat propter ingratitudinem donatarij non habet vllum retroactum, neque nocet alienationibus rerum donatarū factis à donatario, antequam de eius ingratitudine donator conqueratur, & ante inchoatum inceptumque iurgium, *l. his solis 7. C. de reuocand. donation.* Ideóque liberi libertorum, manent liberi, quamuis ipsorum parentes propter ingratitudinem commissam aduersus patronum, reincidant in seruitutem, *l. 2. C. de libert. & eorum liber.*

Quando verò reuocatio fit ex superuenientia liberorum, cùm ipso iure nulla sit ea donatio defecta conditione, quæ ipsi inerat, eodemque modo censeatur, atque si numquam facta fuisset, res donatæ in pristinum statum in quo erant ante donationem redeunt, atque adeò liberæ omnibus hypothecis, quibus post donationem subiectæ fuerunt; & prætereà si alienatæ sunt, repetuntur, idque verum est etiam in donationibus in contractu matrimonij factis, quando reuocantur, vti aliquando reuocari posse diximus, cum ea tamen conditione & discrimine donationum simplicium, quæ fiunt extra matrimonium, quod donata in contractu matrimonij maneant oppignerata vxori, in securitatem dotis, quando non supersunt marito bona sufficientia ad dotis solutionem. Est itaque hypotheca subsidiaria. Ita iudicatum à Senatu Tholosano refert Oliua *lib. 4. qq. forens. c. 6.* & à Parisiens. Louet. *lit. D. n. 52. in notis sub fin.*

Tertiò sicut natiuitas liberorum rescindit donationem, ideóque res donatæ ad donatorem, modo explicato reuertuntur, ita etiam donatarij prædecedentes sine liberis, modo donator sit aliquis donatarij consanguineus, ad ipsum donata redeunt iure quod appellant reuersionis; quod ita legibus Romanis primùm inductum fuit in dote profectitia, *l. iure succursum. D. de iure dotium. l. dos à patre profecta. C. soluto matrim.* quod deinde porrectum fuit ad donationem propter nuptias, quam pater pro filio faciebat *l. 2. C. de bonis quæ lib.* Postea generaliter receptum est in quibuscumque bonis donantis à patre vel auo paterno, quod indicat Leo *Nouella 25. Si filius liberis orbetur donum quod illi à patre processerit, ad donatorem oportet reuerti: quod verò à matre aut ab externo quopiam donatum filius habet, non item, nisi reuerti debere id donatores pacto complexi sunt.* Paulatim tamen eò res ista processit vt frequentibus iudiciis ius istud reuersionis, quod tam angustis finibus includebatur, pedetentim, & per gradus tractum fuerit non solùm ad matrem & ascendentes per lineam maternam, sed etiam ad proximiores cognatos pro quibuscumque bonis, qui ab eiusmodi personis, donationis titulo proficiscuntur. Imò eo vsque ampliatum est ius illud, vt rescissis alienationibus à donatario factis, dissolutis pignorum nexibus, quæ medio tempore ab illo contractu fuerant integra & illabata, bona ad donatorem pleno iure reuertantur.

Consectarium VIII.

Illustrantur & conciliantur aliquot LL.

L. Si libertus 16. D. de iure patronatus. I.
L. Titia seio 87. §. Imperator. D. de legat. 2.

L. *si libertus 16. D. de iure patronatus*, in qua agitur de alienatione facta à liberto, siue fiat in fraudem legis, siue in fraudem hominis, videtur pugnare cum *l. si totas. C. de inoffic. donationibus.* 1
Ad eius verò intellectum obserua ex l. 12. Tabular. & edicto Prætoris, liberos liberti excludere patronum ab hæreditate liberti, siue sui sint, siue emancipati, siue in adoptionem dati; l. autem Papia huic iuri derogatum esse, nam si libertus sit minor centenario, patronus excluditur extante filio, etiam vno. Sunt verò centenarij, qui habent centum in bonis, siue ex Cuiac. 100000. sestertium, vel decem myriadas ex Dyonisio *libro 51.* quæ faciunt ex Caiacio quingentos aureos Gallicos. Si libertus sit centenarius, tres filij excludunt patronum ab eius hæreditate, si vnus, vel duo, debetur patrono virilis, *l. virilis. D. de verborum. signification.* Quæritur igitur in hac lege, an si libertus in fraudem alienauerit, atque ita excludat patronum à sua hæreditate, valeat

illa alienetio. Respondet Vlpianus videndum esse, an in fraudem legis vel patroni alienauerit. Alienat verò in fraudem legis si minorem se centenario aliquando fecerit, alienat in fraudem patroni, si aliquando non desierit esse centenarius, aut centenario maior. Si igitur alienauerit sic libertus in fraudem legis Papiæ, ipso iure non valet alienario; si alienauerit in fraudem patroni, valet quidem alienatio: sed reuocatur actione Fauiana, vel Caluisiana. Quæritur autem, an si libertus plura simul alienando, se fecerit minorem centenario, atque adeò in fraudem legis alienauerit, & reuocata vna ex rebus alienatis, fiat centenarius, an tota illa alienatio fit ipso iure irrita. Et quidem si simul, vnoque tempore res illas alienauerit, tota alienatio irrita erit, & nulla ipso iure, cùm per illam factus fuerit minor centenario in fraudem legis. Si verò diuersis temporibus fuerint alienatæ res illæ, & vna reuocata fiat centenarius, valebit alienatio, sed reuocabitur, vt dixi actione Fauiana & Caluisiana. Hic est verus intellectus *l. si libertus*, ex qua aliqui malè colligunt donationes inofficiosas non ad legitimam duntaxat, sed in totum reuocandas esse, si fuerint factæ extraneis, contra quàm dicatur *in l. si totas, C. de inoffic. donat.* ne fauorabilior esse videatur causa patroni quam liberorum. Falsa, inquam, est ista illatio: nam primò in hac lege non agitur potius de alienatione facta extraneo, quàm proprio filio emancipato; immò de hac posteriori veriùs loquitur. Est enim interpretatio legis Papiæ Popeæ, est siquidem lata ad castigandas fraudes factas à centenariis, cum damno & iniuria patronorum; qua de agit Papia lex Popæa, quæ vult libertum qui alienando minorem se centenario fecit, quia id fecisse censetur in fraudem legis, alienationem nullam esse, & in totum ipso iure reuocari. Si verò centenarius manens quædam alienauerit, non videri id fecisse in fraudem legis, quæ adhuc stante tali alienatione vim habet, in fraudem tamen patroni fecit; ille enim stante eiusmodi alienatione partem ex liberali hæreditate capturus est. Respondet itaque Vlpian. hanc alienationem non esse nullam ipso iure, neque in totum reuocari; sed solùm pro parte patroni per viam actionis Fauianæ & Caluisianæ; quo etiam modo diximus per querelam inofficiosæ donationis propositam à liberis reuocari vsque ad ipsorum legitimam, donationem inofficiosam, inconsultam à parente factam, quæ est sententia *l. si totas.* Non distinguit autem *l. si libertus*, an ille filio suo, an verò extraneo donauerit, sed in vtroque idem iuris statuit; quare malè ex ea *l.* colligunt aliqui donationem re & consilio inofficiosam in totum reuocari, si facta fuerit extraneo, secus verò si filio donantis. Immò potius ex hac *l.* contrarium colligitur, cuius hæc sine dubio species est: Libertus habebat v. g. centum quinquaginta in bonis, & duos filios, cùm vellet sua omnia bona filiis relinquere, excluso prorsus patrono, neque id posset testamento cauere; quia per legem Papiam patronus vocabatur in virilem, ac proinde ad quinquaginta, alterum filiorum emancipauit, eique sic emancipato dedit L X X V. & deinde alterum hæredem instituit, qui proinde patronum excludit, cùm in bonis defuncti patris nō reperiatur nisi LXXV. & ipse minor centenario decesserit. Quare si patronus velit æqualiter concurrere cum vnico hærede, & vindicet sibi XXXVII. cum dimidio, iure repellitur, quia in hæreditate, non sunt centum, & potiori multo ratione si postulet L. quia quod fuit inter viuos alienatum, non est amplius in bonis, & hæreditate defuncti. De hac quæstione consultus Vlpianus respondet donationem ipso iure nullam esse, & in totum ipso iure reuocari, atque adeò patronum integram virilem recuperaturum, nempe L. Nam tunc filius donatarius vbi viderit donationem sibi factam, fuisse nullam, veniet sine dubio in successionem: nam si ille donatarius volens abstineret à successione, patronus haberet dimidiam pro virili, nempe LXXV. quia non haberet nisi vnum liberti filium secum in successione concurrentem. Idem omnino contingeret si libertus illi suo filio emancipato donasset duntaxat quinquaginta & vnum, quia, stante ea donatione libertus reuerà minor centenario decederet, atque ita patronus nihil postulare posset, & ipsa lex Papia cessaret. Quare in fraudem non modo patroni, sed etiam ipsius legis facta iure meritò censebitur ea donatio, atque adeò in totum nulla erit ipso iure. Si verò libertus noluit omnino patronum à suis bonis excludere; quia tamen ipsi dolebat æqualibus partibus cum suis filiis suam hæreditatem ab illo colligi, partem bonorum suorum infra centenarium diuisit filiis, & alteri dedit 30. aut 40. aut etiam 50. postque eam donationem mansit adhuc centenarius; non dicitur donasse in fraudem legis, quæ adhuc locum habebit, sed in fraudem patroni, qui post eiusmodi donationem, veniet adhuc in partem hæreditaris liberti, sed minorem; v. g. si donauit 50. patronus habebit tantùm 33. cum triente vnius, videlicet virilem ex centum, reuocata autem donatione habuisset 50. Et sanè reuocabitur, sed non ipso iure, sed per actionem Fauianam, & Caluisianam. Deinde non reuocabitur totum quod alienatum est, sed quatenus portio patroni diminuta est, atque ita sexdecim cum besse vnius repetentur à donatario, & dabuntur patrono, vt cum triente relictorum à defuncto habeat 50. consentaneè *l. 1. C. si in fraud. patr.* illis verbis: *Quatenus legitima parte diminuta est.* Atque ex his omnibus vides non dissentire *l. si libertus*, cum *l. si totas*, neque reuocandam esse in totum donationem factam extraneo per querelam inofficiosæ donationis, sed vsque ad legitimam, vti statuebamus *art. proximo*, nisi si nihil omnino liberis relictum foret, tunc enim tota donatio annullanda foret, cùm enim filius plus iuris habeat in bonis paternis, quam patronus in bonis liberti, non debet esse deterioris conditionis, quàm patronus. Sicut igitur quando donatio liberti fit in fraudem legis, quia lex ea alienatione stante, nihil prorsus habet vnde portionem legitimam tribuat patrono, ideòque prorsus inanis redditur eo casu lex, nulla est ipso iure donatio, & in totum ipso iure reuocatur; quando verò facta fuit eiusmodi alienatio in fraudem hominis tantùm, quia lex potest adhuc locum habere, quamuis non nisi diminutè, non reuocatur absolutè, & in totum ea donatio, sed quatenus necessarium est, vt suppleatur quod deest. Pari ratione quando donatio facta à patre siue alicui liberorum, siue extraneo fuit eo vsque inoffi-

ciosa,

ciosa, vt nihil aliis relictum sit, atque adeo lex de legitima debita filiis, stante eiusmodi donatione nullam vim tunc obtineat, anihilanda atque irritanda erit eiusmodi donatio in fraudem legis facta optimo argumento ducto *ex l. si libertus.* Si verò post eam donationem supersit quidpiam alicuius momenti liberis, circa quod lex operetur, non obstante priori donatione, supplendum erit id quod deerit ad legitimam portionem debitam, & eo vsque reuocanda donatio, quæ facta fuerat in fraudem hominis, non legis.

2 Hinc facilè conciliabis *l. Titia Seio* 87. §. *Imperator. D. de legat.* 2. cum *l. si vnquam* 8. *C. de inoffic. donation.* nam *in illo* §. Alexander Seuerus vult donationem inofficiosam ab auia factam, in totum reuocari per querelam inofficiosæ donationis; *in l. verò si liqueat*, Imperatores Diocletian. & Maximian. rescribunt donationem matris in vnum filium collatam, ad legitimam reduci: vtraque autem illa donatio erat vniuersalis, & omnium bonorum, nam in priore auia patrimonium suum exinanisse, in posteriore mater exhausisse dicitur, atque ita præcluditur effugium distinctionis de donatione vniuersali, & partiali, quam aliqui inuehunt. Hæc apparens antinomia ditiùs exercuit iuris Interpretes, meum non est arbitrari; non videtur tamen reiicienda conciliatio quam tradit Molin. *tractat. de inoffic. donat. numero* 51. *& seq.* ex distinctione vniuersalis, & partialis donationis, quam nihilominus effugium esse potius hoc loco, quàm veram interpretationem obiiciebant aliqui. Itaque §. *Imperator*, agit de exinanito prorsus patrimonio per donationem factam ab auia, cui nihil proinde relictum esset, non donatum. *L. si liqueat*, agit de exhausto donationibus à matre factis patrimonio, non ita tamen, quin adhuc aliquid alicuius momenti superesset; idcóque distinguendum est inter patrimonium exinanitum, & exhaustum, contra quàm velit Cuiac. *libro* 5. *obseru. capite* 14. vbi patrimonium exhaurire, exinanire, vacuefacere, euiscerare, & vt in *Nou.* 92. dicitur, exantlare ἐξαντλεῖν synonima esse monet, additque nusquam legi donationem reuocari in assem, inue partem virilem, sed debitam tantùm portionem reuocari aut repleri, eamque esse iuris consuetudinem ex Symacho *libro* 10. *ep.* 32. *repetit. ad* §. *Imperator*, in quo Alexander extantibus nepotibus duobus, & in vnum ab auia collata donatione immodica, alteri donatario reuocationem validam pro dimidia parte dati rescribit. Cuiac. respondet dimidiam quartæ partis intelligi, idque omninò dicendum esse ex *l. si mater* 7. *C. de inoffic. donation.* verùm nuper ostendimus in Alexandri rescripto dimidiam partem non posse intelligi, dimidiam quartæ, hoc est octauam. Quare manet tota difficultas, & antinomia, quam omnino tollet diuersa ea vocum significatio, si probari possit in iure vsurpari quod fieri posse videtur. Nam *l. cum donationib.* 6. *C. de inoffic. donation.* dicitur pater nescio quis exhausisse facultates suas donationibus in filium collatis: illi tamen plura superfuerant, quæ deinde codicillis in reliquos liberos diuiserat, & dotem filiæ dederat, & fideicommissum centum reliquerat. Quia tamen tam dos quàm fideicommissum erant infra portionem legitimæ debitæ, dicuntur facultates exhaustæ, quia in tantùm exhauriunt patrimonium, vt non supersit legitima liberis ex iure contingens. Eodem modo loquitur *l. cùm mater* 7. & *l. si liqueat* 8. in quibus omnibus vsurpatur eadem vox, & eadem significatione, vt legenti constabit. Alexander autem in suo rescripto vsurpat verbum exinanio, quod aliquid ampliùs dicit, quàm exhaurio, & in propria significatione vsurpandum est, maximè cum ad id nos cogant alia iura quæ alioquin cum ipso pugnare fateri conabimur.

CAPVT III.

De permutationibus.

ART. I. *De natura permutationis & à cæteris contractibus differentia.*

II. *Consectaria.*

CVM vniuersa negotiatio cœperit quondam à permutationibus, iisque ferè perfecta sit, vt habet *l.* 1. *D. de contrahend. emption.* nosque sæpius monuimus, maximè *cap. vlt.* libri primi dum nummi originem explicaremus, non potuimus prorsus hanc de permutationibus disputationem prætereire, quamuis de illa paucissima dicenda sint, vt constabit ex *D. de rerum permutat.* vbi Paulus permutationis à venditione discrimen assignasse contentus fuit, vti sapienter obseruauit Paulus castrensis, neque plura ferè Interpretes de hoc contractu disputant.

ARTICVLVS PRIMVS.

De natura permutationis & eius à cœteris contractibus differentia.

Quid sit permutatio. 1.
Eius materia. 2.
Eius differentia à cæteris contractibus. 2. & 3.

PErmutationem definiuit Hotman. *in Epitom. D. de rerum permutat.* Contractum innominatum, per quem is, qui permutationis facto rem dedit, alterum sibi obligat, vt rem de qua conuenit, præstet. Quæ definitio bona est, & permutationem à cæteris contractibus, & maximè à venditione, cui vicina dicitur, & similis emptioni, *l.* 2. *C. de rerum permutat.* distinguit.

Dicitur itaque permutatio contractus innominatus, & insinuat Paul. *in l.* 1. *D. de rerum permutat.* Itaque passim omnes sentiunt, contra quàm opinatus sit Antonius Mannicius Iuris consultissimus, quem habuisse se Magistrum gloriatur clarissimum illud Iurisprudentiæ lumen Anton. Faber, cuique in hac opinione aliquando adhæsisse fatetur, eo quod hic contractus vulgatissimum, & illustrissimum nomen permutationis habeat: ab hac nihilominus singulari Magistri sui sententia discessit Faber, & communem amplexus est *in rationalibus*, *eo quod* permutatio 1

permutationis nomen vniuersale sit, conuenitque omni negotio, quod in commercium cadit, siue res cum re permutetur, siue cum pecunia, siue pecunia cum pecunia, vt in cambiis, siue factum cum datione, siue factum cum facto, ita vt nullum commercij genus sit, quod in aliqua commutatione non consistat, ideoque institiam quæ maximè commercia dirigit, commutatiuam appellamus. Nominatus autem contractus is solum dicitur, qui proprium nomen habet. Præterea in contractibus nominatis non datur locus pœnitentiæ, *l. si pecuniam 5. D. de condict. causa dat. l. sicut 5. C. de obligat. & action.* At verò in permutatione licet pœnitere. Nam si is qui rem suam tradidit, nec ab alio quidpiam adhuc accepit, malit rem suam condicere, quàm agere ad complementum contractus, id poterit *l. 1. & l. 5. C. de rerum permutat.*

2 Atque iam inde oritur prima differentia permutationis tum à cæteris contractibus nominatis, tum à venditione, & emptione, quæ denominant etiam diuersimode contrahentes, cùm vnus dicatur emptor, alter venditor, atque ex rebus, quæ in contractum emptionis deducuntur vna dicitur merx, altera pretium, quæ diuersitas nominum in contractu permutationis non contingit. Nam ex vtraque parte nomen permutationis obtinet, & vterque contrahens dicitur permutans, aut permutator, & quælibet res hinc inde permutata vocatur species, nam non fit permutatio nisi speciei, ad speciem. Quod verò addunt aliqui adeo diuersa esse nomina contrahentium in venditione, vt vnus & idem non possit dici venditor, & emptor in eodē contractu, sicut neque simul duplici illo officio fungi, duplicemque personam sustinere *l. pupillus 5. §. item ipse tutor. D. de authorit. tutor.* & *l. & quæ sub imagine 10. C. de distract. pignor.* non magnum affert discrimen. Nam licèt in permutatione vterque contrahens dicatur permutator, vti iam monuimus, vnus tamen & idem contrahens non potest in eodem contractu, officio vtriusque permutatoris fungi.

Dixi secundò in permutatione rem peti pro re, quia permutatio solis rebus, non merce & pretio, vti emptio & venditio, perficitur. Sic datur prædium pro prædio *l. 1. C. de rerum perm.* domus pro fundo, *l. 5. C. eod.* frumentum pro oleo *l. pen. C. eod.* argentum factum pro infecto *l. vlt. D. de rerum permut.* nummi pro nummis, vt si pro certo denariorum numero daretur certus aureorum numerus, *l. quæ extrinsecus 65. D. de verbor. obligat.* quæ permutatio inter Argentarios & Collybistas peruulgata est. Atque hac ex causa differt permutatio à cæteris contractibus, qui solo consensu perficiuntur, cuiusmodi est emptio & venditio. Iamque habes alteram differentiam inter hos contractus. Verùm restat quærere quomodo distinguatur à mutuo, commodato, deposito, & pignore, quæ non nisi re contrahuntur. Respondeo in omnibus illis contractibus contrahi obligationem ad illud idem, quod fuit traditum, vel ad tantumdem in genere, quod functionem accipiat; in permutatione verò non contrahitur obligatio ad illud idem, sed ad aliud mutuum: v. g. functionem accipit in pari genere. Nam frumentum pro frumento, oleum pro oleo, vinum pro vino, nummi pro nummis reddendi sunt, *l. 2. D. si certum petat. l. cum à quo 16. & l. seq. C. de solution.* At verò permutatio non in pari, sed dissimili genere functionem accipit, vt si frumentum pro oleo, vinum pro frumento v. g. reddatur, *l. pen. C. de rerum permutat.* Hinc fit vt mutuum, pignus, aliique similes contractus, qui re perficiuntur, dicantur vestiri re: permutatio autem non tam dicitur vestiri, quàm interuentu rei perfici: non enim nascitur ex conuentione quæ fit re vestita, sed ex solo interuentu rei, animo permutandi traditæ. Itaque res tradita, non ipsa conuentio initium obligationi præbet.

Dices si conuenerit vt qui mutuum petebat, scyphos acceptos vendat, pecuniaque vtatur, si pretio vsus non sit, non erit mutuum, sed permutatio, cogiturque alter actione præscriptis verbis pecuniam acceptam reddere, *l. rogasti 19. D. de præscriptis verb.* Si conuenerit vt alter pecuniam, alter Stichum daret, permutatio certissima est; quia qui Stichum dedit, accipientis facere cogitur *l. vlt. D. de condict. caus. dat.* Denique pactio constante matrimonio valet, vt dos ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam permutetur, *l. ita constante, 26. D. de iure dot.* Vides igitur rem non cum re, sed cum pecunia quoque commutari. Pecunia verò tunc rei in quam permutatur, pretium omnino est.

Resp. in illis & similibus aliis casibus neque rem suo pretio æstimatam, neque pecuniam tanquam pretium & quantitatem, sed tanquam rem, & corpus, & speciem dari; atque ita veram fieri permutationem.

Vltimis verbis diffinitionis dixi vnum permutantem obligare alterum, vt rem de qua conuenit, sibi præstet. Nam ille proprius effectus permutationis est, vt dominium vtriusque rei permutatæ transferat; neque satis est vno permutante & tradente rem suam, alterum ipsi præstare habere licere, sed rem ipsam præstare debet. Quare in permutatione dominium vtrinque trāsferri oportet *l. vlt. D. de cond caus. dat.* Ideoque qui pro re data rem aliam vicissim dat, genus quoddam permutationis contraxisse videtur *l. sed etsi lege 25. §. consului, D. de heredit. petit.* Denique permutatio parit obligationem ad rem de qua conuenit præstandam.

Atque hinc oritur tertia differentia permutationis à venditione, quæ non transfert dominium, sed habere licere; quia nudo consensu, & non rei traditione contrahitur, sicut permutatio: indeque fit vt alienæ rei venditio contrahatur, non verò permutatio, emptorque dare pretium cogitur, non tam quia mercem accepit, quàm quia nudo consensu obligatus est. Nam si & illi doli exceptio detur, cùm tamen concedatur aduersùs eum actio, illum obligatum esse constat, *l. Iulianus 13. §. offerri. D. de action. emption.* At cui ex pacto permutationis data res est, quam postea cognouit esse alienam, nulla actione cogi potest rem suam tradere; quia nudo consensu obligatus non est, sed traditione rei; ac eius in se dominij translatione, quæ translatio facta non est, si res tradita non erat in dominio tradentis. Quare æquum non est illum cogi ad tradendam suam rem contra conuentionis placitum, & obligationem. Maneat igitur allata differentia quod in venditione emptor quidem teneatur transferre dominium pecuniæ pro pretio solutæ in venditorem, non verò venditor rei venditæ dominium in emptorem, sufficitque vt rei traditæ vacuam possessionem tradat emptori, seque obliget de euictione, & purget de dolo malo, & si rem alienam ignorans vēdidit, conueniri nequit ex empto, quamdiu emptori rem habere sine controuersia licebit. Quæ omnia cap. sequenti demonstrabimus. In permutatione aliud prorsus dicendum est, vt monui. 3

Quarta

Quarta differentia permutationis à venditione sumitur ex diuersitate actionum, quæ ex illis contractibus nascuntur. Nam si res aliena vendita, & euicta sit, datur actio ex empto ad id omne quod interest emptoris, in permutatione verò si res permutata euincatur, datur actio in factum ciuilis, & non prætoria, ac proinde præscriptis verbis. Cæteras differentias vide apud Paul. *l.* 1. *D. de rerum permut.* & eius Interpretes: hactenus allatæ nostro instituto sufficiunt, cùm aliæ vix pertineant ad forum internum.

ARTICVLVS II.

Consectaria circa permutationes beneficiorum.

QVamuis disputatio de commutatione benificiorum Ecclesiasticorum, quæ & fusior & implicatior est, suum alibi locum habeat, nosque de illa aliquid diximus *tractatu de symonia q.* 14. *consect.* 4. *& sequent.* quatenus in illam potest cadere labes symoniæ; quia tamen nonnulli Interpretes ex iis quæ Paul. *in l.* 1. *D. de rerum permutat.* tradidit de natura permutationis, aliqua colligunt circa istam quoque commutationem beneficiorū, ducta ex ipso iure naturali, placuit ea quoque referre hoc loco, ne quid omisisse videamur, & vt facilius ampliorem disputationem de beneficiis à nobis expectes.

In primis igitur quia Paulus in citata lege ait eum, qui dat rem alienam, nullam contrahere permutationem, eoque casu condictioni locum esse, vt res nostra nobis reddatur, quasi re non secuta; colligit Boër *in suis decisionib quæst.* 97. posse permutantes redire ad sua beneficia sine noua collatione, si detur ab alterutro permutantium alienum, vel ita cōtrouersum, vt frui eo non possit is cui datum est. Deinde *quæst.* 205. docet permutationem beneficiorum nullam esse, nisi beneficia quæ permutantur hinc inde, fint permutantium eo ipso momento quo fit permutatio; quia titulus permutationis nihil operatur ad decretum de pacificis, si qui permutat nihil habeat iuris in illud beneficium, quod fusiùs *illa quæst.* 205. *numer.* 6. explicat. Faber verò negat in beneficiis Ecclesiasticis agi posse de euictione, altero quod ex permutatione datum est, euicto, eamque esse inter res sacras, & profanas permutationes differentiam. Plura alia de regressu ad beneficia propter permutationem inualidam, aut non completam congessit Mornac. *in l.* 6. *C. de rerum permutat.* ex Rebuff. *in praxi benefic. tit. de permutat.* & Molin. *de infirm. resignat.* ad quæ modò digredi, vagari, aut exarrare potiùs esset. Disputari quoque posset hoc loco de imaginaria fictaque permutatione prædiorum in fraudem domini directi, ad fraudanda laudimia, vel ad impediendam gentilitiam redhibitionē, cùm reipsa sit vera emptio. De hac fraude pluribus agit Molinæ. *in consuetud. Paris.* §. 23. *num.* 93. *&* 94. Nos de iure laudimiorum fusiùs tractauimus in opere nostro de vsuris. Certum est neminem eo onere eximere se posse fraudibus & fictis contractibus. De redhibitione verò gentilitia sequenti cap. 6. agemus; quare tota difficultas erit in aperiēdis eiusmodi dolis, & vt iudicetur an fuerint veri contractus, an non; quamuis forte in hanc rem multiplicati, quod non habet peculiorem difficultatem isto in casu. Non aliena quoque videri poterit hoc loco quæstio quam mouet Mornac. in *Rubric. D. de rerum permutat.* de reditu Basilicæ, siue domus ciuilis Parisiensis, dato ex causa permutationis, adiecta stipulatione præstandi supplendique, *De garentir & faire valoir*, si mora fieret in solutione; accidit verò interdum ex facto Principis vt intermittantur illi reditus, & ab illo vindicētur ob vrgentes necessitates: quid eo casu fuerit agendum? refert Mornac. solitum esse ordinem amplissimum ita decernere, ne inutiliter stipulatus videatur, qui de præstando, supplendóque sibi cauerit. Quare qui cessit eos redditus solet damnari, vt curet intra quatuor menses solui reliqua, siue vt loquimur *Arreragia*, quæ prætererunt; cætera verò quæ sequentur intrà mensem ab exacto trimestri quolibet, aliàs nisi id fiat damnatur per sese, suisque nummis soluere, vbi in singula quæque trimestria mensis exactus est, posteque per missiones in possessionem perque bonorum addictiones cogi eiusmodi debitor, nisi malit resolui permutationem, cui optioni faciendæ solus mensis præfiniti solet. Neque plura de permutationibus; cætera enim illi communia sunt cum emptione & venditione, quibuscum magnam habet similitudinem, vti iura sæpius mouent.

CAPVT IV.

De emptione & venditione.

VSISSIME patet hic contractus; cùm vbique & in omnibus ferè commerciis celebretur aut implicetur. Quare in eo explicando prolixiores sunt DD. tum Theologi *in* 4. *dist.* 5. *cum Magistro*, & 2. 2. *quæst.* 77. *cum. S. Thom.* tum Canonistæ & Iuris Pontificij Interpretes *in* 3. *decretal. tit.* 17. & Romani Iurisconsulti *in* 18. *D. totum*, & *tit.* 1. *lib.* 19. atque ex illis Summularij & Casuistę omnes; nos amplissimam disputationem cogemus in tria capita. Primum erit de natura emptionis & venditionis. Secundum de pactis & conditionibus conditioni adiectis. Tertium de resolutione huius contractus. Quibus explicatis nihil amplius desiderare poteris; quod ad nostrum institutum pertineat; cætera enim ad subsellia forensia spectabunt.

ARTICVLVS PRIMVS.

Quid & quotuplex sit venditio & emptio.

Quid sit emptio, & venditio. 1.
An res incerta vendi possit. ibid.
An pretium debeat esse pecunia. 2.
An debeat esse certum. 3.

Quomodo perficiatur venditio.4.
Discrimen ab aliis contractibus.5.
Arrha quid.6.
Quotuplex sit venditio.7.

1 OMissis variis definitionibus quas expēdit Salas *tract. de empt.dub.* 1.& Rebel. 2.*part.lib.9. quæstio* 21.*sect.*1.dico venditionem esse contractum vtrimque obligatorium de re pro pretio tradenda, qui solo consensu perficitur; emptionem verò esse similem contractum de pretio pro re tradendo. Est igitur tum emptio, tum venditio contractus vtrimque obligatorius, vt patet, & nominatus, cùm proprium habeat nomen, est verò de re aliqua quæ ab vno venditur & distrahitur, ab alio emitur & acquiritur. Neque sine re venditio subsistere potest *l. nec emptio* 8. *l. etsi consensu* 15. *D.de contrah. emption.* res autem amplitudinem maximam habet,& tum mobilia tum immobilia, tum iura, tum pleraque alia vti *art. sequenti* explicabimus, continet. Obiicit tamen Pomponius in citata *l. nec emptio*; videri emptionem interdum fieri sine re, vt dum fructus futuri, & partus non editi, nascituri, vel quidpiam alea emitur, vt captus piscium, vel auium & missilium quæ sparguntur, vt fiant primi occupantis, quorum tamen omnium venditio valet;cùm eiusmodi fructus pignorari quoque possint, *l. & quæ nondum sunt* 15.*D. de pignorib.* & legari *l. quod in rerum* 24. *D. de legat.*1. §. *ea quoque res* 7. *instit. de legat.* & per stipulationem promitti *l. interdum* 73. *D.de verborum obligat.*Captum piscium & missilium validè emi, licèt nihil inciderit, fatetur Cels. *in l. si iactum retis* 12. *D. de action. empti.* & Pompon. *in citata l.nec emptio,* & tamen fructus futuri, & partus nondum nati, nondum sunt, neque fortassis vnquam erunt, nulli quoque forsitan pisces, nullæ aues, nullaque missilia capientur.

De hoc casu fusiùs egimus *lib.primo, cap.*4.*art.*1. *numer.*4. *&* 5. quibus maioris explicationis causâ addideram in his omnibus vendi rem,sed incertam, quæ vt pretio quamuis minore potest æstimari, ita & vendi,quia speratur esse,ipsaque etiam spes venditur, quæ aliquid est, & paulò plus quàm nihil. Plurimum tamen interest an res futura ematur, vt fructus & partus futuri; an verò alea; vt in venatione, & iactu retis contingit. Nam in priore casu non emitur, sola spes, sed res ipsa, estque venditio conditionata, tacita & subintellecta conditione, si partus quandoque erunt editi,aut si fructus aliquando nascerentur, *l.* 1. *in fin. D. de condition.& demonstrat.*Itaque expectandum est donec fructus nascantur; quia contractus ex re dilationem capit, *l. si interdum* 73. *D. de verbor. obligat.*quare si fructus nati sine culpa venditoris perierint, aut consumpti sint,rursum expectandum erit,donec iterum nascantur, & dari possint, quod in stipulatione fructuum scribit Paulus ex Pedio. *in l. inter stipulantem* 83. §. *sacram. D. eod.* quia nihil amplius præstandum est, quàm quod nascetur, *l. si debitor* 39. §.1. *D. de contrahend. emption.* non tamen dicitur ea venditio conditionalis, quia ea conditio, quæ inest, numquam facit actum conditionalem, *l. ita legatum* 65. §.1. *D. de legat.*1. *l. nonnumquam* 52. *l. si ita expressum* 69. *D.de condition.& demonstrat.* At verò quando quidpiam alea emitur, nequidem tacitam habet conditionem emptio, quæ idcirco non minus valet, quamuis vana fiat spes, & nihil existat,quod præter spem præstare teneatur venditor, vt dicitur *l.*8.& *l. si iactum* 12. *D.de action. empt.* Deinde fructus siue naturales siue industriales fundamentum & causam habent in re, cùm ex ipso fundo percipiantur, at in alea nihil assignare licet,quod non sit incertum; idcircò sapienter Pompon. in *citata l.* 8. distinguit venditionem fructuum futurorum à venditione aleæ, aut venationis, vel iactus retis, aut missilium,quia in priore casu est aliqua res quæ væneat,licèt venditio sit conditionata modo explicato, in venditione aleæ nihil est quod vænisse dicatur præter nudam spem, quæ vice rei venditæ fungitur; quia & ipsa res aliqua est, & non merum nihil, vt dicebamus. Itaque aliud est vendere pisces qui capientur, aliud vendere iactum retis, quia prior illa venditio conditionata est, & nullis captis piscibus nulla est,idcóque pactū pretium mihi non debes:at verò posterior vēditio absoluta est, & siue capiātur, pisces siue nō capiantur,valida est venditio,debesq; pretiū conuentū, & si piscator rete iactare noluerit tenebitur ex vēdito, & incertū piscationis æstimandum erit,vti ait Celsus *in l.si iactum* 12.*D.de action. empt.* quia incerti certa tandem fieri potest æstimatio *l.* 2.§. *incertum*, & *l. vlt. D. de stipulat. prætor. l. vbi autem* 77. *D. de verbor. obligat.* Non igitur fit venditio sine re,quod vnum contendebamus. Nam in alea saltem spes venditur,quæ magni fit apud negotiatores. Vnde Sen. *contron.* 1.*lib.*5.*Tolle spem nemo fœliciter expertus negotiationem,alios appetet quæstus.*Sic etiam quę in auctionibus publicis væneunt, quasi alea væneunt; vnde Lucian.in dialogo *Vitarum auctio*; non illepido loco exhibet Mercurium addicētem actione publica Socratem Philosophum, his verbis, *ἀγαλαβὼν ἀγαθῇ τύχῃ*, quod etiam præcones nostri dicere solent, *Prenés à la bonne heure.* Inde soluenda erat illa controuersia quę totam otiosam Græcam exercuit inter Milesias piscatores, & retis emptorem,qui extractam vetriculo piscatorio mensam auream, ex lege emptionum suam esse oportere contendebat; cùm piscatores exciperent non de auro sed de piscibus conuentum esse; dandam verò Delphicus Appollo respondit omnium sapientissimo. Vide Laërt.*in Thalete,* & Valer.Maxim *lib.*4.*cap.*1.Damnauit hoc Apollinis responsum Boër. *in consuetud. Armoric. art.*53. *des droicts du Prince*: cùm publico aut inuentoribus deberetur, cùm quid fortuitum esset, neque aut piscatores,aut emptor cogitassent nisi de piscibus. Nos de hoc iudicio diximus loco nuper laudato, quod verò venditionem futurorum fructuum & partuum conditionalem esse ex subintellecta conditione, si fructus nascantur, contendebamus,videtur impugnari ex eo quod ait Pompon. in *l.*8. *D. de contrab.emption. Si venditor id egerit ne nascantur, ex empto agi posse.* Nam si nulla sit venditio, si fructus nulli nascantur ob defectam conditionem,non poterit ex venditione nulla venditor teneri ex empto. Verùm quia conditio habetur pro expleta in præiudicium eius per quem stat quominus impleatur, vti fusiùs diximus disputantes de contractibus conditionalibus,& iste venditor impediuit,ne fructus nascerentur,conditio illa tacita habetur pro impleta,& venditio eo se habet modo, quo si reuerà fructus nati fuissent,neque expectandum erit, vt alij fructus nascantur.

Altera particula in definitione venditionis, est pretium pro quo res datur in venditione, aut quod pro re in emptione paciscimur. Vtrum verò pretium pecunia numerata duntaxat, an etiam aliis rebus constare possit, magna fuit olim dissensio; nam Sabinus & Cassius venditionem esse contendebant, quia venditio nummis antiquior est, tunc autem non fiebat nisi rebus in pretium rei venditæ datis. 2

Deinde

Deinde quia res pro re duobus modis dari potest. Primò quidem vt corpus pro corpore,& res pro re ita vt solum corpus & res spectetur, vt vestis pro calceo,tuncque est vera permutatio. Secundò datur res venditori spectata secundùm æstimationem, & valorem suum, siue non datur vt species, sed vt pretio facto quantitas venditori soluatur & tāquam paris æstimationis, vt fit cùm res venalis fuerat, & tunc vera videtur esse emptio *l. fauet*, *l.* 1. *C. de rerum permutat*. Neque desunt huius Sabinianæ sententiæ vestigia in iure. Nam *in l*.6. §. 1. *D. de action. empt.* extat Pomponij locus ex libris ad Sabinum, vbi Neratij sententiam apertè probat,vt si pro vna parte pretij pecunia præstetur,pro altera parte opera; venditio & emptio sit; idque ipsum dicitur *in l.6. D. de præscript. verb.* & cùm venditor certa lege fundum vendit, pars pretij esse dicitur, *l. fundi* 79. *D. de contrahend. emption. l. si sterilis* 21.§.1. *D. de action. emp. l.6. §.vlt. D. de seru. export.* Deinde si inter emptorem & venditorem conuenerit, vt pro pretio constituto certa pecorum capita soluantur, venditionem & emptionem esse traditur, *l.* 9. *C. de rescind. vendit.* Denique cùm pecuniam do vt mihi Sthicus detur, non dicitur emptio,sed ob rem dari obligatio,quia eo casu pecunia non tamquam pretium, sed tamquam corpus datur, *l. vlt. D. de cond. caus. dat.* Contraria tamen Proculi & Neruæ sententia, qui negabant venditionem esse cùm res datur in pretium pro re, sed solam permutationem, obtinuit, eamque probat Paul. *l.* 1. *D. de contrab. emption.* & ipse Imperator §.4. *instit. de contrahend. emption. l.* 3. *C. eod.* & *l. penult. C. de rerum permutat.* quia sicut alius emptor, alius venditor dicitur, sic aliud mercem,aliud pretium esse oportet,quod non contingit in permutatione, in qua, vti nuper monebamus, vterque contrahens permutator,vterque actus permutatio, vtraque substantia res dicitur. Deinde cùm emptor teneatur pretium facere venditoris, venditor autem non teneatur mercem facere emptoris, vti statim dicam, si vtrimque eadem res pretium esset, vtriusque fieret; si autem vtrimque merx esset,neutrius fieret.

Huic tamen Pauli argumento videtur respondere Vlpian. *in l. sciendum* 19.§.*pen. D de ædilit. edict.* in permutatione vtrumque emptoris,& venditoris locum obtinere, cum de redhibitione agitur; quia verò Proculi sententia vsu inualuit, illi standum est in foro saltem externo, nam quoad conscientiam non existimo vllum fore discrimen, siue ille contractus permutatio, siue venditio dicatur, modo æqualitas in omnibus seruetur,dum vel res cum re, vel cum pretio commutatur, quæ posterior commutatio venditio dicitur.

An verò si simul detur pecunia & aliud quidpiam pro re, dicenda sit emptio, distinguunt passim. DD. Si pretium multùm excedat rem, quæ simul cum illo datur, esse emptionem, si res excedat pecuniam sibi cōiunctam, permutationem esse existimant, si denique pecunia & res quæ simul pro alia dantur, sint æquales, aut saltem non appareat magna inæqualitas, expendenda esse verba contrahentium,quæ si sonent venditionem,erit reverà venditio, & res cum pecunia promissa exigetur actione ex vendito: si autem verba sonent permutationem, aut alium quendam contractum innominatum, erit permutatio aut contractus innominatus, & pretium exigitur actione præscriptis verbis. Molina tamen *tract.* 2. *disp.* 336. *num.*9. ait quoties fisci aut alterius tertij præiudicium agitur, censendum esse contractum venditionis, si vel minimùm pretium excedat rem; contractum autem permutationis, si res aliqua ratione excedat pretium; si autem sint inæqualia inter se geminum censeri contractum, atque in omnibus istis casibus soluendam esse gabellam, vel venditionis, vel permutationis,vel vtriusque si debeatur, vt in Hispania, & Lusitania debetur. Qua de re fusius Rebell. 2. *part. lib.* 9. *q.* 1. *sect.* 5. Ratio est quia quando vnum excedit aliud, videtur vnum esse principale, & aliud tantùm annexum, & acessorium; quod principalis sortem sequi debet: quando autem sunt æqualia, vtrumque æquè præcipuum est, neque vnum potius, quàm aliud debet alterius naturam imitari.

Debet porrò pretium quo venditio perficitur, 9 certum esse & determinatum, alioquin nulla est venditio, §. *pretium*, *instit. de emp. & vendit.* ea verò certitudo verbis, aut reipsa constat. Verbis cùm exprimitur, vt centum sestertiis: reipsa cùm ad id quod certum est, quantitas refertur; veluti quanti eam rem emi, quantum in arca mea est, *l.* 7. §. *pen.* & *vlt. D. de contrab. empt.* quia vt ait eo loco Vlpian. incertum tunc non est pretium, etiamsi ignoretur quanti res empta sit, nostra autem ignorantia non facit esse incertam rem, quæ sua natura certa est, *l. cum ad præsens* 37. *& seq. de reb. cred. l. sed & si* 28. §. *vlt. de iudic.* Etiamsi igitur ignores quanti eam rem emerim, & quantum in arca habeam, certum tamen est illud pretium, vt vides. Neque placet quod ait Accurs. si dixero, *Vendò pro pretio quod in arca mea est*, non fore venditionem, valiturum tamen hunc contractum innominatum, quia tunc pecunia tamquam species, non quasi quantitas censeretur *l. planè* 34. §. 1. *l. sed si certos* 51. *D. de legat.* 1. Verùm eo casu venditio certo pretio, & certa consistente quantitate facta esset, ac proinde valeret. Nam nummi qui in arca sunt, non minus in certo numero, & quantitate consistunt, licèt in quibusdam causis vice speciei fungantur, & quando sic legantur, nihil amplius quàm quod in arca est, peti potest *l. si seruus* 108. §. *qui quinque*, *D. eod.* Quid vero si dixerim hunc fundum tibi vendo quanti tu eum emisti, & reuerà tu eum non emeris, sed donatione, vel quopiam alio titulo tibi compara1ris; nulla erit venditio; quia & pretio caret,& facta est sub conditione, quæ numquam vera fuit.

Quod si dicerem, *Esto mihi fundus emptus centum & quanti pluris eum vendidero*, videri poterit inualida venditio, cùm eius pretium sit certum, & incertum simul, ipsaque conuentio pura simul, & conditionalis. Certum est pretium quoad centum, quæ definita sunt; incertum ratione pluris siue maioris pretij, quo fundum illum venditurus sum. Eadem ratione conuentio absoluta est quoad centum, conditionalis quoad pretium quo venditurus sum, quia relatiua *qui*, *quæ*, *quod* iuncta verbo futuri temporis faciunt conditionem *l. Stichum qui meus erit* 6. *D. de legat.* 1. *l. scribit* 34. §. 1. *D. de auro & argent. legat.* Hanc nihilominus venditionem esse ait Vlpian. *l. hæc venditio* 7. §. 1. *D. de contrab. emption.* quia habet certum pretium centum aureorum, & statim impletur, quamuis augeri postea possit, si emptor pluris fundum vendiderit; non enim minus certum est pretium ex eo quod postea minui, vel augeri possit. Inspiciendum siquidem est tempus præsens in quo de pretio conuenit, neque incertitudo de futura venditione redderet nullam venditionem, quæ ab initio certum pretium habuit, & si quæ attendenda esset incertitudo

titudo, deberet illa esse vel iam præsens, vel omnino futura, qualis ista non est. Nam fieri potest vt emptor hunc fundum vel numquam vendat, vel non pluris, quàm emerit: & sicut contractus qui ab initio non valuit, non debet ex euentu confirmari *l. 2. §. vltim. D. quod iussu.* ita neque si ab initio valuit ex euentu infirmari poterit, *l. verbis 5. in fin. D. ad l. Falcidiam.* Valebit igitur hæc fundi venditio tamquam certo pretio facta centum aureorum: adiectio verò illa, *Et quanto pluris cum vendidero*, non nocebit venditioni, proderit tamen venditori, nam si emptor illum deinde vendat, & pluris quàm initio emerat, crescet primæ venditionis pretium, de quo conuentum erat partim purè, partim conditionatè; neque enim ista pugnant inuicem secundùm diuersas rationes, vti malè obiiciebatur. Cur enim non emam quidpiam absolutè centum aureis, & si nauis ex Asia venerit, aut Sempronius Consul factus fuerit, ducentis. Nam existente conditione ducenta, deficiente centum duntaxat erunt in pretio. Idem Contingit hoc loco.

Ad extremum moneo certitudinem pretij petendam potiùs esse ex potestate & valore nummorum, quàm ex eorum numero & qualitate: nam *l. quæ extrinsecus 65. D. de verbor. obligat.* qui aureum promisit liberatur dando 25. denarios, aut centum sestertia. Incertum pretium est quando permittitur emptoris arbitrio definiendum, *l. quod sæpè 35. §. illud. D. de contrah. emp.* & *l. in vendentis 13. C. eod.* Idem dicendum erit, si non assignetur aliud pretium, quàm quod æquum videbitur, si tamen ea pretij definitio permittatur certæ cuidam personæ, v.g. quanti Titius existimauerit, validus erit contractus, non tamen completus, donec Titius pretium definiuerit, quod si vel recusauit, vel morte impeditus alioue casu perficere non potuerit, dissoluetur contractus, neque alterius cuiusquam arbitrium expectandum erit, *§. pretium. inst. de empt. & vend. l. vlt. C. de contrah. empt.* Vnde sequitur non deberi gabellam tempore celebratæ venditionis, sed definiti pretij; quia antea non erat contractus completus, pro quo solo gabella debetur. Quare si non debeatur pro tempore, quo pretium constituitur, ex ea venditione nulla debebitur, & si mutati sunt exactores, illi soli soluendum erit, qui quo tempore completur venditio, exigit; non retrotrahitur autem hæc obligatio gabellæ, ad primam celebrationem, vt in venditionibus conditionatis conditione adimpleta; quia vt ait Molina *tract. 2. disp. 337. num 8.* hic contractus non est conditionatus, sed absolutus, quamuis nondum definito certo pretio, incompletus adhuc existat. Cur verò nulla sit venditio quando pretium definiendum relinquitur emptoris arbitrio, non verò quando permittitur alterius voluntati, rationem reddit Fachinæ. *lib. 2. controu. c. 1.* & Molin. *disp. 336.* quia tertia illa persona tenebitur arbitrari, non verò emptor, qui poterit differre venditionem quamdiu libuerit. Licebit etiam pluribus relinquere eam definitionem, quorum aliqui à venditore, alij ab emptore eligantur, vt *ibid.* aduertit Fachinæ. & Rebell. *lib. 9. q. 1. sect. 3.* Quod si Titius cuius arbitrio permissa est pretij definitio, illud inæquale definiret, recurri posset ad Iudicem, vt consultis prudentibus æquum definiretur, quod tradunt iura citata. Si res vendatur pretio quo communiter in foro vænit, aut quo vænier tali tempore, aut quod lege fuerit positum, aut si non fuerit tali die solutum, pignus maneat venditum iusto pretio, valet venditio, *l. si fundus 16. §. 9. D. de pignorib.* estque venditio quodam modo conditionalis.

In omnibus porrò casibus, in quibus venditio defectu certi pretij constituti nulla est, si fiat traditio, & emptor rem emptam consumat, vel illa vtatur ad Id ad quod venditur, poterit venditor agere ad rem, fructus, & vsum, quanti æstimabitur, non quidem actione ex vendito, quia venditio nulla fuit, sed actione præscriptis verbis, seu in factum, *l. quoties 21. D. de præscript. verb.* Poterit itaque rem suam vindicare aut agere vt taxetur pretium, & venditio perficiatur.

Vltimæ particulæ definitionis *solo consensu perficitur*; docent hunc contractum esse nudam pactionem, quę præter consensum neque exhibitionem rei, neque certa verba, neque scripturam, neque quidpiam aliud exigit vt essentialiter perficiatur. Quare est etiam bonæ fidei contractus, in quo plurimum æquitas Iudicis possit, & non stricti iuris, in quo non liceat à rigore verborum, quibus pactum initum est, discedere: potest quoque venditio celebrari inter absentes per litteras, nuntium, proxenetam, quibus libuerit verbis, & quacumque alia ratione, quæ ad consensum contrahentium exprimendum sufficiat. Si tamen intenderent contrahentes non contrahere, nisi perficeretur scriptura contractus, reuerà absque scriptura non contraherent validè: hanc verò suam mentem censentur sufficienter explicasse, quando inter contrahendū scripturæ meminerunt, & non dixerunt nolle se aliter contrahere: satis enim est quod eam petierint, secus verò si initio contractus petierunt, vt scriptis mandaretur; tunc enim non petitur ad celebrationem ipsius venditionis, sed ad maiorem securitatem, seu ad facilioꝛem probationem in foro externo *inst. de vend. initio*, & *l. contractus 17. C. de fide instrum.* Maior difficultas est in verbo *perficitur*, potest enim contractus venditionis perfici dupliciter. Primò quoad vim obligatiuam contrahentium. Secundò quoad ipsam executionem. Quoad priorem illam perfectionem sufficit, vt dixi, solus consensus, neque opus est traditione rei, aut pretij. Nam ante illam nefas erit vnum contrahentium altero inuito à contractu discedere, & tunc vnus alterum cogere potest, vt mandetur scriptis ad maiorem firmitatem; addit tamen Molina *tract. 2. disp. 337. num. 1.* instrumentum publicum conficiendum esse sumptibus petentis, & tunc periculum rei vendi æ, eiusque commodum pertinet ad emptorem; perfectio autem quoad ipsam translationem dominij, non fit nisi per traditionem rei, ante illam enim venditor manet eius dominus: debet etiam satisfactum fuisse venditori ab emptore, aut exhibitione pretij, aut dato pignore, ex promissore, vel fideiussore dato, aut quia illi fidem habet venditor, vt habet *l. quod vendidi 19. D. de contrahend. emptien. l. vt res 53. D. eod. l. procuratoris 5. §. pen. D. de tribut. action.* & *§. venditæ rei, instit. de rer. diuision.* vbi dicitur id lege 12. tabul. cautum esse: rectè tamen dici, *Iure gentium, id est naturalè effici.* Hanc Iustiniani clausulam ridiculam dicit Hotman. *quia*, inquit, *non si quid lege duodecim comprehensum est, continuo iuris gentium non est, quasi verò illâ lege nihil nisi quod propriè & specialiter ad ius Quiritibus solis describendum pertineret; atque à naturali ratione alienum esset, sancitum fuerit.* Verùm nihil aliud voluit Imperator quàm quod venditæ & traditæ res emptori non aliter ab illo acquirantur, quàm si venditori pretium soluerit, aut aliter satisfecerit, veluti ex promissore, aut pignore dato,

aut

aut venditor illi fidem de pretio habuerit; ita lege 12. tabularum cautum esse; & nihilominus de iure naturali & gentium dici meritò possit, quod sapienter ab Imperatore pronunciatum fuisse docet Anton. Faber. *in l. quod vendidi* 19. *D. de contrah. empt.* quia vti sæpius diximus, origo vendendi à permutationibus cæpit, permutatio verò non est perfecta nisi sequuta vtrimque traditione: nam si ex altera tantùm parte fiat, dat quidem initium obligationi, sed permutationem nequaquam perficit, *l.* 1. *D. de rerum permutat.* Cùm itaque pretium in venditione teneat vices eius rei, & mercis, quæ pro alia re & merce in permutationibus datur, æquum visum est vt in venditionibus non prius rei venditæ dominium transiret in emptorem, quàm is pretium soluerit, aut alio nomine satisfecerit, aut denique eius fidem venditor vltro secutus fuerit; quemdadmodum in permutatione rem vtrimque traditam esse oportebat: & quandoquidem non placuit venditionem re perfici; sicut permutationem, placuit saltem, vt dominium venditoris non prius in emptorem transeat, quàm pretium ab ipso solutum, aliterue eo nomine satisfactum esset. Iniquum profectò foret venditorem ante acceptum ab emptore pretium rei suæ dominium amittere; sic enim pluribus fraudibus daretur occasio, & innumeris litibus, quod ostendit eo loco Anton. Faber. Itaque licèt necessaria sit traditio ad transferendum dominium rei venditæ, ea tamen non sufficit, nisi pretium soluerit emptor, aut alia ratione venditori satisfecerit. Legibus item quibusdam municipalibus idem exigitur, saltem quoad aliquam pretij partem, quæ soluta esse debet ad eam translationem dominij rei venditæ: ex peculiari tamen lege & priuilegio hanc traditionem non requiri cùm quidpiam venditur ciuitati, vel Ecclesiæ; colligere sibi videtur Couarru. *lib.* 2. *variar. cap.* 19. *n.* 2. ex *l. vlt. C. de sacros. Eccles.* Ex his conciliabis dissidentes sententias, an rei traditio necessaria sit ad perfectam venditionem, vti existimat Vasqu. *opusc. de restitut. cap.* 6. §. 2. *numer.* 17. an verò absque illa, tota essentia huius contractus consistat, vt Molina Less. & alij vulgò sentiunt. Quare putat idem Molina *disp.* 367. *numer.* 20. gabellam ratione huius contractus deberi ab ipsa prima celebratione, etsi nondum tradita sit res, aut solutum pretium: deberi inquam gabellario tunc existenti, aut illi qui tunc ius repetendi habet, non successoribus, & in eo denique loco in quo contractus celebratur, non autem vbi res sita est, aut tradita; consentit Bonac. *disp.* 3. *de restitut. quæstion.* 2. *punct.* 1. *numer.* 3. & alij; quia debetur tributum illud à perfecto & completo contractu. Verùm vltimum complementum, & quoad executionem, non tantùm quoad essentiam exigit Tuscus *verbo gabella*, *con.* 5. *numer.* 3. Vasqu. *loc. citat.* & alij, idque verius existimarim. Certè Less. *lib.* 2. *cap.* 21. *numer.* 1. ait pœnas appositas isti contractui non afficere illum nisi vltimo completum, quamuis ad obligationem gabellæ non requirat, nisi complementum essentiale cum Molina, quod in contrahentium consensu consistere diximus. Verùm non afferunt sufficiens discrimen inter pœnas & gabellas in hac parte, cur videlicet obligatio gabellæ non exigat complementum vltimum, & impositio pœnarum illud postulet.

5 Ex his omnibus colliges quomodo venditio à cæteris omnibus contractibus differat. A permutatione quidèm cum qua tamen maiorem habet communionem, pluribus distinguitur, vt singillatim enumerant Gotoffredus & Anton. Faber. *in l.* 1. *D. de contrah. emptione*, sufficiat illa sæpius explicata; quod permutatio re tantùm perficiatur. Differt à cambio, quia in eo datur pecunia pro pecunia; à donatione & promissione gratuita, quia hic contractus est vtrimque obligatorius, & onerosus; à mutuo, quia illud non perficitur sine traditione rei, & in eo datur aliquid quod functionem accipiat, & reddendum est; à commodato, quia quod commodatur remanet in dominio commodantis; ab emphyteusi, in qua non datur dominium directum, sed vtile; à locatione quia in ea non venditur res, sed vsus rei, aut fructus locantur pro pretio; quod discrimen licèt vulgò afferatur non omninò satisfacit; quia vendi potest ille vsus rei, vt ædium, animalis, sicut & fructus dato pretio; quid enim deerit ad veram venditionem, & tamen illud ipsum est locatio.

Respondet Lugo *disp.* 26. *numer.* 3. in locatione pretium esse pensionem successiuè soluendam; in venditione autem conuenitur de vnico pretio, quod totum statim debetur. Verùm in locatione equi aut operarum ad vnum diem, non est nisi vnicum pretium, & in venditione sæpius conuenitur de pretio per partes soluẽdo. Verius est aliud discrimen quod *ibid.* addit, Lugo, periculum rei venditæ pertinere statim ad emptorem, quare si absque venditoris culpa pereat, perit emptori, qui nihilominus ad pretium soluendum tenetur. At verò in locatione periculum semper spectat ad locatorem, nec pensio debetur pereunte re locata, etiam post traditionem absque culpa conductoris. Quando artifex simul suppeditat materiam operis & suammet operam, ex suo *v.g.* auro tibi fabricat statuam; venditio est: si autem in tua materia laboret, & ex tuo auro tibi conficiat annulum, erit locatio. Solet tamen excipi domus ædificatio in alieno solo, cui Architectus suppeditat materiam *l. Sabinus* 20. *D. de cõtrah. empt.* quia dominus soli acquirit dominium materię, & domus in suo solo ædificatæ; quare videtur tantum conducere operas Architecti. Nihilominus Rebell. 2. *part. lib.* 9. *q.* 1. *num.* 30. putat esse venditionem; quia datur pro materia maius pretium, quàm exigeret sola opera; quare etiamsi ibi sit locatio, erit & venditio saltem virtute, & quoad rigorem iustitiæ, atque effectum soluendi gabellam; lex autem *Sabinus*, supponit à me materiam suppeditari. Quoad conscientiæ forum hæc quæstio videtur inutilis; standum tamen existimo vsui & consuetudini.

Quia verò in emptionibus solet dari arrha, de ea nobis quidpiam subiiciendum est. Arrha igitur est prærogatiua pretij quam emptor quasi perfectæ emptionis argumento venditori præstat. *Prærogatiua* dicitur, quia Latini sic appellant quòd prærogatur, & quasi in maioris summæ antecessum datur, datur verò aliquando pecunia, aliàs quidpiam aliud, veluti annulus, *l. ex empto* 11. §. *is qui vina. D. de action. emp. l.* 5. §. *item si institor. D. de institor.* aureum quid *l.* 1. *C. quando lic. ab empt. disced.* Aliquando datur quæpiam ipsius pretij particula. Quare pignus in eo distinguunt quidam ab arrha, & arrhabone; quòd pignus sit aliquid externum toti summæ æquiualens, vt notat S. Thom. in 2. *ad Corinth. cap.* 5. *lect.* 2. At verò arrha est pars totius, & de toto fides, inquit Chrys. *serm.* 1. *de Resurrect. sub fin.* & *Hom.* 2. *ad Ephes.* Quomodocumque verò detur arrha siue vt particula pretij, siue eius prærogatiua, & in antecessum, res adhuc integra dicitur; quare Iulianus in *l. ex empto, allata*, ait cùm 6

arrhæ

arrhæ nomine certa ſumma data eſt, conuenire poſſe nihilominus vt irrita fiat emptio, quod dici non poſſet, ſi integra res non eſſet, vt oſtendit *l.2. D. de reſcind.vend.* Idcircò data pecunia arrhæ nomine, quod ſupereſt dicitur reliqua pecunia,& arrha in pretium imputatur *l. vlt. D. de lege commiſſ.* Quando non impletur contractus emptoris culpâ, ipſe arrham amittit, ſi verò culpâ venditoris, in duplom eam reſtituet condictione ex lege *contractus 16. C. de fide inſtrum.* Quod ſi arrhæ non conſiſtant in pecunia, non vindicantur quidem *l.3. C. quando lic. ab empt. diſced.* ſed repetuntur condictione ſine cauſa, vel actione ex empto *l.2. C. eod. & l. ex empto.11. §.is qui vin. D. de action. empt.* idque voluit ſignificare *l.3. C. de action. empt.* cùm ait ex arrhali pacto perſonalem tantùm actionem dari, id eſt non vindicationem,ſed alterutram earum, quas diximus. Inde quoque fit, vt arrha pignus dici nequeat, quia cùm arrhæ repetendæ causâ competat condictio ſine cauſa, vti diximus, illa autem ſit condictio, non propriæ, ſed rei alienæ, rei ſuæ pignus eſſe non poteſt, *l. neque pignus 45. D. de regul. iur.*

7 Emptio & venditio alia eſt naturalis & iuris gentium, alia ciuilis. Prior illa eſt noſtra vulgaria hactenus deſcripta gentibus omnibus communis, quæ nuda conuentione obligationem parit, etiam inter mutos, ſurdos, abſentes, nudè & ſimpliciter fit abſque traditione, diem & conditionem recipit, eſt contractus nominatus, & bonæ fidei, in quo id potiùs quod actum, quàm quod dictum eſt, ſpectatur *l.6. §.1. D. de contrah. empt.*

8 Emptio ciuilis ſeu Iuris Ciuilis, quod erat proprium Populi Romani Quiritium, per mancipationem fiebat, certis verbis, adhibito libripende, & quinque teſtibus, vt teſtatur Vlpianus & Boëtius *in Topica Ciceronis.* De mancipatione fuſiùs diſputauimus *in opere de vſuris lib.1.c... art...* Hæc igitur emptio per mancipationem conficiebatur certa verborum formula, ac proinde non niſi inter præſentes, ritu, & traditione ſolemni; erat rerum mancipatio, & legis actio, quæ neque diem neque conditionem admittebat, *l. actus 70. D. de regul. iur.* ſpecies erat alienationis, neque venditor per eam obligabatur, niſi quatenus nominatim & diſertè conuenerat ex l.12. Tabul. *Cum nexum faciet mancipiumque, vti lingua nuncupaſſet, ita ius eſto.* Denique per illam transferebatur dominium, etiam rei alienæ, modo bona fide daretur & acciperetur. Vide quæ diximus *loc. cit.*

Diuiditur ſecundò emptio & venditio in veram & imaginariam, fictam, ſimulatam, nudam, quæ denique ſpeciem tantùm habet venditionis,vt cùm res magni momenti nũmo vno emitur,quod opponitur pretio *l.ſi quis ante 10. D.de acquir. poſſeſſ.* & tunc non pretium, ſed pretij imago ponitur, vt *in l. ſi vſusfructus, §. vlt. D. de iure dotium, l. imaginaria 16. D. de regul. iur.* Præterea cùm non emptor verus, ſed ſuppoſitus interuenit; vt *in l. & qui ſub imagine. C. de diſtract. pignor. l.4. in princ.* & *§.1. D. de manum.* Quare ex hac ſimulata & imaginaria venditione nulla ſequitur obligatio;niſi imaginaria & inefficax *l. contractus 59. D. de obligat.& action. l. cum ea 21. C de tranſaction.*

9 Tertiò alia venditio abſoluta eſt,alia conditionata quæ non perficitur etiam eſſentialiter, niſi poſita conditione. Vide quæ diximus nuper diſputantes de pactis conditionatis.

ARTICVLVS II.

De materia & cauſa efficiente venditionis & emptionis.

Quænam ſit materia venditionis.1.
Quis poßit vendere.2.
An inuitus cogi poßit.3.
An Præſes prouinciæ.ibid.
Illi vendere & emere poßunt, inter quos poteſt exerceri commercium.4.
An inter patrem & filium tutorem & pupillum poßit celebrari venditio.ibid.

QVæ de materia venditionis diſputari poſſent, 1
fuſiſſimè excquuti ſumus *primo lib.capit.4.toto,* quibus ſi quæ adiicienda occurrant ſequenti art.4. in conſectariis adiicientur. Certum eſt omnia bona quorum quis dominium habet, & liberam adminiſtrationem ab eo vendi poſſe, ſiue præſentia, ſiue futura ſint. Neque dicas ea omnia donari non poſſe,ne donator inteſtatus decedere cogatur; qua de re nuper diximus; quia quidquid de donatione ſtatuatur, cùm in venditione pretium loco rei venditæ ſuccedat, non redderur inteſtatus ex venditione ſuæ rei, vt ſapienter dixit Anton. Gomeſ.*tom.2. variar.cap.2.num.4.* vbi etiam aduertit in hac bonorum omnium venditione exprimenda eſſe futura, alioquin venditio ad ſola bona præſentia reſtringetur, licèt voce vniuerſali fueris vſus, quod in donatione quoque vniuerſali omnium bonorum obſeruabamus.

Quoad cauſam efficientem venditionis & em- 2
ptionis, ſiue venditorem & emptorem, ille omnis qui liberam habet rerum ſuarum adminiſtrationem, illas diſtrahere poteſt omni modo, ſi contrahendi capax eſt,& nulla lege prohibeatur.Nam qui mente caret,vt furioſus, ſicut nequit contrahere,ita neque vendere, aut emere niſi intermiſſi furoris tempore, vt diſertè habet *l.2.C. de contrah. empt.* Deinde debet eſſe liberum tum emendi, tum vendendi arbitrium, ac primum ne inuitus quis vendere cogatur *l. inuitum 11. C. eod.* nam ab inuitis factum nullius eſt momenti, *l. inuitum 70. D. de rei vind.* Putarunt maiores noſtri, inquit Cicer. *in Ver.6.ereptionem non emptionem eſſe cùm venditori ſuo arbitratu vendere non liceret.* Qua de cauſa iis qui in prouinciis cum imperio vel poteſtate erant nihil emere licebat præter ſeruum, eumque in demortui locum *l. non licet 46. & l. qui officij 62.D.de contrah.empt.* ne videlicet ſua authoritate inuitum cogerent venditorem ſibi ſuam rem vendere. Terribilis enim eſt illa poteſtas, ſi quando fortè minacem ſeruorem ſuum exhibere velit, vt ſcribitur *in l. vnic. C. ſi rector prou. vel ad eum pertin. ſponſal. deder. l.vnic. C. ſi quacumq. præd. poteſt. l.1. C. ne lic. potent. litigant. præſtar. l.pen. C. quod met. cauſ. l. vlt. C. de reſcind. vend.* Et ſanè vix reperiuntur, qui dignitate & poteſtate ſua non abutantur, *l.2. D. de his qui ſui vel alieni iur. ſunt.* Eamdem ob cauſam *l. Iulia repetundarum*, cautum fuit, ne Præſidi, vel Procuratori Cæſaris, aliiſque in ea prouincia, in qua adminiſtrat, liceat per ſe vel per aliam interpoſitam perſonam aliquid comparare, nec conducere, nec donatione acquirere, prohibita etiam earum rerum

vſucapione,

vsucapione ac si furtiuæ essent, *l. contra quod* 8. *D. ad l. Iuliam repetundar. l. aufertur* 46. §. *quod à præside. D. de iure fisci.* Duò tamen casus excipiuntur. Primus si paterna eius Magistratus bona à fisco distrahantur *citata l. qui officij* 62. *D. de contrahend. empt.* quia tunc is qui in officio est, non tam videtur acquirere, quàm retinere & conseruare bona paterna, quod illi interdici non debet; ea tamen ratio probaret posse istum Officialem emere bona illa paterna à quocumque distraherentur, & tamen lex illud non permittit, nisi vbi à fisco distrahantur. Fortasse quia quamdiu ea bona remanent apud fiscum secum perpetuam ignominiam criminis, quod illi publicationi causam dedit, afferunt, quam delere interest filij, quod eorum bonorum recuperatione præstat. Excipiuntur etiam vestes & alimenta *l. vnic. C. de cont. iudic.* quæ non modo donationes, sed emptiones quascumque aliarum rerum, siue mobilium, siue immobilium prohibet. Immò & ædificationes, *Licèt sacri apices aliquod eorum permiserint*: atque adeò restringit *l.* 46. *de contrah. empt. quæ quibusdam id specialiter concedi*, à Principe nimirum, patiebatur, nisi quod suspicatur Anton. Faber ne ea verba sint assumentum Triboniani qui ea addiderit. Secundò excipiebantur vrbani Magistratus, vti habet illa Iustiniani constitutio in *l. vnic. C. de contr. iudic.* & Leonis *Nouella* 84. Rationem huius diuersitatis reddit Leo, quia non tam facilè licet per supplicationem Principi oblatam vim Magistratuum prouincialium, quam vrbanorum impedire, aut coërcere. Lex quædam Iulia *repetundarum*, non aliam pœnam Magistratibus istis constituerat; quàm vt infirmato contractu, æstimatio eius quod contra legem donarum emptúmue esset, fisco inferretur *l. aufertur* 46. §. *quod à præside. D. de iure fisci.* Hanc pœnam Seuerus & Antoninus suis constitutionibus auxerunt, voluerunque vt qui contra legem fecisse probaretur, non modò rem amitteret, sed in quadruplum fisco vtique applicandum, conueniretur, quod testatur *l.* 46. *citata.* Hæ porro constitutiones vignere quidem quamdiu Magistratus temporales fuerunt: sed vbi perpetui redditi sunt, cessarunt; forent enim periniquæ; quia illis perpetuò commercio interdiceretur, quod iniquissimum profectò foret.

3 Sed redeamus in viam à qua digressi sumus, dicebamus enim spontaneam & liberam venditionem esse oportere, ideóque ne quis cogatur inuitus suam rem distrahere, interdictū fuisse Prouinciarum Rectoribus, aliisque in illa Magistratum gerentibus quidpiam emere, ne venditores metu potiùs, quàm sponte illis venderent; quisque enim rei suæ arbiter & moderator est. Quare eques Romanus obiicienti Augusto, quod patrimonium absumpsisset, hoc vnum respondit: *Meum putaui*; teste Quintil. *lib.* 3. *cap.* 6. & nemo habendam gratiam putat, quod rebus suis vtatur, quippe id sibi iure deberi existimauit inquit Herodian. *lib.* 2. *in Pertinace.* Dionis. *lib. de diuin. nom. cap.* 12. ait κύριον domum dici παρὰ τὸ κῦρος, quia ratum esse debet quod vult dominus. Plura in hanc rem iure congerit Couar. *lib.* 3. *variar. cap.* 14. *initio.* Quæri tamen potest an quis aliquando cogi possit rem suam etiam inuitus vendere.

Dicendumque est quoties bonum commune, cui particularis quisque contribuere tenetur, postulat, posse à maiori potestate quemque cogi rem suam alienare iusto pretio, quod contingit tum ratione religionis, tum ratione communitatis, ipsiusue Principis, tum denique ex naturali quadam æquitate seruandi proximum illæsum. Quæ vniuersalis assertio negari non potest, cum in eo casu nulla fiat iniuria venditori; quia cogitur ad implendam obligationem, ad quam naturali lege, & pietate tenetur. Tota difficultas est in expendendis singularibus difficultatibus, quæ ea vniuersali regula moueri possunt, quas in consectariis *art.* 7. *conf.* 7. sigillatim explicabimus.

Præter hanc libertatem vendendi emendique, quam in venditore & emptore requirebamus, debet fieri inter eos inter quos commercium est, alioquin non valet. Ratio est, quia in venditione agitur de transferendo rei venditæ dominio; igitur tractari debet inter eos, inter quos dominiū mutari potest, quod fieri nequit nisi inter eos commercium sit; ideóque peregrini, quibus datum commercium non erat, contrahere venditionem & emptionem non poterant vt ait Vlpian. *tit. regul.* 19. quod idem de patre & filiofamilias dicendum est, inter quos commercium non est, nisi de rebus peculij castrensis *l.* 2. *de contrah. empt.* & si ita contrahant, nulla ex eo contractu oriri poterit obligatio ciuilis, neque proinde actio; quia obligatio ciuilis inter patrem & filium impeditur à patria potestate, *l. Imperator* 50. *D. ad S C. Trebell.* Patria enim potestas facit vt patres & filiifamilias vna eademque persona esse intelligantur, & proinde vt non magis pater filio, aut filius patri, quàm sibi ipsi obligari possit, nec magis pater cum filio, aut filius cum patre agere quàm cum seipso valeat, *l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furt. l. lis nulla* 4. *D. de iudic.* Nihil tamen impedit quominus obligatio naturalis inter patrem & filium, sicut & inter seruum & dominum contrahatur, vti probat Anton. Fab. *in l. frater à fratre* 38. *D. de condictione indebiti.* In rebus tamen castrensibus posse contrahi inter patrem & filium atque adeò obligationem ciuilem produci monebat Paul. *in l.* 2. *D. de contrah. empt.* quia ex iure ciuili filiusfamilias in peculio castrensi habetur pro patrefamilias *l.* 2. *ad SC. Macedonian.* in cæteris autem peculiis, rerum proprietas & dominium penes patrem manet, solus vsus & administratio filiisfamilias conceditur *l. per seruum* 37. §. 1. *D. de acquir. rerum domin. l. quis ergo* 16. *D. de peculio.* Cæteris omnibus vendens filiusfamilias obligatur ciuiliter *l.* 6. §. *filius D. de action. empt.* non est quoque commercium inter tutorem & pupillum; neque tutor simul emptoris & tutoris officio fungi potest *l.* 51. §. 1. *D. de auctor. tutor. l. si in emptione* 34. §. *vlt. D. de contrah. empt.* quamquàm it, qui tutelam non gerit, tanquam extraneus emere potest *l.* 6. *D. de author tutor.* auctione verò publica constituta, quiuis tutor emere potest *l.* 5. *C. de contrah. empt. l.* 5. §. *vlt. D. de auctor. tutor. l.* 2. §. *tutor. D. pro empt.* Inter pupillum verò & alios commercium est, modo tamen tutoris accesserit authoritas *l.* 4. *D. de author. tutor.* alioquin pupillus non obligatur ciuiliter *l. Iulianus* 13. §. *si quis à pupillo, D. eod.* & nos alibi docuimus. Denique tutorem inter & alios contrahi venditio & emptio potest, neque tutor ab aliis tantùm quidpiam emere, sed res quoque suas illis vendere & alienare, licèt pupillo obligatus, potest, *l. vnic. C. rem alien. ger.* Neque plura de personis vendentibus & ementibus: cætera enim constant ex cap. 1. & 2. prioris libri.

ARTICVLVS III.
De pretio Rerum vænalium.

Iustum oportet esse pretium. 1.
An liceat se in pretia circumuenire. ibid.
Quatuplex sit pretium. 2.
Quid sit pretium naturale. ibid.
Quid legitimum. 3.
Mutabile est pretium. 4.
Causæ augendi pretium. 5.6.7.8.9.
Causæ minuendi pretij. 10.

SIne pretio inquit Paul. *l. 2. D. de contrah. empt.* nulla est venditio, & æquitatem huius cōtractus consistere in æqualitate pretij cum re, quæ pro illo exhibetur, certissimum est, ex ipsa eius definitione nuper allata. Quare non licebit quolibet pretio rem vendere, vel emere, ideóque vulgare Iurisconsultorum proloquium tanti res valet, quanti æstimatur, intelligendum est de venditione licita intra limites iusti pretij, vti exponit Henricus *quodlib.* 1. *q.* 40. & alij communiter. Quæ limitatio vel expositio vulgaris axiomatis ad quęlibet vendibilia extendenda est, ita vt nihil sit quod non habeat suum valorem & pretium determinatum, vnde vnde illud sumatur vt modo dicemus.

Obiicies fas esse contrahentibus inuicem sese circumuenire in pretio emptionis, & venditionis, idque naturaliter concessum esse ait Pompon. in *l. in causa* 16. *§. idem Pomponius. D. de minoribus:* quod idem affirmat *l.* 22. *in fin. D. locati, κατὰ φύσιν*, inquit, Harmenop. *lib.* 3. *cap.* 3. §. 18. *&* 19. & Simpl. Basil. Ergo nulla est obligatio seruandi iusti pretij.

Respondet Accursius illud naturaliter iure gentium intelligendum esse, quę expositio neque glossæ, neque Antonio Fabro probatur; quia si ea circumuentio rationi naturali, atque æquitati repugnat, vti diximus, repugnabit etiam iuri gentium, quod rationi naturali contrarium esse nequit, nisi iniquum sit. Itaque respondet Molin. *tr.* 2. *d.* 349. *n.* 8. licere, quia non prohibitur, neque punitur per leges circumuentio; dicitur autem naturaliter, quia ius gentium, prout iuris naturalis quædam additio, aut declaratio, est nihil circa hoc addidit, vbi circumuentio non superat iusti pretij dimidium. Idem existimant Less. *lib.* 2. *cap.* 21. *dub.* 4. Salas *de emptione dub.* 26. & Ferdinand. à Castro *disp. de iustit. punct.* 17. §. 2. *n.* 4. Lugo *disp.* 26. *num* 82. additque si Pomponius aliud intellexit, errasse: verùm hæc expositio vim aliquam facit verbis, dicere enim rem quampiam naturaliter licitam esse, quia leges quæ ius naturale explicant, aut illi aliquid addunt, eam non puniunt, est admodum impropriè loqui, alioquin diceremus simplicem fornicationem & lupanaria naturaliter licita esse; quia leges hæc crimina non puniunt: vsuræ quoque fænetatitiæ naturaliter licitæ dicentur, quia leges Romanæ non modò eas non puniunt, sed etiam ex multorum interpretatione probant, nemo tamen sapiens ita loquetur, opinor, neque veteres prudentes iuris adeo impropriè loquutos esse nobis persuadere debemus. Itaque Couar. *lib.* 2. *variar. cap.* 3. *n.* 2. sequutus quem allegat Molinæum *quæst.* 14. *de contractib.* explicat hanc circumuentionem intra limites iusti pretij, ita vt emptor velit emere infimo pretio, venditor summo, & rigoroso, & ita sese mutuò circumueniant, & licèt sit aliquando mutuus excessus supra infimum, aut supremum pretium, illum excessum sibi mutuò indulgeant, & condonent, quod ita ferat natura illius contractus, cùm indiuisibilis, & Mathematica æqualitas inueniri vix possit, neque nimis anxiè quæri debeat. Circumuentio itaque hoc loco impropriè pro solertia, & prudentia, atque adeò in bonam partem sumitur, non insolenti in iure locutione, cùm etiam dolus bonus dicatur *l.* 1. *D. de dolo.* Quando igitur emptor non dat venditori eam summam quam ex rigido iure habere potuisset, & voluisset, dicitur illum circumuenisse, & è contrario venditor emptorem qui plus dedit quàm dare potuisset, & voluisset intra limites iustæ commutationis. Atque hanc expositionem probat Suar. *libro* 2. *de legib. cap.* 20. *numero* 5. & Anton. Fab. *in l. in causa, citatam*, explicatque illud *naturaliter*, reuerà aut *in reipsa*, quomodo dicimus aperiri naturaliter tabulas testamenti, *in l.* 3. *§. aperire. D. ad S C. Silan.* quia illa est natura contractus venditionis, vt explicui. Illud *καλῇ πίστει* interpretatur Mornac. ἀδόλως sine fraude, & malis artibus. Ex quibus constat legem illam non esse iniquam, sicut neque illam aliam 2. *C. de rescind. vend.* quæ negat actionem quoties fuit tantùm deceptio infra dimidium iusti pretij: & vult absolui illum qui ita deceperit, si conueniatur in iudicio, quod etiam approbat *cap. dilecti, & cap. cum causa, de empt. & vend.* quia iura non faciunt licitam eam deceptionem, neque eximunt à culpa mortali, vti existimauit Durandus quidam Minorita apud Conrad. *de contractib. q.* 57. neque ab obligatione restitutionis, contra Gerson. *tract. de contractib.* nam reliqui omnes Theologi quos singillatim percenseo, disputant si violatur iustitia in ea deceptione, & committitur inæqualitas, siue deceptio sit infra, siue supra dimidium pretium, peccatum erit pro grauitate materiæ, in qua fit deceptio, licèt iura ad finiendas lites negent actionem.

Duplex porrò rerum pretium est; naturale vnum, legitimum alterum, naturale quod vulgare dicitur, prudenti hominum arbitrio, pensatis omnibus circumstantiis, vsu communi & fori ponitur; non denominatur autem naturale quod ex natura rei tale omnino esse debeat, sed quia naturali prudentia, seclusa lege positiua definitur, atque ex variis rei adiunctis, & circumstantiis desumi solet, *l. pretia rerum* 63. *D. ad Falcidiam.* Latitudinem habet hoc pretium, neque consistit in indiuisibili, & aliud est summum seu rigidum, aliud medium seu moderatum, aliud infimum seu pium, & quodlibet ex his tribus suam iterum habet amplitudinem, quia cùm pendeat à vulgari & communi hominum iudicio, sæpè quod vnus æstimat 100. alij tantùm æstimabunt 95. non enim hæc latitudo sumitur tantùm ratione cognitionis humanæ, quæ nequeat assequi illud indiuisibile, in quo reipsa iustitiæ æqualitas hac in parte consistit, vt existimant aliqui apud Rebell. 2. *part. lib.* 9. *q.* 1. *sect.* 6. neque displicet Salæ *tractatu de emption. dub.* 4. sed quia reipsa, vt ait ibid. Rebell. & Molin. *tract.* 2. *disp.* 347. *n.* 2. à parte rei est quædam latitudo in hac æqualitate pretij, & mercis, quæ æqualitas non est Mathematica, sed moralis, ideóque reipsa non consistit in indiuisibili, & seruatur intra latitudinē eius pretij. Inde tamen falsò colligunt aliqui dari posse bellū iustum ex vtraque parte, etiam formaliter & cum scientia ac cognitione; poterit enim iustè aliquis armis repetere summū pretium, & aliter iustè quoque se tueri, & infimum tantùm dare velle; vtrūque enim iustum est. Verùm nego quando exhibetur iustum pretium, posse vi, & armis peti maius aliud

quamuis

quamuis iustum, cum enim bellum sit actus iustitiæ vindicis, qui illud infert, læsum fuisse & iniuriam accepisse oportuit.

3 Pretium legitimum est à lege positum & definitum, quod Principi supremo licere nemo dubitat; consistit porrò in indiuisibili, quia latitudo iusti pretij ad vnum restringitur à publica potestate, & eiusmodi lex obligat in conscientia, atque adeò peccat mortaliter, qui tantùm excedet pretium legitimum, quantùm sufficit ad mortale furtum, & tenetur ad restitutionem. Iudices qui puniunt huius legis violatores, non tantùm ad pœnam lege latam, sed ad ipsam restitutionem obligare maximè debent. Huic legi subiciuntur etiam Clerici, & Religiosi, cum eiusmodi lex definiens pretia rerum ad totam politiam spectet, cuius conseruationi ipsi quoque Clerici studere tenentur. Loquimur verò de lege iusta, & rationabili, quam talem esse præsumendum in dubio est. Vbi verò manifestò iniqua est, & talis palam habetur, ementes infra pretium naturale infimum rei, quamuis legem sequuti, tenentur ad restitutionem vsque ad latitudinem iusti pretij, nisi bona fide consumpsissent; tunc enim tenerentur solùm ad id in quo facti fuerint ditiores. Qui verò talem legem iniquam tulit, aut non abrogat, nisi à culpa in ea ferenda, aut non abroganda excusetur, tenebitur ad omnia damna subditis inde prouenientia. Peccant denique Iudices, & ad damna reparanda tenentur, qui puniunt eos, qui rem vltra pretium iniqua & irrationabili lege taxatum distrahunt. Ita Molin. d. 364. n. 5. Atque hæc doctrina vniuersalis & vera est, & amplius confirmabitur *art. proximo in conflectariis* circa singulares difficultates, quæ ex hac generali doctrina explicabuntur.

4 Quia verò pretium rerum venalium non consistit in indiuisibili, vti diximus, ideóque minui & augeri potest, intra limites tamē iustitiæ, idcircò quæritur quomodo fieri debeat hoc incrementū & decremētū, siue quæ causæ sint minuendi, & augendi pretij.

Et quidem Scot. *in 4. dist. 15. art. 2.* tradit vniuersalem hanc regulam; Tantum posse accipere mercatores, quantum pro suis expensis & industria in colligendis, deuehendis & conseruandis mercibus illis supeditaret Respublica, si eius ministri in hanc rem conducti forent. Vnde inferunt aliqui pretium esse in manu mercatorum, vti loquuntur, & si mercatori nauis qua merces vehebat, perierit, aut domus in qua eas asseruabat, fuerit exusta, posse eum damnum illud compensare, cariùs vendendo: quam regulam reiicit Couarru. *lib. 2. variar. cap. 3. n. 4.* quia pretium sumitur ex communi hominum æstimatione, spectatis variis circumstantiis, non attenta tantùm natura ipsius rei, sed vtilitate, alioquin equus aut planta præferri deberent gemmis, quia illa viuunt, & in gradu entis excedūt gemmas. Quæ ratio idem euinceret in culicibus, & aliis animalibus; neque etiā attendi debet quanti emerit mercator, neque quantos impenderit labores, sed quāti eas communis hominum æstimatio faciat. Quare qui magnis impensis aliunde deportauit merces, non potest eas vendere nisi quanti æstimantur, vt ait Conrad. *q. 56. de contract. con. 3.* nisi fortassis nullum adhuc illis pretium positum sit, quòd tum primum eò delatæ sint. *Non ignoramus* inquit Plin. *lib. 33. cap. vlt. pretia rerum quæ vsquam posuimus alia in aliis locis esse, & omnibus penè annis mutari prout nauigationes constiterunt, aut vt quisque mercatus sit, aut aliquis præualens manceps annonam flagellasset.* Non videtur tamen omnino reiicienda Scoti doctrina, nam & mercatoris industria, & expensæ, & cura in foppeditandis mercibus, præmio dignæ sunt. Quare dispuntandum est quibusnam ex capitibus, circumstantiis, & causis pretia rerum immutari soleant.

In primis igitur cariùs vendi potest ratione expensarum, & laboris quem subiit mercator, vt dixi, si merces illæ nondum habeant statutum pretium ordinarium: nam extraordinariæ expensæ, quæ casu aliquo contingunt, computari non debent, neque ratione illarum debet pretium augeri, sicut neque minui, si nullæ fuerint. Less. *lib. 2. cap. 21. n. 29.* 5

Secundò pretium auget raritas & penuria mercium, quia communi hominum æstimatione, quod rarum est, pretiosum est, sed è contra affluentes merces vilescunt, & vt ait Tertullian. *superabundātia in seipsam contumeliosa est.* Hinc fit vt crescente emptorum copia, quia rariores sunt merces, pretium crescat, vt cùm Rex cum tota Aula in aliquam ciuitatem diuertit. Imò eo casu existimat Molina *tr. 2. dis. 346.* licere externis cariùs vendere; quia cùm illi abundent pecuniâ & mercium auidi sint, merces non censentur pluris valere eorum respectu, quàm indigenarum; si vtrisque sufficiant, respectu omnium augendum pretium esset, quod semper faciendum esse putat Less. Consuetudinem tamen probat vt externis cariùs vendantur, quia augmentum illud est solùm fortuitum, & quodammodo transiens, quod autem *cap. 1. de empt. & vend.* prohibetur vendere cariùs externis, quàm incolis, de caritate quæ excedat limites iusti pretij sapienter exponunt Conrad. *de contract. q. 51.* & Medin. *de restitution. q. 30. a. 4* Ad emptorum quoque copiam referes & abundantiam pecuniæ, ea enim facit vt pluris æstimentur res quàm vbi rarus visitur nummus.

Tertiò affectus ementis pretium auget, vnde fit 6 vt noua pluris vendantur, v.g. fructus præcoces & præmaturi. Secundò ea quæ magni alicubi fiunt ab aliquibus gentibus, sic carò venduntur indis vitria, quia vt ait Couarru. *lib. 2. variar. cap. 3. n. 4.* pretium desumitur à communi hominum æstimatione, quāuis aliquando parum sana. Tertiò antiquitatia quædam monumenta, vt statuæ, marmora, annuli pluris fiunt, quam si recentia forent. Quartò affectus ipsius venditoris, qui ægrè se sua re priuat, attendi debet.

Quintò lucrum cessans ex venditione & alienatione rei quam constitueras tibi seruare in aliud tempus, quo pluris erat valitura distrahendum, compensari potest. V.g. si tunc erat valitura 30. aureos, potes nunc eo pretio vendere, detrahēda tamen erat æstimatio custodiæ, & periculi, quod intereà subires seruando tuam rem. Quare si æstimetur illa custodia duobus nummis, vendes rem tuam 28. nūmis, eùm tamen impræsentiarum valeat tantùm viginti. Si dubium sit periculum custodiæ, aut pretium eius, eligi poterit, vt monet Bonacina, medium pretium inter illud quo nunc venditur, & quo tunc venderetur. Poterit quoque vendi res non determinato pretio, sed eo quo valebit res tali tempore, detracto periculo custodiæ, vt dixi. Qua etiam de causa, si quis hic vendat merces, quas erat aliò vecturus, vbi pluris valent, poterit hic tantùm accipere, quantum alibi valent, deductis tamen expensis deuectionis, æstimatione periculi, & aliis eiusmodi. Denique quacumque de causa ex tuæ rei venditione lucrum speratum cesset, illius iacturam augendo pretium compensare poteris. Ratio est quia lucrum cessans vti *in operere de vsuris* fusiùs diximus, est aliquod damnum pecunia æstimabile. Vult tamen Lessius indicandam esse emptori causam, cur tantùm exigatur, & 7

an velit subitò illud onus, alioquio illicitam esse ait eam venditionẽ. Atque ita intelligunt aliqui S Thom. 2. 2. *q.* 77. *art.* 1. *& q.* 78. *art.* 2. *ad* 4. vbi videtur velie contrariom, eum tamen Valentia loco statim afferendo melius explicat, vt neget solùm, posse recipi compensationem totius lucri futuri, quasi illud vendeodo ad æqualitatem, cùm illud lucrum nondum illius sit, & possit variis modis impediri, quæ est etiam ratio Scoti *in* 4. *dist.* 15. *qu.* 2. & Durandi *in* 3. *dist.* 374. qui tamen non negant pro illa spe, & potentia veluti proaima lucri posse quidpiam accipi, neque opus est aliquem cogi ad detrimentum lucri cessantis patiendum, vti voluit Soto *libro.* 6. *de iust. questian.* 1. *artic.* 3. quæ autem conditiones ad hoc lucrum cessans requiiantur, dabit Valent. *ibid.* & nos fusiùs *in opere de vsur. lib.* 2. disputauimus.

8 Sextò causa legitima augendi pretij est damnum emergens, qood omnes concedunt cum S. Thom. 2. 2. *q.* 77. *art.* 1. Huc pertinet damnum quod incurri videtur in venditione, quæ fit credito, aut dilata solutione; licebit enim eam rem cariùs vendere; intra limites tamen iusti pretij. Nam si excedatur rigorosum pretium, vsura est, cùm dilata solutio sit implicitum quoddam mutuum, pro quo nihil licet accipere supra sortem. Si tamen tempore solutionis pluris valitura sit res, & illam in illud tempus seruare statueris, licebit de eo pretio pacisci, non verò si eam non statueris seruare, quod Couar. *lib.* 2. *variar. cap.* 3. *num.* 6. & alij vulgò docent contra Caiet. 2. 2. *q.* 78. *art.* 2. quia venditione fit emptor dominus rei venditæ, cuius valor domino accrescit: neque *cap. In ciuitate; de vsuris*, loquitur nisi de eo qui seruaturus erat merces suas, & falsò putat Caietan. non completi contractum nisi tempore solutionis; nam perficitur mutuo consensu contrahentium, vti fuit explicatum *art.* 1. & pretium æstimandum est ea valore rei, dum venditur, non autem dum soluitur credita pecunia. Itaque non licet nisi ea lucro cessante, aut emergente damno augere pretium propter dilatam solutionem: non negamus tamen cum Couarru. Less. *n.* 56. *cap.* 21. *lib.* 2. merces quæ non solent vendi, nisi credita pecunia, & ad terminum, cariùs vendi posse, quàm si præsenti pecunia venderentur, cuiusmodi sunt quæ in frequentia emporia deuehuntur, & ibi distrahuntur in mercatores, qui eas alibi diuendant; quia debuit institui modus ille diuendendi ad terminum, vt mercium copia maior haberetur. Deinde quia modus ille vendendi emptores allicit, quorum copiâ pretium crescit, & non præcisè ea dilata solutione. Tertiò quia pretium illud quo venditur credito, volgò non eacedit pretium rigorosum, quo numerato vendi posset, estque mercatoribus illa dilatio ferè perincommoda, vnde remittunt aliqoid, modo anticipent solutionem. Quare in vniuersum pronuntiat Less. non esse damnanda pretia quibus res credito venduntur, oisi aliunde iniusta esse constet. Præterea si verum est, & non fictum periculum amittendæ sortis, & capitalis, aut partis alicuius ipsius ea dilata solotione, poterit augeri pretium sicut & ratione expensarum, ac molestiarum quæ subeundæ timentur in recuperanda sorte sua; quia illud periculum est pretio æstimabile, & potest venditor fideiussorem postulare. Quare si emptor velit venditorem totum periculum io se transferre, poterit iustum & ipse pretium exigere, vti diximus aliàs in opere de vsuris, disputantes de fœnore nautico. Notat tamen Less. *c.* 21. *n.* 55. non posse venditorem cogere emptorem, vt se potiùs, quàm alium præstando periculo recipiat, & non posse plus exigere ab emptore, quàm ipse daret alteri pro eiusmodi periculo; ac denique significandum esse emptori, cur tantum pretium eaigat, & relinquere eius arbitrio, an talẽ periculi compensationem subire velit, quod etiam in pactũ deduci vellet Molina *tract.* 2. *d.* 356. *n.* 5. Est verò nostra sentẽtia communis apud Salam *de empt. dub.* 41. *n.* 5. repugnante licèt Rebel. *lib.* 9. *q.* 12. & paucis aliis: neque monendum esse emptorem de hac causa augendi pretij existimaẽ, quoties id fieri nequibit sine eius offensione, quòd aut malæ fidei, aut inopiæ suspectum se videat, atque adeo sortem apud illum periclitari, cùm in istis minoribus & quotidianis commerciis vix soleant flagitari aut dati fideiussores.

Septimò eaque frequens causa augendi pretij est 9
modus vendendi: nam primò Less. *cap.* 21. *cit. dub.* 4. existimat mercatores cariùs posse vendere, quàm alios, non tamen pluris quàm lege vel communi æstimatione taxatum fuerit, qui autem vendunt ex occasione, & non ex officio, possunt æquali, atque mercatores pretio vendere, modò merces sint eiusdem bonitatis, quia reipsa non minùs valent hæ merces in manu vendentis cuiuslibet, quàm mercatoris, qui tamen quia subit onus cõparandi eas merces, pro eo onere & obligatione quidpiam accipere poterit. Secundò res quæ minutatim venduntur, maioris venduntur, quàm cum in maiori quantitate, aut per auersionem venduntor, quia modus ilie plus laboris, & impensarũ affert. Tertiò qui nõ nisi rogatus vẽdit, cariùs vẽdere potest, quàm si ipse emptorẽ rogaret. Quartò donatio miata venditioni auget vel minuit pretiũ, vt patet; non censetur tamen ille qui ignorat pretium rei, eius excessum, aut imminutionem donare, quare manet obligatio ad restitutionem si iustum pretium excedatur. Extranei etiam & alij ignoti vix censentur donare, amici autem, consanguinei, aliique eiusmodi, qui pretium nõ ignorant, si plus emant aut minoris vendant, quàm postulet valor mercis, donare censentur. Quintò necessitas & indigentia particularis alicuius emptoris non auget pretium, secus si sit communis necessitas, hæc enim ostendit copiã emptorũ, & si sit raritas mercis; alioquin sequeretur pauperi, qui magis indiget, cariùs vẽdi posse, quàm diuiti. Sextò nõ potest cariùs vendi res, quia est admodum commoda aut vtilis emptori, illa enim vtilitas est emptoris, non venditoris, qui non potest vendere quod suum non est, aut quod emptoris est; loquor enim de commoditate rei secundum se, aut respectu emptoris, & non venditoris. Septimò modus vendendi sub hasta in publicis auctionibus est causa cur viliùs vendatur, iusto tamen pretio si absint fraudes, quæ eiusmodi aliquando sunt, vt pretium reddant vilius infimo, & ad rescindendum cõtractum aliquando obligent emptorem, sed de auctionibus & subhastationibus fusiùs agemus hoc ipso libro inferius.

Causæ verò minuendi pretij oppositæ sunt illis 10
ex quibus diximus augeri pretium; nam in primis copia mercium & frequentia emptorum facit vt minoris emantur.

Secundò anticipata solutio cùm sit mutuũ implicitum, non est causa minuendi pretium infra infimum, alioquin si ratione ipsius aliquid supra sortem capiatur, erit vsura; ratione tamen lucri cessantis aut damni emergentis ea ea solutione anticipata licebit minoris emere, sicut dicebamus ex solutione dilata propter easdem causas cariùs vendi posse; quomodo tamen id contingat in quibusdam casibus singularibus *art.* sequenti in consectariis explicabimus.

Tertiò

Tertiò modus vendendi in quo aliquod onus imponitur emptori, vel venditori, minuit, vel auget pretium pro ratione ipsius oneris, quod æquitas omninò postulat.

ARTICVLVS IV.

Quæstiones consectariæ.

CONS. I. *Quo pretio emi possint debita immatura & in futurum soluenda.*
II. *An licita & iusta sit emptio qua census & reditus, siue pensiones annua per tres aut quatuor annos soluenda emuntur tertia aut quarta parte minori pretio quàm sint pensiones toto eo tempore soluenda.*
III. *An rem meam emere possim.*
IV. *De mensuris rei vendita definiendis.*
V. *De antiquis mensoribus.*
VI. *Quanam accessiones vnà cum re vendita censeantur.*
VII. *Casus singulares.*
VIII. *Quidnam vnà cum hereditate venditum censeatur.*
IX. *De venditione actionum & nominum.*
X. *An liceat pretium lege diffinitum excedere.*
XI. *An rebus omnibus sit aliquod pretium determinatum.*
XII. *An qui scit breui immutandũ pretiũ possit nihilominus ordinario pretio vẽdere.*
XIII. *An qui aliquid vendendum aut emendum accepit certo pretio, possit illius excessum sibi lucrari.*
XIV. *An dilata solutio pretium augeat, & anticipata minuat.*
XV. *De vulgari cõtractu quẽ* Escõte *nominãt.*
XVI. *Alij quidam contractus examinantur.*

EX iis quæ de materia venditionis & pretio rerum venalium disputauimus in vniuersum, ex eaque certa & constanti doctrina plurimæ graues difficultates explicari debent.

CONSECTARIVM PRIMVM.

Quo pretio emi possint nomina siue debita immatura & in futurum soluenda.

Status quæstionis. 1.
Ratio difficultatis. ibid.
Communis sententia damnat. 2.
Contraria sententia. 3.
An possit debitor sui illud à creditore suo emere. 4.
Consect. inde. 5.

1 NOmina siue debita immatura, pagas acerbas & virides vulgò appellant, quorum solutioni præfixus dies nondũ aduenit. Quæritur verò an eiusmodi immatura nomina possint præsenti pecunia minoris emi, quàm valeant. Debentur tibi centũ à Titio soluenda post annum, possumne illa centum emere 90. aut 95. quæ tibi nunc repræsento, an cõtractus ille iustus erit, an verò iniquus, atque adeò nunquid obligabor ad restitutionem illorum decẽ, aut quinq; quæ ex centũ à me emptis, & quæ centũ quoque valebant, detraxi. Et quidẽ si hæc nomina, litigiosa sint, & non liquida, aut difficilioris solutionis, ad quã recuperandã plures expensæ faciendę, & molestiæ subeundæ erunt, & denique si quod ex ea emptione damnũ emergat, aut lucrũ cesset emptori, nemo vnus ambigit posse minoris emi pro ratione variarũ circunstantiarũ, ex quibus minui debet pretium, ne emptori creetur damnũ: quin imò si nominis huius solutio difficilis sit & ambigua venditori, facilis tamen emptori propter eius industriam aut authoritatẽ aduersùs debitorem, vti sæpius contingit in debitis regiis, stipendiis militaribus, reliquis & aliis huiusmodi; poterit emptor illud nomen minoris emere, quàm ipsum sit, vt mille aureorum nomen Regium, nongentis: quod sapienter vidit Molin. *tract.* 2. *disp.* 361. *n.* 10. Less. *lib.* 2. *c.* 21. *dub.* 9. *n.* 76. Bonac. *disp.* 3. *de contract. q.* 3. *punct.* 10. Salas *de emptione dub.* 40. sibi contrarios *de vsuris dub.* 27. Idem sentiunt & alij apud Lessium *n.* 75. quos sequuti sũt Malder. 2. 2. *tract.* 5. *c.* 7. *dub.* 5. Molfesius *in sum. tom.* 2. *tract.* 11. *c.* 15 *n.* 116. Delugo *disp.* 26. *n.* 94. Non enim sumitur iustũ pretium ex vtilitate aut facilitate, cõmodo, vel incõmodo emptoris, sed cõmuni hominũ æstimatione, qui passim nomina quorũ difficilior est solutio minoris faciũt, licèt alicui facilior ex priuata quadam causa reddatur. Nam si quis æquũ ferocẽ & indomitũ, quem ea de causa cæteri recusant emere, viliori pretio sibi cõparet, quia scit artem ipsum domandi, non dicetur iniusto pretio emisse; quia eius industria est, quod eiusmodi equũ sibi vtilẽ reddere possit, quæ industria non debuit equi venditi pretiũ augere. Simili quoque ratione si debitũ, quod propter difficultatẽ illud recuperandi, minus vulgò æstimatur, illo communi pretio quis emat, quia ex peculiari quadã causa facilem sibi solutionem eius reddere potest; non debet priuata illa emptoris industria, vel authoritas eiusmodi debiti pretium augere, neque iste emptor tenetur cariùs emere, quàm cæteri qui ea authoritate aut industria non valent, & quàm sit cõmunis eius in eo rerum momento æstimatio, quod verius quoq; erit si emptori, qui dat præsentẽ pecuniam pro nomine vendito, quod ante annũ repetere nequit, nascatur aliquod damnum aut lucrũ cesset, quia pecuniã illam destinarat negotiationi, aut fundi frugiferi emptioni; nemo negabit pro ratione illius damni, quod patitur ex repræsentatione pecuniæ, ipsum posse minuere pretium nominis venditi, vt se indemnem præstet, quod in ipso quoque mutuo fas esse docuimus olim in opere de vsuris *toto lib.* 2.

Tota itaque difficultas est de nominibus & debitis certis ac liquidis, & quorum solutio certò facienda est, absque noua difficultate præscripta die, vtrum illa præsenti pecunia minoris iustè emantur quàm ipsa sint; quia centum valent centũ, non tantùm 90. aut 95. nisi ex aliqua causa extrinseca valor ille minuatur, vti ferè semper contingit. Indeque fit vt in vulgari hominũ æstimatione semper minoris æstimentur eiusmodi acerba & immatura debita, quàm præsẽs pecunia, propter varias illas molestias sumptuum, & exactionis, atque periculum damni emergentis, & lucri cessantis, quæcumq; tandẽ cautio & securitas adhibeatur. Ponimus tamen in nostro casu qui in praxi nunquã ferè accidit, ex nullo eiusmodi capite pretium debiti, quod emitur, imminui, & quærimus an nihilominus iustè minori pretio ematur.

Et cõmunis quidem sententia iniustitiam, imò & 2
vsurã in hac emptione agnoscit Antonin. 2. *part.* tit.

*tit.*1.*cap.*8.§.3. & 4. Sylu. *verb.vſura* 2.*q.*14. Conrad. Lopez, Atmilla, Arragon, Bann. Augles, Grapſis, Maior, Gab. Angelus, & alij quos dabit Salas *de vſur. dub.*27. & *de empt. dub.*40. quibus locis ipſis adhæſit, ſicot & Reginald. in *praxi lib.*25. *cap.*18. *num.* 112. Leſſ. *lib.*2. *cap.* 21. *num.*71. Rebell. 2. *part.c.*9.*q.*13. Valét. 2.2. *diſp.*5.*q.*20.*punct.*2. Molina *tract.*2. *diſp.*361. vbi & contrariam ſentétiam improbabilem dixit & ſingularem Azor. 3. *part. lib.*8. *cap.*10. *q.*5. Lugo *diſp.*26. *num.*96. quia ceutum ſoluenda poſt annum, ſi omnes difficultates ſolutionis, omne damnum emergens, & lucrum ceſſans, aliaque eiuſmodi extrinſeca ſecludas, valent centum, neque ſolent minus communiter æſtimari, niſi propter difficultates, & damna in illis recuperandis, aut expectanda ſolutione, quæ nos omnia ſeponimus in noſtro caſu. Non poſſunt igitur minoris emi ratione anticipatæ ſolutionis: & quamuis ſit inibi ſolùm emptio formaliter, & explicitè, eſt tamen reipſa virtuale, & implicitum mutuum. Neque obſtat regula iuris; *Minus eſt habere actionem quam rem l.*204. *D. de regul. iuris*, loquitur enim de actione litigioſa & periculi plena, ratione expenſarum & laboris; iis enim ſecluſis tantùm valere actionem quantùm rem ipſam tradunt Bartol. *in l. per diuerſas, C. mandati*, & Bald. *l.* 2. *C. ne lite pendente.* Quare malè argumentantur aduerſarij ex reditibus perſonalibus, quorum emptionem licitam eſſe fuſiùs docuimus *in opere de vſuris lib.*4. licèt enim ematur tantùm ius recipiendi quot annis certam ſummam, quæ tandem multiplicata totum pretium adæquabit, & deinde longè ſuperabit, quia tamen vel tot ſunt emptiones, quot penſiones, vel illud ius in communi æſtimatione non plus valet, quàm pretium quo emptum eſt, aliiſque de cauſis quas eo loco adduximus, licita eſt ea emptio, neque eſt reuerà anticipata ſolutio illarum penſionum, ſed iuris ad illas emptio, quod æquè emi & æſtimari poterit, atque alia iura in futurum, quæ vbi perpetua ſunt, non poſſunt iuſtè emi; quia res ad quæ ſunt, ſingulis annis multiplicatæ æquarent ſuperarentque poſt aliquod tempus pretium pro eiuſmodi iure ad ipſas, ſiue pro ipſis continuò recipiendis datum. Adde in iſtis reditibus ſemper eſſe aliquod periculum, & incommodum propter diuturnitatem temporis, ideóque ius ad centum diuiſim per multos annos ſoluenda, minoris æſtimatur, quàm ipſa centum, quod non ſit in noſtro caſu. Nam ſi centum ſoluenda in fine anni non valent nunc niſi nonagintaquinque, creditor qui nunc acciperet à debitore centum quia vult ſe liberare, & ſolutioni præfixum terminum anticipare, teneretur ad reſtitutionem; quia plus accipit quàm valeret res quam dedit, nempe ius ad centum ſoluenda poſt annum, quod ius non valet nunc centū ex aduerſariis, cùm poſſit emi iuſto pretio nonagintaquinque duntaxat. Neque ſimile eſt quod afferunt ex Caietano de terra poſt annum fructus datura, nunc verò ſterili, & terra hac ipſa hora fertili, & fructus producente eos ipſos, quos alia dabit poſt annum; quæ ſine dubio minoris æſtimabitur, quàm quæ hoc ipſo momento fertilis eſt. Nam reſpondet Molina in eo diſcrimen eſſe, quod gleba ex ſua natura ſterilis aut frugifera ſit; pecunia autem & ius ad illam ex ſua natura infrugifera ſunt, neque qoidquam fructus afferunt niſi quatenus ſubſunt induſtriæ humanæ, cuius fructus alius non eſt quàm lucrum. Atqui tum lucrum ceſſans, tum damnum emergens reiicimus in hoc caſu, quo dantur centum nunc pro iure ad centum recipienda poſt annum, ſiue quod idem omnino eſt pro centum poſt annum certò, facilè, abſque omni labore, & expenſis percipiendis. Itaque accipimus pecuniam & ius ad illam tamquam infrugifera, vti reuerà ſunt in ſeſe ſolitariè ſpectata, ſiue pecunia ſit præſens, ſiue in futurum repræſentanda. Quare non apparet æquitas illius emptionis, qua centum poſt annum ſoluenda emuntur tantum 90. aut 95. ſecluſis omnibus cauſis extrinſecis, ex quibus creſcere aut diminui ſolet rei venditæ pretium, omnique lucro ceſſante, & damno emergente ex repræſentatione pecuniæ, & ſolius ſolutionis, attenta dilatione: tunc enim reipſa emitur interuſurium medij temporis, ac proinde vera committitur vſura.

3 Contrariam tamen ſententiam doceut viri eruditi, iique non pauci, hancque venditionem omnis vſuræ atque iniquitatis immunem eſſe pronuntiant Innocent. *in cap. in ciuitate, de vſuris.* Caiet. *verb. vſura, ſub fin.* Armilla *verb. vſura, num.*50. Emanuel Sa *verb. debitum, num.*20. Nauar. *cap.*17. *num.*23. Toletus *lib.*5. *cap.*31. Bellarminus eam publicè docuit Louanij, teſte Leſſio nuper adducto. Petrus Ledeſma *in ſumma tom.*2. *cap.*33. *tract.*8. negat hanc ſententiam poſt factum damnandam: eſſe probabilem quoque iudicāt Malder. 2.2. *tract.*5. *c.*2. *dub.*5. Contrad. *de contract. q.*67. Palatios *in ſumma verb. emptio.* Phylarch. *de officio ſacerdot.* 2. *part. lib.*5. *cap.*13. Faber *de reſtitutione in.*4. *ſent. diſt.*13. *q.*2. *diſp* 43. *cap.*4. *num.*113. Diana *tract. de contract. reſolution.*49. Layman. *tract.*4. *lib.*3. *cap.*17. §.5. *num.*33. Sanch. *lib.*1. *conſil. cap.*7. *dub.*17. vbi tamen contrariam probabiliorem exiſtimat. Ratio eſt quia in eo contractu neque vſura, neque nulla alia iniuſtitia reperitur. Ergo licitus eſt. Antecedens facilè demonſtratur. Atque in primis omnem vſuram ab eo contractu abeſſe, illa enim nuſquam reperitur ſine mutuo, vel formali expreſſo, vel ſaltem virtuali, & implicito, quale in noſtro caſu non reperiri conſtat ex eo quod non emantur centum ſoluenda poſt annum, ſed ius ad illa. Quare tradito & vendito eo iure venditor non manet amplius obligatus emptori, licèt debitor à quo ſoluenda ſunt illa centum, reddatur impotens & fiat vt loquebantur veteres, malum nomen, & quidquid periculi & commodi continget, eſt penes emptorem, quod non contingit in mutuo, in quo mutuatarius manet obligatus creditori, donec ſolutione liberetur, & rei mutuatitiæ periculum commodumue mutuatarij quoque ſit, quæ cùm non reperiantur in hoc contractu, neque in illo reperitur mutuum ſiue formale, quod fatentur aduerſarij, ſiue implicitum, & fictitia emptione deliteſcens, cùm & vera emptio ſit & non anticipata ſolutio rei quæ & emitur, & capitur ab emptore, atque traditur à venditore, nempe iuris ad centum, quod venditor reuerà transfert in emptorem, qui illius iuris à ſe empti tunc pretium repræſentat, & non ſoluit anticipatè centum venditori debita poſt annum; ſed ius ad illa centum, quod nunc præſenti pecunia emit, & totum capit, nihilque in eo iure ad illa centum ſibi retinet venditor. Ergo neque formalis, neque virtualis vſura in eo contractu fingi poteſt. Iam verò neque vllam aliam iniuſtitiam committi, non erit operoſum demonſtrare: vbi enim pretium mercis & rei venditæ valorem atque æſtimationem adæquat, iuſta eſt emptio, niſi aliunde ex aliqua cauſa ipſi emptioni extrinſeca accidat iniuſtitia. Atqui in hac emptione iuris ad centum ſoluenda poſt annum, pretium 90. aut 95. æquat valorem illius iuris in communi hominum, etiam ſapientum

pientum æstimatione. Quia licèt centum valeant centum siue hodie, siue post annum exhibeantur, ius tamen ad centum capienda post annum, non valet centum, sed aliquid minus. Quod videmus in omni iure ad rem futuram, quod aliquid minùs valete æstimatur, quàm res ipsa futura, & constat in iure ad reditus tum personales, tum reales; & licèt dilatio temporis non augeat aut minuat valorem rei capiendæ, in communi tamen æstimatione minus est habere ius, quàm rem ipsam. Itaque cum non vendantur in hoc nostro casu centum, sed ius ad centum; & ius illud ad centum, quamuis certo capienda, minoris valoris existat, quàm ipsa centum; minoris quoque emi potest, quàm centum, quæ venditor tradere non obligatur, sed ius ad illa. Vndè manifestò colligitur non emi illa centum; quæ reuerà valent centum, illa siquidem tradere teneretur venditor, qui rem venditam saltem accepto pretio tradere tenetur emptori: atqui venditor neque modo, neque post annum illa centum tradit, aut tradet, aut tradere tenetur, sed vendit, & tradit ius ad centum, eiusque ipsis venditi pretium accipit; quod minus est quàm centum; quia ius ad centū minoris æstimatur quàm centum, vti diximus. Denique cum ius de quo agimus exponatur venale instar aliarum mercium, illæque, vti diximus, habeant pretium rigorosum, infimum, & medium, idem contingit in hoc iure; quod si merx dici non potest in communi hominum æstimatione habere pretium indiuisibile, neque istud ius. Neque dicas licere quoque in mutuo emere, dare ius ad centum post annum accipienda, atque ita creditor emet illud ius 90. aut 95. & quinque aut amplius lucrabitur, esto non erit mutuum, sed vera emptio. Respondeo enim in eo cōtractu committi fraudem, quia vti ostendi *in opere de vsuris, lib. 1. cap. 7. art. 2. consect.* 18. ius repetendi centum mutuò data, & obligatio illa non repetendi nisi pro tempore in quod mutuò data sunt, non sunt aliquid extrinsecum ipsi mutuo, ac proinde ratione ipsorum non potest aliquid exigi supra sortem, quod tamen fieret hoc loco; & ridiculum esset aliquem qui tibi nihil debet, vendere tibi obligationem dandi centum post annum pretio nonagiota quinque, statimque apparet mutuū occultari sub inutili & ridiculo contractu. In omni enim mutuo, mutuò dans accipit ius repetendi, quod mutuò dedit, & mutuatarius subit obligationem reddendi quod mutuò accepit. Quare neque illud ius, neque ea obligatio diuersis contractibus à mutuo acquiri possunt, aut vendi. Alioquin vt eo loco argumentabamur, omnis vsura ableganda foret. Deinde in nostro casu ius iam positum ad centum debita aliquis emit: at verò dum quis dat 95. vt ab eodem post annum accipiat centum, ius sibi constituit nouum, & quod nondum est: neque sanè aliud quàm mutui, ideoque manifestam committit vsuram.

4 Ideóque in nostro etiam casu probabilius existimamus cum Sanche, Molina, & Salas ipsummet debitorem, non posse debitum illud immaturum minoris emere à creditore, licèt tertius id possit, quia tunc debitor non tam emit ius ad debitum, quàm ipsummet debitum per anticipatam solutionem, ratione cuius non minus valet debitum, quàm ipsum sit, alioquin venderet ipsum tempus, aut illius interusurium. At verò tertius ille qui debitor non est, non vtitur anticipata solutione, sed reuerà emit ius quod iam creditor habet ad repetendum illud debitum tempore definito; & debitor tenetur suo tempore ad totum debitum absque labore, & expensis creditoris; qua igitur æquitate detrahet de illo debito quidpiam, nisi per anticipatam solutionem, & cum aliqua etiam creditoris molestia, quod non contingit in illo tertio, qui emit à creditore ius illius, & suo periculo, quamuis nullum appareat, solutionem exigendam talis debiti sibi sumit.

Hinc solues quod quæritur de quibusdam aliis similibus contractibus, quorum meminit Azor. 3. *part. lib. 8. cap. 10. q. 5.* 3

Primò Genuæ minoris emitur ius quod quis habet ad certam pecuniam certo termino repetēdam, idque Callixtum III. & Sixtum IV. concessisse Genuensibus refert Azor & Silu. & Armilla; vnde tamen negat colligi posse eam venditionem vbique licitam esse, quia potuerunt reperiri aliquæ circumstantiæ propter quas ea venditio licita fuerit Genuæ, quæ cùm alibi non reperiantur, non erit ibi probanda talis venditio. Ratio tamen vniuersalis esse potest ea, quam modò attulimus, quia ius ad centum post annum, non æstimatur, neque valet centum.

Secundò Titius qui habet chirographum, vt à Caio numulario recipiat centum post 15. dies, quia tamen non ipse eget præsenti pecunia, vendit suum chirographum alteri numulario 95. ex vltima sententia à nobis relata & probata id licebit ob rationem eandem.

Tertiò Titius qui eget nummis præsentibus, quos nemo illi mutuò dare vult, syngrapham subscribit apposito die, promittitque se intra sex menses soluturum centum aureos illi qui eos sibi mutuò dederit, vbi suam syngrapham repræsentabit, eamque tradit præconi publico in foro publico repræsentandam, qui eam vendit 90. vel 95. Hanc consuetudinem probare omninò debet secunda sententia nuper allata, idemque dicendum erit, si non Titius ipse, qui eget pecuniis, sed Caius à quo centum petit mutuò, quia non habet præsentem pecuniam, scribat similem syngrapham datam Titio, qui eodem modo dat publicandam, & 95. aureos quibus præco vendidit, accipit redditurus centum Caio.

CONSECTARIVM II.

An licita & iusta sit emptio qua census seu redditus & pensiones annuæ per tres aut quatuor annos soluendæ emuntur tertia aut quarta parte minori pretio quàm sint pensiones omnes eo tempore soluendæ.

Status quæstionis. 1.
Varia sententia. 2.
Hæc conuentio non est vsura. 3.
Neque inhonesta si sit tantum aliquantulum minus pretium. 4.
Iniusta tamen erit, si pretium sit notabiliter minus. 5.
Quare in casu proposito manifesta est iniustitia. ib. & num. 6.
Ideóque lucrum retineri nequit. 7.

Titius emit à Semptonio centum, siue redditū, siue pensionem centum aureorum illi debitam à Caio, cuius fideiussor est Lucius, soluendam singulis annis certa die; Titius autem emit tres eiusmodi pensiones, siue pensionem illam tribus annis 1

consequentibus debitam, emit inquam pensionem duorum annorum, siue ducentis aureis præsenti pecunia, atque ita tertiam debiti illius partem perdit Semptonius, & Titius lucratur, siue vt loquuntur, ex tribus pagis vnam lucratur, ex tribus pensionibus vnam retinet. Quæritur an hæc emptio, quæ alicubi frequens est, licita, & iusta sit: quæ quæstio differt omninò à superiore, vnde & illas grauissimi viri tanquam diuersas proposuere, & explicuere: non enim quæritur in genere an debita immatura post aliquod tempus soluenda minori pretio quàm sint ipsa debita, emi possint præsenti pecunia, quod proximè disputabimus; sed an iustus, & licitus sit ille contractus, quo præsenti pecunia census, redditus, & pensiones emuntur tertia aut quarta parte minori pretio, quàm sit tota summa pensionum, per tres aut quatuor annos soluendarum, ita vt tertiam, aut quartam partem debiti perdat venditor, & emptor lucretur.

In hac perdifficili quæstione placet eruditissimi viri & amantissimi quondam in explicanda Theologia in hoc celeberrimo Lugdunensi Gymnasio Collegæ Henrici Albi τοῦ μακαρίτου sensus, quem ipsis eius verbis referam, vt tanti Doctoris authoritate meam doctrinam illustrem, eiusque æternæ memoriæ, hoc qualecumque tandem grati & beneuolentissimi animi monumentum consecrem, & veluti anathema iam beato appendam. Sic igitur à me de hac difficultate consultus respondet.

2 Hic casus disertè proponitur à Couarru. *lib. 3. variar. resolution. cap. 7. num. 7. §. 7.* Nauar. *Comment. de vsuris, num. 72.* Azor. *part. 3. lib. 10. c. 17. quæst. 8.* Lessio *lib. 2. cap. 22. dub. 6. num. 41.* Iacobo de Graphis *lib. 2. numer. 118.* Molina *disp. 361.* Conrado *de contract. quæst. 80.* Medina *de vsuris quæst. 3.* & aliis omnibus; consentientibus verò suffragiis damnatur hic contractus, saltem vt iniustus; damnum quoque liquet, tum ab Authoribus in proximo consectatio citatis, in priori sententia negantibus debita in futurum certa, & liquida posse minoris emi quàm valeant, tum ab Authoribus secundæ sententiæ, quantumuis in speciem fauere videantur, qui infimum pretiũ quo emitur debitum in futurum, seu ius ad centum liquida, esse volunt 90. nec descendunt ad minus. Vnde Caietanus ex Authoribus, qui de hac materia scripsere, damnato huic contractui patrocinari visus in summula de peccatis, respondens ad propositum casum de quatuor pagis acerbis debitis in monte Genuensi, qui casus quamuis huic nostro affinis admodum sit, in eo tamen est dissimilis quod in illo res tota venalis inutilis est per triennium, vnde infert Caietanus rationabilem esse causam minoris pretij; cùm in nostro quotannis venditi census certa pensio soluatur, & nihilominus Caietani responsum & Bannes, & Salas vt improbabile & falsum damnant, qui certè dum extra hunc casum specialem de omni alio iure quorumcumque creditorum concludit, illud emi posse minori pretio quàm valeat; quanto autem minori emi debeat id relinquendum censet arbitrio prudentum; & accedit plurimum veræ doctrinæ quam deinceps propono.

3 Respondeo itaque ad propositum casum quamuis talium censuum seu redditũ annuorum illa emptio vsuraria non sit, nec iniqua, quæ fit pretio aliquantulum minori, quàm sint pensiones omnes certo tempore speratæ, iniustam tamen esse si lucrum paulò notabilius supra pretium ex collecta pensionum solutione reporterur, atque vt is excessus non potest iustè accipi, ita nec potest iustè retineri; quæ singula sigillatim hîc explicanda & probanda sunt.

Primò quod ea emptio vsuraria non sit tradunt communiter DD. cum Caietano, Nauarro, Molina, &c. Probant ex eo quod in huius census emptione per tres aut quatuor annos soluendi, sicut & censuum aliorum qui sunt à Pontificibus Pio V. Martino V. & Callixto III. approbati, non emitur pecunia, aut annua pensio, quæ posset vsuræ suspicionem inducere, in qua pecunia pecuniam parit, sed emitur ius percipiendi annuam pensionem, quod ius cùm pretio æstimabile sit, sicut iurisdictio, ius percipiendi tributum, ius percipiendi fructus alicuius rei, & alia iura incorporea, ita emi & vendi potest etiam ad certum tempus, sicut emi & vendi potest in perpetuum; & si quod lucrum est supra pecuniæ summam principio datam, id non est ex mutuo, sed ex empto, vt propterea lucrum id vsurarium non sit. Præterea verò mutuum hîc non interuenire, neque verum, neque interpretatiuum, ac proinde neque vsuram probatur, tum quia in mutuo cogitur quis sortem soluere, at hîc census venditor non cogitur sortem reddere, immò nec reddit; tum quia in mutuo est principalis obligatio ad sortem, & accessoria ad vsuras: hîc verò principalis & tota obligatio est ad annuam pensionem, quæ loco sortis redditur, nulla ad sortem: tum demum quia in mutuo manet obligatus mutuatarius, hîc verò creditor in nullo manet oblitus emptori, etiamsi casu debitor fiat impotens.

Secundò quod talis emptio iniqua & illicita non 4
sit, si fiat pretio aliquantulum minori, quàm sint omnes pensiones simul iunctæ, certo tempore accipiendæ, admittere debent omnes superiùs citati in secunda sententia ad quæstionem communem de emptione debiti futuri, & disertè approbant alij citati circa hunc specialẽ casum. Ratio verò solida qua Nauarrus, Azor, Salas & alij probant fas esse prædictum censum minoris emere, hæc est, quòd hîc interueniat, vt probatum est, vera emptio, & venditio iuris ad pensionem, cuius iustum pretium sicut & aliarum rerum venalium per modum mercis, quarum pretium non est à lege taxatum, non consistit in indiuisibili; atque illud est quod vel communis hominum æstimatio, vel iudicium prudentum præfixit. Communi autem prudentum æstimatione ita est pretium huiusmodi census qui venalis est, taxatum, vt sit illud paulò minus, quàm sit cumulus pensionum. Sicut enim hoc modo licitè, & minoris emitur census perpetuus, ita & temporalis; & sicut fieri potest, vt iustè ex census perpetui emptione redimibilis ad nutum venditoris, plus recipiat emptor, quàm dederit, quando recipit totum pretium, & plures pensiones antea solutas, ita & iustè potest ex census temporalis emptione percipi aliquid supra pecuniam, quæ data est in pretium, & consequenter emi census minori pretio, quàm sit tota summa pensionum soluendarum. Confirmatur primò quia ius percipiendi reditus, seu emolumenta ex re frugifera semper æstimatur minoris, quàm emolumentum speratum, si præsens esset, & vt rectè Caietanus, sicut terra per aliquot annos sterilis, vel mihi non tradenda, nisi post aliquod tempus, minus valet quàm si esset statim frugifera, & tradenda, ita debitum quod post aliquod tempus soluendum, est inutile & sterile vsque ad tempus solutionis, minus valet, & sic potest minoris emi. Præterea vt Molina ratiocinatur; quia in hac emptione emitur pars iuris in re dependenter ab ipsamet re, præterea

etiam

etiam,non emuntur pensiones, nisi vt sunt in potentia rei, & dependenter ab ipsa re; eaque ratione minùs valent, vt sunt sic in potentia quàm valeant in se.

5 Tertiò tamen iniqua & illicita censenda est emptio census huiusmodi, quando lucrum paulò notabilius supra pretium ex collecta pensionum solutione reportatur, vt fit in proposito casu, & contractu, in quo ex censu seu redditu per tres aut quatuor annos soluendos tertiam, aut quartam partem debiti perdit venditor, lucratur emptor. Probatur verò primò quia iustitia emptionis & venditionis postulat æqualitatem intra latitudinem pretij rigorosi, medij, aut infimi: sed in isto contractu de quo est quæstio violatur hæc æqualitas, quia ista debita seu iura venduntur infra infimum pretium; sic enim in contractu v.g. quo ius ad centum aureos per tres annos soluendos ducentis aureis emitur præsenti pecunia, cùm pretium medium ex quorumdam sententia sit vt dentur 95. pro centum intra annum soluendis, & secundum alios infimum sit, vt dentur 90. in casu tamen posito ius ad centum infra annum soluenda, vix emitur 74. ergo violatur iustitia. Secundò illa emptio iusta non est quæ iusto pretio non fit: nam res tanti debet emi, quanti valet: at iusto pretio non emitur census ad certum annorum numerum pretio notabiliter minori, quàm sit latitudo quantitatis pensionum; nam iustum pretium censetur illud quod lex, vel communis hominum æstimatio, vel iudicium prudentum definiit, atqui huius census ad certum annorum numerum pretium nulla lex taxauit, vnde ait Couarruuias arbitrio viri prudentis definiendum esse; communis autem æstimatio & iudicium prudentum hunc lucri excessum supra pretium damnat. In primis enim Couart. *lib. 3. var. resolut. capite 7. num. 4.* & de Graphiis *l. 2. numer.* 118. sic definiunt, vt lucrum supra pretium infra 30. annos sit tantùm 20. aut 30. aureorum. Nauar. *Comment. de vsuris, numero* 71. pretium ponit huiusmodi, vt pensio annua decem aureorum ad annos 15. centum aureis ematur, ita vt intra 15. annos quinquagiota tantùm aureorum sit lucrum. Lessius *l. c. 22. dub. 6. num.* 42. vt pensio decem aureorum in decemnium ematur 90. aureis. Filliucius *tract.* 35. *p. 2. c. 1. quæst.* 8. vt pensio decem aureorum ad annos 20. ematur aureis 180. vel 90. Azor *part. 3. lib. 1. quæst.* 8. huiusmodi pretium definit vt sit paulò minus quàm sit pretium censuum, qui ad incertum tempus emuntur, quales sunt vitalitij, quod paulò obscuriùs dictum est. Alij omnes pretia huiusmodi censuum definiere, vt sequuta lucra modica admodum sint, quæ certum est in contractu de quo quæstio proposita est, immodico excessu augeri.

6 Et nihilominus pretio iusto, lucroque quod colligitur ex hac emptione, ita arctè definito, plerique, vt Couarr. Iacobus de Graphiis, & alij censent hunc contractum esse à republica omninò ablegandum, consulendumque vt ab eo Christiani abstineant. Carolus Molinæus à Couatruuia laudatus suspectum esse iniustiæ, ac tantò maiorem suspicionem habere, quantò citiùs, & breuiori tempore tota sors & pretium ipsum recipitur. Molina omninò ad paucos annos, vt ad 5. 8. aut 10. prohibendum esse, ob pericula eâ via palliandi vsuras. Azor non esse in republica permittendum, quòd magnam vsuræ speciem habeat, eo quod tota sors ad certum tempus cum lucro reddatur, quemadmodum contingit in mutuo vsurario, & eo magis vsuræ speciem referre, quò breuius est tempus quo census finitur.

Nec desunt qui ab vsura aliqua non excusent, vt Bannes, Sotus, Valentia, & alij nonnulli. Nam quamuis hîc contractus emptionis sit, quo emitur ius ad annuas pensiones; interuenire tamen quandoque in emptione vsuram docet *c. ad nostram, de empt. & vend. cap. illo vos:* & *cap. in ciuitate, de vsuris,* & hîc aiunt videri aliquam committi, quòd virtute pretium detur pro mutuo, vt per partes reddatur cum incremento ratione expectationis solutionis, non secus ac quando aliquid credito venditur maiori pretio, quàm res, pecuniâ statim numerata valeat, vsura interuenit: quia perinde est ac si pretium, quod soluendum erat statim relinqueretur mutuò emptori, vt in futurum cum incremento restitueretur.

Nec fauet immodico huic lucri incremento, quod dicunt aliqui ex communi DD. effato, vilescere merces vltroneas, etiam ad tertiam partem. Illud enim commune dictum, vt explicant Nauarrus *in summa cap. 23. numero* 78. Salas *tract. de empt. c. 25. numero* 3. & alij, intelligitur tantùm de illis mercibus, non pecuniariis, quales sunt panni, vestes, & quæ pluris solent vendi in officina mercatoris eas asseruantis cum aliquo periculo, quàm dum quis per se vel per proxenetas mercatorem quærit; quæ non habent determinatum pretium; non autem de debitis pecuniariis, vt pensionibus aut chirographis certis & liquidis, ac suo tempore soluendis. Prætereà posset quidem vt ait Nauarrus, aliquantò minui pretium, si plures offerrent huiusmodi census emendos; nam tunc communi æstimatione minus valerent, non tamen si vnus aut alter vltrò offerant; ita enim excusarentur vsurarij à lucris iniustis.

Quartò demùm dixi acquisita tali contractu em- 7
ptionis supra modicum lucrum, quod prudentum arbitrio fuerit definitum, retineri non posse; cuius dicti ratio manifesta est, quia contractus inualidus non dat aliquem iustum titulum retinendi bona acquisita, & ideò vsurarius, quæ supra sortem per vsuram accepit, tenetur restituere: at accepta in proposito casu supra modicum aliquod lucrum, sunt acquisita contractu iniusto, vt probatum est; ergo non possunt retineri. Neque verò ementi prodest bona fides, quia licitum, & iustum fortè putabat: nam bona fides tantùm prodest, ne contrahens peccet, & non teneatur restituere quamdiu bona fides perseuerat, non autem vt comperta iniustitia non teneatur saltem restituere id in quo factus est ditior, vt communiter tenent DD. & ratio est, quia bona fides non facit vt contractus qui est iniustus, & inualidus, fiat validus.

Atq; hæc quę hactenus in proposito casu cōclusa sunt, supponunt debita quæ emuntur certa esse, & liquida secluso omni grauamine, lucro cessante, aut damno emergente, cū vero periculo minuendæ pensionis: hęc enim si adsint ex regulis cōmunibus lucrum definiendū est; certè, & rectè Nauarrus; si ex mutuo contractu ex se non lucratiuo, licet ratione lucri cessantis, aut damni emergentis aliquid vltra sortem accipere, multò magis licebit in contractu lucratiuo emptionis ex iisdem causis pretium minuere. Illud tantùm hîc aduertendum Molina & Salas admonent, an lucrum cessans compensetur alio æquali, vel maiori lucro: tunc enim nihil potest accipi ratione lucri cessantis. Qua ratione negant mercatores vendentes credito posse

tunc

tunc aliquid aecipere vltra pretium rigoroſum, quando lucrum ab iis ſperatum, ex præſenti & numerata pecunia aliunde compenſatur, vt ſi proptereà plures habent emptores, pluresque merces vendunt, eaſque pretio rigoroſo, quod non habetent ſi numerata pecunia illas venderent: neque ex eo quod vendunt credito nonnullis, deſinunt aliis vendere pecunia ſtatim numerata. Vnde aiunt ſufficienter compenſari lucrum aliunde ſperatum. Illud verò in noſtro caſu ſemper attendendum eſt, an ex aliquo lucro vi emptionis conceſſo, & comparato ſufficiens aut aliqualis compenſatio fiat, quæ vel ex toto, vel ex parte ſubeat vires lucri ceſſantis.

CONSECTARIVM III.

An rem meam emere poſſim.

Non poßum emere rem meam. 1.
An ſaltem emere poßeßionem. 2.
An ſi ignorans id faciam. 3.
An poßim ſub conditione rem meam emere. 4.

1 RESp. non poſſe, niſi venditor aliquod ius aut partem in illa habeat, *l. ſua rei 16. l. ſi in emptione 34. §. rei ſua. D. de contrah. empt. l. nemo rem ſuam 1. & 2. de verbor. obligat.* Ratio euidens eſt, quia repugnat naturæ venditionis vt hoc agatur inter venditorem, & emptorem, vt dominium rei in emptorem non transferatur, *l. pen. §. vlt. D. de contrah. empt.* ad hoc enim iure gentium emptiones inductæ ſunt vt illis acquirantur rerum dominia *l. ex hoc iure 5. D. de iuſt. & iure*, ſiue vt ſit titulus habilis ad transferendum dominium, ſi nihil ſit aliud quod illam dominij tranſlationem, ſiue alienationem impediat, *l. clauibus 74. D. de contrah. empt. l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. dom.* Contra naturam igitur venditionis erit, ſi inter emptorem & venditorem id agatur, vt rei venditæ dominium non tranſeat in emptorem, eritque aliud quoddam genus contractus, v. g. locatio, emphyteuſis, pignus, depoſitum, commodatum, ex quibus dominium non transfertur in alium contrahentem. Neque quidquam faciet quod contrahentes, eiuſmodi contractum venditionis nominent; quia non tam attendendum quid nominis ſit, quàm quid rei, & ex natura negotij quod geritur, æſtimandus eſt contractus, non ex nomine, *l. ex conducto 25. §. Papinianus, l. ſi vno. D. locati.* Denique quoties inter contrahentes id agitur, vt aliquid fiat quod eſt contra naturam contractus, neceſſe eſt, vt in aliud genus contractus tranſeat, vt probat *l. vbi ita donatur 27. D. de mortis cauſa donat. l. cum precario 12. D. de precar. l. nuda 55. D. de contrah. empt.* & *l. in ædibus 9. §. vlt. D. de donat.* Quoties igitur in venditione id agitur, vt dominium non tranſeat in emptorem, venditio non eſt; quia id agitur inter contrahentes; quod eſt contra naturam talis contractus. Nam licèt venditio non ſemper actu transferat dominium in emptorem, ſemper tamen apta eſt vt transferat; quare licèt ſubſiſtat venditio, quamuis res vendita non fiat emptoris, non tamen ſubſiſtet ſi in illa agatur ne fiat emptoris. Atqui cùm res in ea mihi venditur, hoc agitur vt rei venditæ dominium non tranſeat in emptorem; quia impoſſibile eſt vt rei meæ dominium, quod in illam habeo, in me denuò tranſeat, quia quod meum iam eſt, magis meum fieri nequit, *§. ſic itaque, inſtit. de action. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum. D. de captiuis & poſtlim.*

Dices primò valere hanc venditionem ſaltem quoad poſſeſſionem, ac proinde & non ſubſiſtat ea venditio quoad proprietatem, valida tamen erit quoad poſſeſſionem. 2

Reſp. aliud eſſe emere rem, aliud poſſeſſionem; aliudque eſſe pretium rei, aliud poſſeſſionis *l. 3. §. vlt. D. vti poſſidetis*; nihilque commune habet cum poſſeſſione, neque has cauſas permiſceri oportet *l. naturaliter 12. §. nihil commune, & l. pen. D. de acquir. poſſeſſ.* & paſſim obuium eſt, vt quis rem alienam poſſideat ſine vero, & iuſto titulo, ſiue nullo; tuncque intereſt domini vt ſuæ rei poſſeſſionem recuperet, tum propter ipſius poſſeſſionis commoda quæ multa ſunt, tum ad euitandas rixas, & lites, quæ frequentius circa poſſeſſionem, quàm proprietatem excitantur. Atque ita ſuæ rei poterit poſſeſſionem emere, vt ait Paul. *l. ſi in emptione 34. §. rei ſua. D. de contrah. empt.* Et ſanè ratio quæ impedit ne rem meam emere valeam, quia res quæ iam mea eſt, magis mea fieri non poteſt, vt diximus, non impedit emptionem poſſeſſionis rei meæ, quia emo poſſeſſionem, quam non habeo, & quæ mea fieri poteſt. Ad hanc verò emptionem rei ſuæ duo neceſſaria ſunt. Primum eſt vt ab initio agatur, vt ſolam poſſeſſionem, emat dominus, quam caſu aliquo venditor habebat, non emat autem proprietatem, aut rem ipſam, eo ſiquidem nomine proprietatem ſignificamus, hoc autem requirit Paulus *citato* §. 4. Alterum quod idem Paulus requirit, eſt vt venditor in iudicio poſſeſſorio potior futurus ſit, ſiue in cauſa interdicti. Sicut igitur is qui iure creditoris vendit, debet ſe præſtare potiorem creditorem, ita ille qui poſſeſſionem vendit, debet ſe præſtare potiorem in poſſeſſione. Obſeruat verò in hunc §. 4. Anton. Faber, non fuiſſe permittendum, vt quis poſſeſſionem rei ſuæ emat ab eo quem in proprietatis iudicio poterit ſuperare, ne ſceleratus quiſque inuitetur ad alienam rem poſſidendam, vt poſſit deinde eam domino vendere, quod tamen non impediet, ne in conſcientia valeat dominus rei ſuę poſſeſſionem ab iniquo detentore emere, ſed venditor ad pretij accepti reſtitutionem tenebitur, ſi ſe iniquè poſſidere ſciuerit.

Dices ſecundò rei propriæ emptionem valituram ad hoc vt emptor poſſit contra venditorem agere, in id quod ſoa intereſt, maximè ſi ignorans emit. Nam ſi ſciens rem ſuam emit, & ſe ipſe volens decepit, indignus eſt cui ſuccurratur, *l. nam ſi ſcit 26. D. de rei vindicat. l. Immò enim 16. §. tunc habet. D. de liber. cauſ.* At verò ignoranti maximè aduerſus ſcientem, ſuccurrendum omnino eſt. Sanè ſi mihi ignoranti liberum hominem, aut rem ſacram, vel religioſam ſciens vendidiſſes, aduerſum te agam ex empto, vt conſequar quod mea interfuit ne deciperer, *l. qui officij 62. §. 1. D. de contrah. emption.* Licet igitur aliquando non valet emptio quoad rem venditam, valet tamen ad obligandum venditorem vt præſtet quantùm emptoris intereſt eum deceptum non fuiſſe, quod non modo verùm eſt, quando venditor ſcit ſe decipere emptorem, ſed etiamſi ignoret, *in l. ſi ſterilis 21. §. quamuis. D. de actionibus empt.* vbi vendens menſas quæ tamen non erant, tenetur ad intereſſe emptoris, quem tamen non niſi ignorans decepit, quia ignorantia venditoris non facit, quin emptor lædatur, imò & decipiatur, quamuis ſine dolo malo:

malo: deceptionis enim nomine sæpius Iurisconsulti non tam dolum personalem intelligunt quàm qui in reipsa existit, vt *in l. in causa* 16. §. *idem Pomponius. D. de minorib. iuncta l. item si pretio* 22. §. *vlt.* & *l. sequenti D. locati. l. si quis cum aliter* 36. *D. de verbor. obligat.* vbi *l. quoties* 59. captio nominatur. Cum igitur ignorans rem meam emerim, actionem aduersùs venditorem, quantum mea interest non fuisse deceptum, habebo, atque ita venditio valet, non quantum ad transferendum in me rei meæ dominium, quod iam habeo, & quod acquirere maius non possum, sed quantùm ad obligationem venditoris ad præstandum me indemnem ex ea venditione.

Respond. in eo casu emptionis rei suæ à domino etiam ignorante, non posse emptorem aduersùs venditorem agere in id quod sua interest, quia nihil omninò eius interest; neque posse se deceptum esse conqueri, quia & rem totam habet & eius dominium, ad nihil enim aliud poterit damnari venditor, & emptor habet id omne quod petere potest. Interesse siquidem petitur ex eo quod quis non habet, aut quod lucrari potuit, *l. si commissa* 13. *D. rem ratam haber.* Nihil verò abest emptori quod lucrari potuisset si non fuisset nulla venditio, & emptio rei suæ. Si fuisset enim valida venditio, rem quam emit acquisiuisset, illam verò habet, quamuis nulla fuerit venditio. Quare discrimen inter venditionem istam, & venditionem rei sacræ, aut liberi hominis apertum est. Si enim valida fuisset venditio, rem illam emptor acquisiuisset, si in commercio fuisset; non poterat verò rem propriam acquirere. Quare ex illa inualiditate venditionis, & deceptione nihil amisit quod acquirere potuisset. Nam si quod pretium ignorans soluit, illud repetere poterit per conditionem indebiti, vt habetur *l.* 16. *D. de contrah. empt.* & *l. seruum meum* 37. *D. de condict. indebiti*; quia verò proprietas, & vsusfructus differunt, & possumus habere vsumfructum fundi alieni, & alius vsumfructum nostri fundi, qui vsumfructum habet, potest emere proprietatem, qua caret, & qui dominium habet proprietatis, emere vsumfructum eius, quia in illis casibus non emit rem suam: ita *leg.* 16. §. 2. *de contrahend. emption.*

Hinc fit vt si rem meam mihi ignoranti vendideris; eamque deinde iussu meo Caio tradideris, in illum dominium non transferas, vti sapienter docuit Pomponius relatus & probatus à Paulo *in l. etsi consensum* 15. §. 2. *D. de contrahend. empt.* quia in hoc id euidenter actum est inter nos, vt rei quam mihi vendidisti, dominium transferres in Caium, cui iussu meo dedisti. Illud, inquam, dominium quod mihi ex tua venditione acquisiuisse existimabam, non autem illud quod ante tuam venditionem meum erat. Quare tradendo rem illam Caio, licèt meo iussu, nihil effecisti; quia neque dominium quod nullum habebas in ea re transferre potuisti, neque meum quod habebam, & quod à te non accepi, cùm de illo transferendo, neque à me, neque à te cogitatum vnquam fuerit. Neque dicas *in l. eius qui in prouincia* 41. *D. de reb. credit.* Africanum respondere, pecunias, quas seruus credidit quasi dominicas, cùm iam defuncti domini hæres esset, censeri alienatas, pro qua parte, ipse domino hæres extitisset, tanquam à vero domino creditas. Id enim fit quia vnum, idemque dominium erat quod in illas prouincias defunctus dominus habuerat dum viueret; & quod seruus ipsius hæres tempore crediti habuit. Idem siquidem dominium est defuncti & hæredis, sicut eorum vna eademque persona esse fingitur, *l. heres & hereditas* 22. *D. de vsucapion.* & *Nouella* 43. *de iurament. à morient. præst.* Non poterat igitur esse quæstio an de quodam alio dominio cogitatum esset, quando fuerant creditæ illæ pecuniæ, quàm de ipsius domini vero dominio. At in nostro casu aliud omnino erat dominium, quod à te per traditionem meo nomine factam transferri in alium volebam, aliud verò illud de quo transferendo cogitabam. Cum enim rei illius quam vendidisti dominium mihi iam acquisitum esse ignorarem, de alio quod mihi tua venditione acquiri existimabam, transferēdo cogitabam: Itaque duplex hoc loco dominium in hanc traditionem venit, de quorum vno cogitatum fuerit; & non de altero, quorum vnum verum & reale fuerit, alterum autem putatitium, & existimatum duntaxat: putatitium illud translatum est, non verum, atque ita nihil actum fuit. Idem contingit in donatione quando rem meam mihi donaturus, illam iussu meo tradis alteri, neque enim eius dominium transfers in illum; quia non cogitaui de transferendo dominio, quod iam habebam, & tamen me habere ignorabam, sed de illo quod mihi tua donatione acquiri posse sperabam ex quodam errore; te enim, non me dominum existimabam. Atqui nullum mihi dominium rei iam meæ ex tua donatione acquisiui, aut acquirere potui; nullum igitur est dominium quod transtulisti in donatarium, cui rem illam meo iussu donasti.

Quæri tamen hoc loco potest vtrum possim emere rem meam saltem sub conditione, si mea esse desinat, siue in tempus, quo mea esse desinet; quæ emptio conditionalis erit. Ratio dubitandi est quia cùm vti ostendimus, rei suæ emptio non valeat, & quod meum est, licèt possit desinere esse meum, non ideò tamen interim desinit esse meum, atque proinde à me emi non potest. Nam in contractibus conditionalibus inspiciendum est tempus contractus, non illud quo ponitur conditio, *l. si filiusfamilias* 78. *D. de verbor. obligat.* secus quàm contingat in conditionalibus legatis, & vltimis voluntatibus *l. quæ legata* 98. *D. de regul. iur. l. cùm qui* 104. *D. de condit. & demonstrat.* Non potero igitur emere rem meam, etiam sub conditione, quamuis sperem fore, vt desinat aliquando mea esse. Contrarium tamen affirmat disertè Marcellus *in l. existimo* 61. *D. de contrah. emption.* & eiusmodi emptionem conditionalem validam existimat; quia contractus omnis non tam fieri intelligitur eo tempore, quo reuera fit, quàm eo in quod confertur *l. Stichus* 39. *D. de manum. testament.* & *l. quod sponse* 4. *C. de donation. ante nupt.* Neque etiam venditio conditionalis ante impletam conditionem perfecta dici potest, *l. hæc venditio* 7. *D. de contrahend. empt.* estque euidens ratio. Nam ea præcipua conditionis vis est, vt suspendat actum, & natiuitatem obligationis, quæ ex eo actu nasci posset, impediat. Quare ante impletam conditionem nec cēdit dies, nec venit, *l. cedere diem* 213. *D. de verbor. significat.* & expectandus omninò est conditionis euentus, vt si ea defecerit, contractus, & nullus dicatur, & pro non facto habeatur; si verò ponatur conditio, & perinde valeat contractus atque si purè & absolutè celebratus fuisset, nulláque conditione suspensus, *l. si quis fundum* 37. *D. contrah. empt. l. necessariò* 8. *D. de peric. & commodo rei vend. l. potior* 11. §. 5. *iuncta l. qui balneum* 9. *D. qui potior. in pignor. hab. l. pecuniam* 36. *D. de reb. credit.* atque alibi sæpius. Vnde est vulgare diuerbium condi-

tiones

riones rettotrahi ad tempus celebrati contractus: quem communem loquendi modum sæpius in coniecturarum libris recipit Anton. Faber, quia cùm conditio reipsa nihil sit, quàm priuatio puritatis, & non entis nullæ possint esse qualitates, *l. si patrem* 19. *D. quemadmodum seruit. amitt.* quod nihil est, rettottahi non potest. Vnde quoque fit, vt venditio conditionalis nequeat esse perfecta nisi cùm existit conditio; quia statim atque conditio perfecta est, ex ea nascuntur obligationes empti & venditi, illæ autem nasci non possunt ante conditionis euentum *l. cedere diem* 213. *D. de verbor. significat.* & tunc tantùm est spes quædam futuræ obligationis, eaque sola spes ad hæredes transmittitur, non autem vlla obligatio, quæ adhuc contracta non est. Itaque intelligendus est §. *ex conditionali, inst. de verbor. obligat.* Confirmatur, quia si ex die celebratæ venditionis conditionalis nasceretur obligatio empti & venditi, numquam deinde posset extingui, etiam deficiente conditione, quia semel nata obligatio non extinguitur nisi certis & legitimis modis *l. obligationum* 44. §. *placet. D. de obligat. & action.* inter quos non est defectus conditionis. Cùm igitur conditionalis emptio perfecta non sit, nisi cùm ponitur conditio, sufficiet ad emptionem conditionalem, qua emo rem meam, si mea esse desinat, vt res quæ mea fuit tempore conditionis, desinat deinde esse mea, vt potuerit à me emi pro tempore in quo mea non erit; quia tunc cessat ratio, quę impediebat ne rē meam non emere possem, quia nempe mea erat, qualis non est hoc tempore, quo perficitur emptio, quæ toto priori tempore perfecta non erat, vti contingit in omnibus aliis venditionibus, & contractibus conditionalibus, quos ostendi non esse perfectos quoad obligationem venditi & empti, nisi dum ponitur conditio, quamuis antequam deficiat conditio non possint contrahentes discedere à contractu, nisi ex mutuo consensu; qua de causa dicuntur aliquando perfecti. Hinc fit vt rem meam stipulari possim sub conditione, si existentis conditionis tempore mea non sit, *l. si rem meam* 31. *l. existimo* 98. *D. de verbor. obligat.*

Dices non posse me emere liberum hominem sub conditione, si quandoque seruus efficietur, neque etiam rem sacram vel religiosam, si talis esse desinat, *l. si in emptione* 34. § *liberum. D. de contrah. emption. l. inter stipulantem* 83. § *sacram, D. de verbor. obligat.* Igitur neque licebit mihi emere rem meam sub conditione, si mea esse desinat; par enim in istis videtur esse ratio, cùm emptio rei sacræ, & liberi hominis tam nulla sit, quàm emptio rei meæ, & conditio, quæ in istis emptionibus apponitur, nempe futura seruitus, aut profanatio, & rei meæ alienatio æquè tollant impedimentum validitatis eiusmodi emptionis.

Resp. discrimen in eo esse, quia in emptionibus liberi hominis, cùm seruus erit, & rei sacræ ac religiosæ cùm profana fuerit, quòd in ea venditione non expectemus aduersam fortunam liberi hominis, & profanationem rei sacræ, vel religiosæ, quod nefas est, neque naturali neque ciuili rationi consentaneum. At verò in emptione rei meæ si mea esse desinat, illa conditio in tanta rerum humanarum, & continua vicissitudine probabilis sit, illamque vel sperare vel timere humanum omninò sit, & rationi congruum.

Consectarium IV.

De mensuris rei venditæ definiendis.

Quid quæratur. 1.
Contrahentibus licet conuenire de mensuris. 2.
Cuius loci consuetudo in mensuris assignandis inspicienda sit. 3.
An mutatis mensuris mutetur pretium. 4.
Quid nomine terminorum & confinium intelligatur. 5.
An illi nominari debeant à venditore. 6.

Diximus *primo libro, cap.* 4. *art.* 1. *num.* 6. *&* 7. 1
materiā negotiationis atque adeò venditionis & emptionis certam esse oportere, nempe constare debere quid, quale, & quantum sit de quo agitur, quodue venditur & emitur, ne temerariò, & inconsultò agatur, ibidemque fusiùs explicuimus quid sit illa qualitas & quantitas, & quatenus de illa constare debeat contrahentibus, & quando erratur in corpore aut in substantia, quam aliqui qualitatem appellant, venditio valida sit, aut inualida, neque illis aliquid modò adiiciendum occurrit; nam veterum Iurisconsultorum circa eam controuersiam opiniones, vel indicauimus, vel conciliauimus, vel aliis conciliandas reliquimus, neque expeditior illius concordiæ via nobis hodie patet. Quantitas porrò de qua ad rei venditæ certitudinem constare debet, definitur mensuris, de quibus *eodem libro* fusissimè egimus, *toto cap. Articulo* verò 9. *consect.* 3. de venditione ad corpus, & venditione ad mensuram, & vtrum quando non repetitur quantitas expressa in venditione, sed vel maior, vel minor, mutandum quoque sit pretium; minuendum videlicet vel augendum. Quæ quæstio moueri debebat hoc loco in quo quærimus an quidquid accedit rei venditæ, cum ea quoque venditum esse censeatur, vt fines agri, littora, & ripæ, suppellex cum domo vrbana, aut rustica, & alia eiusmodi; arbores & fontes cum fundo.

Atque ponendum in primis est quod Imperatores Antoninus & Verus Sextio Vero rescripserūt in *l.* 71. *D. contrah. empt.* in contrahentium esse potestate, quibus mensuris, & pretiis res sibi comparare velint. Neque enim quisquam cogitur vendere aut emere si aut mensura, aut pretium ei displiceat, quod maximè verum est si nihil contra receptam regionis consuetudinem committant, hoc est, si nihil faciunt contra legem ac consuetudinem contractibus positam, ipsique contrahentes de mensuris, sicut & de pretiis conuenerint; neque quidquam contra publicam authoritatem idcircò peccant; licèt enim eius sit mensuras & pondera, vti diximus *cap.* 6. *libro primo*, definire, cùm tamen illæ mensuræ suas habeant partes, possunt contrahentes de aliqua eiusmodi mensurarum pacisci, quod volunt Augusti suo illo rescripto, cuius euidentissima ratio est, quia sicuti nemo vendere, aut emere cogitur absolutè, *l. inuitum* 11. *C. de contrah. emption.* adeoque nec iusto nec iniusto pretio, *l. nec quasi* 70. *D. de rei vindic. l. non enim* 9. *D. rerum amotar.* ita neque si aut mensura quantumuis æqua, aut pretium quantumlibet iustum displiceat, cùm hic contractus voluntarius sit; quare in arbitrio 2

trio & potestate contrahentium esse debet, vt quibus velint mensuris, aut pretiis & vendant, & comparent, modo naturalem æquitatem seruent, alioquin commerciorum libertas impediretur, quam conseruari & augeri pertinet ad publicam vtilitatem. Hinc itaque fit, vt in rebus comparandis soleat earum quantitas & mensura definiri, de iisque conuenire contrahentes. Porrò veteres in conductionibus, & emptionibus modum agri venditi comprehendebant, atque ita cauebant fundum illũ tot iugera habere, in singulis iugeribus tot actus contineri, pedes, & similia, quod obseruat Aggenus in Frontinum, Siculus Flaccus, aliique. Et quidem aliquando certi assignabantur dies intra quos fundum metiretur, & de modo renuntiaret. Hinc illa quæstio cuius meminit. Paulus *in l. 40. D. de contrah. empt.* nescio quis fundum vendiderat hac lege *vt emptor his diebus 30. proximis fundum metiretur, & de modo renuntiaret, & si ante eam diem non renuntiasset, vt venditoris fides soluta esset.* Emptor itaque intra diem mensuræ quo minorẽ modũ esse credidit, renuntiauit, & pecuniã pro eo accepit, posteà ipse fundum vendidit, & cùm ipsemet fundum emptori suo admetiretur, multò minorem modum agri quàm putauerat, inuenit. Quærebatur itaque, an id quod minoris esset, consequi à suo venditore posset. Respondit Paul. multum interesse quẽadmodum lex illa dicta esset: nam si ea lex fuit, vt in diebus 30. proximis fundum metiretur, & de modo renuntiaret, & si ante eam diem non renuntiasset, vt venditoris fides soluta esset, hoc casu post diem tricesimũ nihil proderit renuntiare, sed si ita pactum esset, vt emptor in diebus proximis fundum *metiatur, & de modo agri renuntiet, hoc casu quamuis multis post annis poterit emptor, quò minor is modus agri fuisset, repetere.* Quod Pauli responsum & distinctio pluribus difficultatem facit, cùm eadem omnino videatur illa lex venditionis, vt emptor intra triginta dies fundum de quo agitur metiatur, & domino renuntiet, quanti modus agri minor sit, & vt in diebus triginta proximis fundum metiatur, & de modo renuntiet, cùm aliud non sit de modo agri renuntiare, quàm quanti modus agri minor sit. Quare in vtroque casu, vel nihil proderit emptori quod post trigesimum diem de modo renuntiarit, vel etiã multis post annis poterit quantò minor is modus agri fuerit, repetere. Existimant itaque nonnulli distinguendum esse, an venditor dixerit emptori vt metiretur fundum & renuntiaret domino intra 30. dies, an verò vt metiretur intra 30. dies, & deinde quandocumque renuntiaret. Verùm ex ipsis verbis legis huius venditionis constat, quoad triginta dies admetiendum & renuntiandum de modo fundi præstitutos, eandem esse in vtroque illo casu rationem. Secundò Gottoffred. *in notis* ait in priore casu haberi, vt diebus 30. proximis metiatur emptor, & modum renuntiet; in posteriore verò diebus proximis metiatur, & renuntiet. In priori itaq; casu emptor post tricesimum diem de modo agri renuntiãs, non admittitur; in posteriori etiamsi post tricesimum admensus fuerit, & renuntiauerit, admittitur, & quò minor fuerit agri modus, repetere poterit, quamuis non illis diebus renuntiauerit minoris agri modum esse, sed multis post annis; quia quæ certo ac finito temporis spatio conceduntur, ea finitum spatium excedere non possunt; quippe finita, & certa egredi non oportet. Indefinitè verò dicta, quocumque tempore perfici possunt. Tertiò Anton. Faber vult in priori casu legem venditoris fuisse, vt intra dies 30. renuntiaret emptor quantò minor esset agri modus, in posteriore, vt simpliciter renuntiaret de modo agri, id est an minor esset, non autem quantò minor foret. Idcircò in priore casu non satisfacit emptori, si renuntiet tantùm de modo agri, nisi renuntiet quantò minor sit, idque intra illos triginta dies intra quos metiri quoque agrum debuit: in posteriore casu satisfacit, quia ad aliud non obligatur ex conuentione, & lege venditionis. Nihil itaque proderit emptori in priori illo casu quod post triginta dies renuntiauerit quantò minor agri modus sit, quamuis intra tricesimum diem renuntiauerit esse minorem: in posteriori casu poterit post multos annos id quo minor modus est, repetere, modo minorem esse intra triginta dies retulerit. Aliquando nullus dies mensurationi faciendæ, aut mensurando agro dicitur, & tunc querela de modo agri poterit etiam post multos annos deferri; actio enim ex empto in hanc rem competit *l. 2. D. de action. empt.* quæ perpetua est. Deinde si conuenerit de agro intra certum tempus metiendo, & facienda renuntiatione, si venditor in dolo malo sit, modumque minorem, & quantò minor sit non ignorauit, querela de modo agri fieri poterit, nisi tamen obstet præscriptio triginta annorum. Denique si conuenerit, vt si res vendita non placuerit, redhibeatur, sine vlla tamen temporis præfinitione, actio in factum emptori accommodabitur intra dies sexaginta, & non vltra *l. quod si nolit 31. §. si quod ita. D. de ædilit. edict.* Addit Mornac. *in l. 40. D. de contrah. empt.* cùm quæritur quanto tempore duret metiendi fundi venditi actio, in foro nostro constare, si res vendita ambitur indubitatis hinc inde finibus, conqueri non posse, nec debere emptorem deesse quantitati iugerum vel pauca, vel plurima; quia potuit per se, vel per alios inspicere, quod palam apparebat ex *l. ea quæ commendandi 43. D. de contrah. emption.* Quando verò variare possunt confinia angusta, vt sæpius in vasto latifundio faciunt Agricolæ, locus erit huic actioni intra decennium, nisi de modico agatur.

3 Inde nascitur quæstio cuiusnam loci consuetudo in assignandis mensuris inspicienda sit, quando de illis non est expressè conuentum, an loci contractus venditionis, an loci dominantis fundi, an seruientis; & omninò seruandam esse consuetudinem loci seruientis, seu rei quæ conceditur in feudum docet Molinæ. *in consuetud. Paris. §. 33.* nouæ editionis, & 22. antiquæ *numero* 86. quia in his quæ concernunt rem vel onus rei debet inspici consuetudo loci, in quo posita res est, sicut in concernentibus contractum, & emergentibus tempore contractus, locus in quo contrahitur, & in concernentibus metam solemnitatem cuiuscumque actus, locus in quo ille actus celebratur, inquit idem Molin. *ibidem §. 12. numero 37.* quod pluribus confirmat, & in feudi concessione demonstrat. Quare §. 12. *citato,* reiicit doctrinam Bart. *in l. semper in stipulationibus. D. de regul.* vbi ait; quod si quis vendidit triginta modulos fundi, vel terræ sitæ in certo loco, non esse intelligendum de mensura loci in quo terra sita est, sed de mensura loci in quo fit contractus, quod amplius se impugnasse dicit *in §. 42.* Sed locus ille nobis vnà cum aliis eius scriptis periit.

4 Quia verò nonnumquam illæ ipsæ mensuræ quæ expressæ fuerant, non reperiuntur deinde in re vendita, quæsitum est an eo casu mutandum

sit pretium: quod definiuimus *libro primo capite 6. art. 9. consect. 3.* vti nuper monebam. Sane Paul. *in l. 40. §. 2. D. de contrah. empt.* dixit eum qui agrum vendidit, quem decem iugerum affirmabat, & in singula iugera certum pretium stipulatus erat, si viginti inuenta fuerint, debere pecuniam pro viginti capere, quia nempe tunc fit venditio ad mensuram, quo casu, nihil vtra mensuram & numerum debet consequi emptor, debetque venditio secundùm mensuram accommodari. Secus verò contingit quando venditio fit ad corpus, tunc enim totum corpus debetur emptori cuiuscumque mensuræ fuerit. Quæ omnia explicuimus *loco citato.* His duntaxat adiicio quando fundus venditur adiectis eius finibus, iisque certis, vt fluminibus, fossis, montibus, arboribus, aquarum diuergiis, aliisque eiusmodi, neque mensura illius designatur, quem agrum Arafinum nominat Iulius Frontin. totum fundum illum, quantus quãtus est, emptori deberi. Neque enim meliùs demonstrari, & certiùs designari potuit, quàm præsciptis eius limitibus, & confiniis; quinimò licèt numeros iugerum dictus sit, isque minor quàm reipsa existat, totus tamen fundus, isque ad præscripta confinia acquiritur, nisi ex quantitate pretij, & iugerum, aliud colligi facilè debeat. Quia reuera totus ille fundus vænijt, vti sapienter Afflictus obseruat *decis. 67.* & ita Neapoli iudicatum esse refert, & fusiùs ostendit Couarru. *practicar. quæst. capite 3. numero 2.* itáque iudicatum ab amplissimo Senatu Paris. an. 1599. notat Mornac. *in l. 40. §. 2. D. de contrah. empt.* nempe frustra conqueri emptorem de mensura, frustráque ad pretij diminutionem agere, quòd non inuenirentur tot agri iugera, quot in programmate adscripta fuissent, confines enim adiectos esse, nec propterea spectari posse mensurã.

6 Verùm difficultas est cùm in venditione, alioue contractu termini & confines rei nominantur, *Les tenans & aboutissans*, quid eo nomine contineatur; nam Guill. Benedict. *in quæst. vendition. numer.* 11. ait per hanc clausulam; *Auecque toutes les appartenances & dependances*, venire omnia quæ dependere ab illa re, ad eamque pertinere consueuerunt. Decius *consil.* 115. intelligi ea omnia quæ deputata sunt à lege, statuto, vel consuetudine, vt accedant; v. g. si castrum væneat, intelliguntur munitiones venditæ, quæ sunt ad defensionem castri, licèt affixæ non sint, vt balistæ, globi tormentarij, & similia. Quod si in instrumento venditionis, adiiciatur *Pour en iouir par l'acheteur tout ainsy qu'en iouyssoit le vendeur*; existimat Benedict. *l. c.* venditam etiam esse partem quam antea venditor vendiderat cum pacto retractus, *à grace & reemerce*, & Bald. *lib. 3. consil. quæst.* 68. putat appendices, siue vt loquuntur pertinentias, non solùm in facto siue possessione, sed etiam in iure consistere. Molinæ. *in consuetud. Paris. §. 1. glossa 5. n. 61.* ait in pertinentiis castri de cuius territorio & iurisdictione quæritur, attendendam esse consuetudinẽ siue consuetum vtendi modum, eamque esse optimam regulam sapienter dixit Mornac. *in l. cum seruo 63. D. de contrah. emption.* Vt verò litibus quæ frequentiùs ex hac causa excitari solent, occurratur, monet Speculator *tit. de empt. §. 1. n. 11.* fieri in instrumento determinationes, *per quantitates, per qualitates, per loca, & latera.*

6 An verò terminos & confines fundi nominari oporteat à venditore, dubiæ quæstionis est. Iauolenus siquidem *in l. cum seruo 63. §. 1. ait, Demonstratione fundi facta superuacuum esse confines nominari,* ad id tamen teneri venditorem existimat *ibid.* glossa. Et sanè demonstratio magis pertinet ad designationem fundi venditi, quàm ad exprimendam quãtitatem venditam, quam ostendit confinium nominatio; qui dquid enim intra illos fines comprehenditur, venditum intelligitur: nam non posset institui iudicium finium regundorum pro eo agro, cuius fines ignorabuntur *l. in finibus 11. & l. 1. seq. D. fin. regund.* Denique sæpius quis fundum emit, quem omnino non emeret, si sciret eius vicinos, quare si illi dolo malo celati sint, habet actionem contra venditorem, *l. quod sæpè 35. §. vlt. D. de contrab. emption.* Respondet Accursius non teneri venditorem nominare vicinos, sed terminos duntaxat, & fines fundi venditi; verùm quomodo nominabuntur termini fundi venditi, nisi & vicini confines nominẽtur: nam omnes fundi confines vicini sunt, licèt non omnes vicini sint confines, in vrbanis namque prædiis vicinos magis propriè dicimus, quàm confines, *l. 4. § hoc iudicium, D fin. regund* Vt verò Iauoleni nuper allatum responsum tueamur; obserua Iauolenum agere de ea demonstratione fundi, quæ non modò nominis vice fungitur, sed etiam qualis quantaque sit res, ostendit, vt *in l. certum 6. D. de reb. credit. l. demonstratio 7. D. de condit. & demō st.* Eiusmodi igitur fundi demonstratione facta, quæ neque de loco, neque de longitudine, & latitudine fundi venditi dubitare sinit, fines & vicinos fundi nominare superuacuum esse rectè dixit Iauolen. ex ea enim omissione non infringi legatum habes *l. cum pater 77. §. vlt. D. de legat.* Non ait verò Iauolenus venditorem teneri nominare fines illos, si emptor ita postulet, etiam post perfectam venditionem, quod probaot passim *ex l. Titius heres 48. D. de action. empt.* Verùm in themate illius legis singularis erat ratio; venditus enim fundus ille fuerat cum hac clausula; *Quidquid Sempronij iuris fuit*: quæ demonstratio incerta omninò erat, ideóque nominatio finium non modò superuacua non erat, sed etiam necessaria, vt constaret certò quid venditum esset, & quantum; quo casu rectè voluit glossa teneri venditorem fines fundi venditi nominare; quod etiam præstare debet, quoties si non nominentur, dolo malo celati esset videbuntur: quia v. g. si emptor confines sciuisset, fundum non emisset; alioquin tenebitur quasi dolo malo fecerit, *l. quod sæpe 35. §. vlt. D. de contrab. emption.* quare & seipsum nominare debebit, si alium agrum confinem vendito habuerit, *ex l. 63. §. 1. D. de contrab. emption.* quia & ipse vicinus malus esse potest, quem neque emptor habere vellet, idque omninò postulat bona fides.

Consectarium V.

De agrimensoribus.

Artis mensoriæ agrorum origo. 1.

Quinam essent Romanorum agri limitati, qui occupatorij. ibid.

Quænam quæstiones definirentur ab agrimensoribus. 2.

Quibus instrumentis metirentur. 3.

Hi mensores erant Iudices, & non operæ. 4.

Aduersus

Aduersus eos dabatur actio.5.
Quid circa mensores statuerit Ius Gallicum.6.
Quæstio finium regundorum qualis esset.7.
Quid lapis terminalis. ibid.
Leges variæ de finibus agrorum.8.
Iudicium finium regundorum.9. 10.11.12.

HOc consectarium ad superioris explicationem plurimùm confert: nam ne qua fraus in finiendo agro, & eius modo renuntiando fieret, dabantur à Iudice mensores vbi lis de finibus & modo erat, qui vel à contrahentibus in idipsum dum paciscerentur, eligebantur, vel à Iudice, imò & aliquando publicè constituti ad id munus erant, illos nominat Plautus, Finitores, quòd fines diuiderent.

Eius nunc regiones, limites, confinia determinabo.
Eius rei ego factus sum finitor.

1 Eius artis originem repetit ex Ægyptiis Isid. *lib. 3. origin.* frequentibus enim Nili exundationibus omnibus agris limo obductis terram vniuersam per lineas & mensuras diuidere coacti sunt.

Apud Romanos verò quidam agri erant limitati publicè, & siue limitibus per centurias diuisi, quorum formam agrorum, modum cuiusque centuriæ, ac limitum complectentes æneis tabulis ad æternitatem fixis inscribi consueuerant, tollendæ in posterum omnis controuersiæ causâ, ex illis enim æris tabulis lites de modo agrorum finibusque decidebant, vt docet Siculus Flaccus *libro 1. de condit. agrorum.* Frontinus verò *lib. de limitibus agrorum*, scribit omnes limites secundùm legem Colonicam itineri publico seruire debere, atque ita interpretantur *l. qui tabulam, D. ad l. Iul. de peculat.* quæ damnat peculatus eum, qui eiusmodi tabulam refixerit. De hoc antiquo more vide Siculum Flaccum citatum, Valerium Probum *in notis*, Higenum *lib. 1. & 2. de limitib. agrorum*: Aggenum Vrbicum, & alios. Sic verò fiebat inscriptio. Datum adsignatum illi tantùm, redditum, commutatum pro suo item reddita veteri possessori data adsignata concessa, excepta redita. Hoc igitur æs in controuersiis inspici solebat. Hi porrò agri ita publicè diuisi, erant agri militibus adsignati nomine militiæ, hominique duntaxat formæ in tabulis referebantur.

Alij erant agri occupatorij, quos pulsis veteribus possessoribus victor populus occuparat, in quibus nullum æs, nulla forma quæ possessoribus publicæ fidei testimonium redderet, inscribebatur: qua de re vide Brisson. *lib. 4. selectar. cap. 5.* & Cuiac. *lib. 10.* 2
obseruat. c. 2. vbi non modo finales quæstiones, siue de finibus, locis, & modis agrorum, mensorum iudicio dirimi, sed etiam plerasque omnes ostendit ex Frontino. *Vt de rigore, de proprietate, de possessione, de alluuione, de iure territorij, de subscisiuis, de locis publicis, de locis relictis, & extraclusis, de locis sacris & religiosis, de aqua pluuia, de itineribus:* in quibus omnibus controuersiis quàm vtilis esset mensorum opera & arbitrium statim apparet; eadem enim quæstio est de rigore, de positione, & de fine, quam vtramque lex Manilia complectitur, & in vtraque de quinque pedum latitudine agitur. Dicitur rigor à rectitudine, vt rigor stillicidij, *l. vlt. §. vlt. D. de seru. vrban. præd.* estque rectitudo naturalis ὀφρύς, qua agri disterminantur, vt supercilium, latitudo eius 30. pedes; lex autem limitum supercilium omne vult cedere superiori possessori vsque in planitiem, idque inferiorem possessorem æquo animo ferre, & compensare alio cõmodo, quòd quidquid agit in suo solo id damno superioris agit, qua ratione dicitur naturaliter inferiorem agrum seruire superiori, *l. 1. §. vlt. D. de aq. & aq. plu. arc.* Supercilia inquit Hygenus *sunt loca ex plano in breui olim deuexo intra pedes latitudinis 30. alioquin collis est.* Quæstio de proprietate sæpius quoque mensoris arte finiri debet, cùm termini fundi teneri, seruarique debeant *l. pen. D. fin. regund. l. 1. C. eod.* quamquam vt ait Vrbic. *plus in hac controuersia potestatis habeat ius ordinarium, quàm ars mensoria.* Possessionis quidem controuersia nihil pertinet ad mensorem, illam tamen sequitur quæstio finium, in qua, vti sæpius diximus, potissimùm ars mensoria versatur. Quare *l. 3. C. fin. regund. priùs possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimensor ire præcipiatur ad loca.* Neque etiam in controuersia de alluuione inutilis erit ars mensoris, cùm quæritur cui fundo cedat, an flumini, publicóue, quod alluuione fuerit adiectum. De iure territorij mensor etiam aliquando arbitratur; quia territorialibus terminis fruimur. Quæstio de subscisiuis excitatur circa agros meratos, & adsignatos; quæritur enim ad quem ea loca subscisiua pertineant, quod ex sola lege à mensoribus initio dicta diuidendis agris, petendum erit. De locis publicis, qualia sunt vetus fluminis alueus, agri tutelati, conciliabula, præfecturæ, pommeria vrbium, loca noxiorum pœnis destinata, culinæ, id est ex Vrbico loca inopum funeribus destinata, vel ex Festo, in quibus epulæ funerum comburuntur, quia sæpius à priuatis occupantur, quæstio nascitur, an locus sit publicus, siue in iure Populi Romani, aut Coloniæ, aut municipij, an verò priuatus sit, quod ex finibus adsignatis mensor iudicabit. De locis relictis & extraclusis cõtrouersia eadem ferè est, quæ de subscisiuis, eodemque iure finitur: quamquam subscisiua sine loca non adsignata, quæ centuriæ modum replere nequiuerunt, vt diximus aliàs; loca verò relicta & extraclusa, sunt vacuæ centuriæ, quæ in adsignationem non venerunt. Quæ omnia loca Domitianum veteribus possessoribus adsignasse scribit Suetonius, & Vrbicus; cõtrouersia de locis sacris & religiosis, quoties de eorum modo demonstrando, aut restituendo disceptatur, mensore indiget, sicut & quæstio de aqua pluuia, quoties ex riuo quem fecit aqua pluuia intra limites vicinus agri adfinis, calumniosè æstimari censet oportere fines agri sui, non ex limitibus initio constitutis. Denique controuersia de itineribus maximè in agris adsignatis, per quos mensurarum, limitumque ratio iter populo præstat, lege Colonia, mensoris sanè iudicium requirit. Ex quibus omnibus vides quàm pluribus controuersiis dirimendis adhibitos fuisse mensores, quæ tandem ad tres illas nobiliores, & præcipuas reducuntur, de fine, loco, & modo, de quibus agit Frontin. Quæstio de fine erat inter quinque pedes circa terminum agrorum, quod spatium vsucapi non poterat. De loco, vltra id spatium, cùm de quadam agri portione interiore cõtrouertitur, quod spatium vsucapi potest *l. pen. C. fin. regund. l. 4. D. eod. l. locus 60. D. de verbor. significat.* De modo sunt cõmunes controuersiæ ad longitudinem, & latitudinem spectantes *l. 7. §. 1. D. de peric. & comm. rei vend. l. litteræ 51. D. de contrah. empt.* eaque quæstio à finium controuersia *l. qui fundum 45. D. de euict.* distinguitur. Mensores porrò non adhibebantur ad agros duntaxat, dum de terminorum declaratione, positione, & restitutione, cæterisque similibus agebatur,

ſed etiam ad ædificia, itinera, cæteraſque res omnes, in quas menſura cadit *l.5. §. vlt.* & *l.6.* & *7.D. ſi menſor. falſ. mod.dixer.*

3 Metiebantur menſores pertica, decempeda norma, perpendiculo, catheto, & amuſſi, ac linea ſiue filo, vnde prouerbium, linea alba λευκὴ στάθμη, & machinula quadam à qua dicitur menſor machinularius *l. vlt. D. ſi menſor. falſ.mod.dix.* Eam machinulam accuratè deſcripſit Budæ. *in annotation. ad eam l.* vbi & de cæteris menſuris eruditè paucis diſputat. Satis nobis ſit illud Vitru. *lib.7. cap.3. Longitudines ad regulam, altitudines ad perpendiculum, anguli ad normam reſpondentes exigantur.* Et Plin. *lib.36. capit.22. de reticulato opere: Structuram ad normam, & ad libellam fieri, & ad perpendiculum reſpondere oportet.* Normam porrò ait Leo Albertus *lib.3. de ædificatoria*, ex Vitru. *lib.9.* conficiebant veteres tribus rectis regulis in vnum triangulum coniunctis, quarum vna erat cubitos tres, altera quatuor, tertia cubitos quinque longa, ex Pithagor. inuento. Feſtus ait vocari Groma, machinulæ genus, quo regiones agri cuiuſque cognoſci poſſunt, quam machinam Græci dicunt γνώμονα, in quem locum Scaliger obſeruat à gloſſis dici gruma, non vt alij legunt, gauma. Eſt igitur gruma ὀργανα τεκτονικὰ ὅπλον τεκτονικὰ διόπτρα ἢ τῶν μέτρων. Inde grumari apud Lucil. *Viamque vis degrumari, vt caſtrenſis menſor facit olim.* Gloſſa grumat μετρεῖ ἰσιοῖ. Apud Nonium grumæ ſunt loca media, in quæ directæ congregantur & conueniunt viæ. Et ſanè ex Aggeno in Caſtris & in Coloniis capiẽdis groma ponebatur in tetrantem antiqua & poſtica linea ſe inuicem ad angulos rectos interſecantibus. Denique vt hoc caput concludam notum & peruulgatum eſt iam olim hæreditates, & fundos funiculis menſoriis diuiſos fuiſſe. Vnde illud *Pſalm.104. verſ.12. Funiculum hereditatis veſtræ.* Et de funiculo diſtributionis & ſortium, ſiue vſu funiculi in partienda re quapiam, cuius deinde ita diuiſas partes ſortiebantur, meminit ſæpius ſcriptura. *Ioſue 14. verſ.2. capit.15. verſ.1. cap.16. verſ.1. capit.17. verſ. 5. & 14. c.19. verſ.49. & 29. lib.2. Reg. capit.8. verſ.1. & lib.4. capit.21. verſ.13. libro 1. Paralip. cap.16. verſ.17. Amos c.7. verſ.17. Zachar. c.2. verſ.1. Ezech. cap.7. verſ.3. Pſal.15. verſ.6. Pſal.77. verſ.54.* atque alibi ſæpius. Adi Sacros Interpretes, ne non longiùs quam par ſit euagemur.

4 Non erant porrò menſores tamquam viles operæ, ſed inſtar iudicum, ex illorum ſiquidem renuntiatione, & veluti arbitratu lis finalis dirimebatur, vnde quod ipſis in gratiam accepti beneficij rependebatur, non erat operæ merces, ſed honorarium dicebatur, vt ait *l.1. D. ſi menſor. falſ. mod.* quod tamen nomen in ſolis patronis admitti videtur *l.1. D. de extraordin. cognition.* Dicebatur hoc agrimenſorum honorarium, pulueraticum, ſeu pulueratica ex Theodoſij & Valentiniani conſtitutione, quam adducit Frontin. quia nempe pro labore & quaſi pro puluere dabatur, vt interpretatur Cuiac. *lib.4. obſeruat. cap.18.* Idem pulueraticum dabatur Præſidibus ſingulas ciuitates prouinciæ obeuntibus, quod abrogarunt Leo & Maiorian. *Nouel. de curialib.* Et deinde Theod. apud Caſſiodor. *lib.12. Ep. Pulueratica quoque Iudicibus furditùs amputantes triũm tantùm etiam dierum præſentibus annonas præberi ſecundùm vetera conſtituta decernimus.* Seruis quoque qui ſe militiæ offerebant pulueratici nomine bini ſolidi dabantur, *l.16. C. Theod. de tironib.*

Dabatur actio prætoria in factum & perſonalis aduerſus menſorem, qui dolo malo falſum modum renuntiauerat, ei omni cuius intererat *ex l.1. & toto titulo D. ſi menſor.* requirebant verò dolum malum in iſto menſore, quia neque imperitia, neque negligentia, ſed ſolus dolus malus ea actione prætoria coërcebatur, *l.1. §.5. citato.* Adeo vt vbi hæc actio deſuit, de dolo generalis actio concederetur, *l.5. D. eod.* Dabatur autem ea actio ei, cuius intererat verum modum fuiſſe renuntiatum. Primò quoniam generalis actio hæc eſt, ſiue ob agrum venditum, *l.3. §.1. D. eod.* ſiue ob adiudicatum. *§.3.* ſiue ob cuius alterius rei menſuram, vt vini, frumenti, itineris, ædificij, menſor adhibitus fuerit *l.5. §.vlt.l.6. & 7. D. eod. l. menſores 29. D. de excuſation.* Deinde vbi qui læſus eſt aliunde ſuum ſeruare poteſt, ceſſat hæc actio *l.3. §.1. & 2.* vel etiam ſi eius nihil interſit *l.5. §.1.* Reliqua de hac actione vide apud interpretes; hæc enim potiùs forum externum quàm noſtrum ſpectant. 5

Atque hactenus de menſoribus ex Iure Romano de quibus etiam permulta ſtatuit Ius Gallicum, habemuſque in hanc rem edicta ſingularia Henrici II. an.1554. Caroli IX.1560. Henrici III.1576. Henrici IV.1597. certuſque menſorum numerus eſt in ſingulis præfecturis, *En chaque Balliage & Senechauſſée:* non modo ad prata metienda, agros, ſyluas, & aquas, ſed ad ponendos etiam refigendoſque terminos, iique mulctari ſolent ab aquarum, ſyluarumque Iudicibus, ſi falſum modum in ſylnis regiis, aliiſque id genus locis retulerunt. Vbi autem de priuatis fundis agitur, Iudicis cuiuſque ordinarij ea Iuriſdictio eſt, ſuntque diuerſæ circa totam hanc materiam Gallicarum prouinciarum conſuetudines, quas diligenter collegit Sanctionius *libro 2. conſtitution. quæ ad aquas & nemora, tit.24.* & *lib.3. tit.12.* Conſtituitur quoque ſummus menſor *Grand Arpenteur*, qui pluribus aliis per prouincias præficitur, ab eoque præſtatur iuſiurandum ſummis aquarum, & ſyluarum ad menſas marmoreas Iudicibus. Non præſtant autem iſti menſores dolum duntaxat malum, ſed etiam culpam luunt in duplum ex edicto Henrici IV. art.17. Neque enim adhibentur in Gallia vt arbitri, daturque illis honorarium, ſed ſalarium duntaxat, habenturque vt viles mechanici, quorum ferè ſuſpecta eſt fides. 6

Ex hac menſorum tum opera & renuntiatione 7 diſceptatur controuerſia finalis, ſiue finium regundorum, de qua primum titulum habes *lib.10. D. & libro 3. C. titul.39.* Regi fines interpretatur Boëtius *ad Topica*, quoties vnuſquiſquiſque ager propriis finibus terminatur; notabantur hi fines fluminibus, collibus, viis publicis, arboribus, & maximè lapidibus, qui & terminales dicti ſunt, & diuerſa figura fuere poſiti, vt limites armis diſcernerentur, vt ait Virgil. *libro 12.* & Tibull. *Nen fixus in agris.* Vnde figebatur qui regeret certis finibus arua lapis, qui & à Seneca dictus fuit arbiter lapis. Hinc illud Platonis: βουλέσθω δέ πᾶς πέτρον ἐπιχειρῶν κινεῖν τὸν μέγιστον ἄλλον πλὴν ὅρον μᾶλλον ἢ σμικρὸν λίθον καὶ ὅρκιον ὅρκον παρὰ θεῶν. Vetus gloſſarium; οἱ διορίζοντες τοὺς ὅρους λίθοι Noſtrates dicunt *Bornes*. Eiuſmodi limites, bonnas, inquit Glaber. *libro 11. capit.10.* vel vt alij legunt, bounas, quam vocem Celticam acutè Ragueau. in ſuo indice deducit à Græca βουνὸς, collis, tumulus, aceruus. Hic verò lapis ex Varrone propter limitare iter, terminalia, ſiue

terminus

terminus dicebatur; atque magno & sacro ritu ponebatur: nam vnguentis, & oleo perfundebatur, effigiabatur, coronabatur, atque sacrificiis colebatur. Vnde Arnob. *libro* 1. *Si quando conspexeram lubricatum lapidem, & ex oliui vnguine ornatum, tanquam inesset vis præsens adulabar, affabar*, *libro* 8. *Vt tam luculento die in lapides cum patiaris impingere, effigiatos, sanè vnctos & coronatos.* Nempe Terminum Deum in cuius tutela & fide agri essent, habuerint, & vt ait Plutarch. *in Roman. quæstion.* ἐπίσκοπον καὶ φύλακα φιλίας, καὶ εἰρήνης. *Positis enim terminis pacem populis præstat, dum quisque certe se fine patiatur includi*, inquit Cassiodor. ὅρος ὅριος meminit Plato *lib.* 8. *de legib.* Halicarnass. *libro* 2. ὅρομος, sicut & Pollux *libro* 9. στήλας ὁρίας, columnæ terminalis. Huic, vt dixi termino, siue vt Ennius vocat termoni sacrificabant teste Festo. Primò quidem incruento sacrificio, deinde etiam agna cæsa, ex Horat. *Cæsa festis terminalibus agna.* Extis quoque & pulmone Gallinæ, vnde. Prudent. *libro* 2. *aduersùs Symmach.*

——— *Et lapis illic.*

Si stetis antiquus quem figere sueuerat error,
Fasciolis, vel gallin.a pulmone rigare.
Frangitur, & nullis violatur terminus extis.

Huic etiam pertinet quod in figendis terminis hostiæ immaculatæ sanguinem instillabant, vt ait Verius Flaccus, additque Festus supra locum quo celebratur terminus, *foramen erat in tecto, quòd nefas esse putarent terminum intra tectum consistere.* Vide Pithæum *libro* 2. *aduers. capite* 14. Fuerunt denique festa terminalia mense Februario à Deo Termino dicta, quamquam Varro *libro* 5. *de ling. lat.* sic nominata velit, quòd in fine anni celebrarentur. Vestigium aliquod huius Ethnicæ superstitionis diutiùs in Gallia perdurasse non malè colligere videntur aliqui ex illa prohibitione, *libro* 1. *capitul. capite* 64. *De arboribus vel petris, vel fontibus vbi aliqui luminanaria, vel alias obseruationes faciunt, omnino mandamus, vt iste pessimus vsus, & Deo execrabilis, vbicumque inuemtur, tollatur, & destruatur.* Nempe ad terminales illos lapides, & arbores etiam adhuc sacri nescio cuius cultus ritus adhibebant, quos deletos omnino voluerunt Christianissimi nostri Principes. Terminorum porrò ponendorum authorem facit Caïnum Ioseph. *libro* 1. *antiq.* vt qui terram colere cœperit, & agros diuidere. Herodot. *in Euterpe.* Didor. *libro* 1. aliique faciunt Ægyptios, ne inundante Nilo singulorum agri confunderentur, vt initio monui. Mihi ex ipsa natura diuisionis agrorum, ista finalium notarum & terminorum positio necessariò nata videtur. Idcircò apud Scythas nullos fuisse terminos, cùm agros non colerent, ex Iustin. *libro* 1. passim obseruant. Quare ipsis non fuit cauendum, ne quis alienum agrum suo coniungeret, neque voueret, quod ille apud Horat. *libro* 2. *Satyr.* 6. *O si angulus ille proximus accederet qui nunc deformat Agellum.*

De finibus porrò & terminis plures leges Romæ latæ sunt. Mamilia, Roscia, Peducea, Allinea, Fabia, Semptonia, Iulia, vt terminus esset pacis præses & custos amicitiæ. Hinc quoque plures iam olim editi libelli de limitibus agrorum. Et Alliena quidem lege, qui in colonia aut municipio limites decumanos, & quascumque fossas in eo agro obsepisset, aut quid in eis immolitum aut positum haberet, aut eos arasset, aut fossas obturasset, sepisset, quo minus suo itinere aqua ire fluere posset, in res singulas quotiescumque fierent IIII. colonis municipibusue iis in quorum agro id factum esset, dare damnatus erat, & pecuniæ, qui vellet petitio hac lege erat. Fabia lege quam ex Authore de agrorum conditionibus refert, sed emendatam Horman. agitur de limitibus decumanis statuendis, de iis non violandis, aut loco mouendis, de mulcta, de Iudicibus in ea causa, de terminis restituendis: *Quo ex loco terminus aberit, si quis in eum locum terminum restituere volet, sine sua fraude licitò faceret, neue quid cui is ob eam rem hac lege damnas, esto.* Legem Iuliam à Caio Cæsare latam commemorat Callistratus *in l.* 3. *D. de termino moto*, vt qui terminos statutos extra suum gradum finesue dolo malo mouerint, in singulos terminos, quos eiecerint, locóue mouerint quinquaginta aureos dare in publicum damnentur, eiusque rei actio petitio ei qui volet, detur. Fuit & Mamilia lex de limitibus agrorum à Caio Mamilio Trib. Pleb. qui propterea limitarius dictus fuit, lata, & in finibus agrorum quinque aut sex pedum latitudinem præscripsit, quos vsucapi vetaret. Meminit eius Cicero *libro* 1. *de leg.* Peducea permittit vt in quo loco terminus non extabit, is cuius is ager erit, terminum restituendum curet. *Vtque rectè factum esse velit Magistratus, qui in ea colonia, municipio, præfectura, foro, conciliabulo, iure dicundo præerit, facito, vt fiat.* Rosciæ legis sententia non extat. Sempronia à Tit. Sempronio Graccho T. P. lata, ne quis ex publico agro plus quingenta iugera possideret, quorum tamen dimidium filiis habere liceret, si quis latiùs agrum patefaceret, Triumuiri quot annis data opera creati, iudicarent quà publicus ager, quà priuatus esset. His omnibus præiuerat Numa, cauerat enim vt qui terminum exarasset, ipse eiusque boues sacri essent. Ex quibus vides quàm religiosi fuerint veteres in seruandis finibus, & non violandis terminis, & ideò in eiusmodi datur in factum actio, nempe si quis terminum agri mouit, vel protulit, *l.* 2. *&* 3. *D. de termino moto.* Si finalium quæstionum obstruendarum causa, faciem loci conuertit, vt si ex arbore, arbustum, ex sylua cædua, nouale, aut aliquid eiusmodi fecit, *l.* 3. *citat.* si quis terminos effodit, *l.* 1. *C. de accusat.* competebat illa actio cuilibet *l. eod.* Pœna huius criminis *ex l.* Caij Cæsaris erat pecuniaria, in singulos enim terminos, quos quis eiecisset, aut loco mouisset, quinquaginta aureos publicè præstare debebat. Lege verò Agraria Diui Neruæ, serui qui id fecissent, capite luebant, nisi domini mulctam illam pendere voluissent. Ita *l.* 3. *D. de termino moto.* Deinde tamen non fuit neque certa mulcta pecuniaria, neque vlla alia pœna ordinaria, sed pro conditione personarum scelus admittentium intelligebatur, vt habet *l.* 1. *D. eod.* & rescripsit Alexand. *l.* 1. *C. de accusation.* Simile rescriptum Adriani adducit Callistrat. *in l.* 2. *D. de termino moto.* Erit itaque coërcitio pro conditione & mente delinquentis, & annuit Basilica *in Eclog. libro* 58. πρὸς τὴν αἵρεσιν τοῦ ἁμαρτήσαντος, καὶ τὴν αὐτοῦ γνώμην, nempe pro animo quem habuit in eo scelere: si enim voluit occupare fundum alienum, si iniuriam inferre. & damnum, quod reipsa intulit, aut si absque dolo, & culpa, vt ita dicam, formali, aut nescius terminos mouit, aut etiam

vt duntaxat se immunem præstaret, aliter omninò puniendus erit. Nam si diues est qui mouet εὔπορος ἀποκινῶν, quia manifestum est illum velle occupare fines alienos, φυλὰς ἴσα θέλων ἐπιλαβέσθαι τῶν ἀλλοτρίων ὅρων, exilio mulctabitur: sed diuersimodè. Iunior nempe νεώτερος in longius tempus, senior in breuius. Ministri verberantur, & in opus publicum breuius dantur. Qui per ignorantiam aut fortuito κατὰ ἄγνοιαν ἢ τυχηρῶς lapides finales subduxit, τοὺς ὅρους λίθους ἀποσυλήσας verberibus solùm cæditur μάστιγξι μόνον.

9 Quia verò reuulsis terminis quacumque causa reuulsi sint & moti, agitur de illis restituendis, aut non restituendis, ideircò institutum est iudicium finium regundorum, quo etiam disceptatur omnis contentio finalis, siue controuersia de finibus agri. Primò si quid circa fines agri malitiosè quiddam committit lapides finales auferendo, vel arbores finales & terminales excidendo, §. *si fin. instit. de officio iudicis*. Secundò si termini dicantur deiecti, vel exstati, *l. sed & si loci* 4. §. *si dicantur, D. finium regundor*. Tertiò si quis contumax fuit, vt qui iubente iudice agros metiri passus non sit, §. *si fin. inst. de offic. iudic*. Quartò si irruptione fluminis fines agri confuderit inundatio *l. si irruptione* 8. *D. fin. regund*. Quintò si quis sepem, maceriam, domum, sepulchrum aut foueam faciens, terminos definitos excedat, *l. vlt. D. eod*. Hoc porrò iudicium locum tantùm habet in confinio prædiorum rusticorum, non vrbanorum, in his enim non sunt confines, sed magis vicini & communibus parietibus disterminantur. Imò licèt in agris ædificia iuncta sint, non erit locus huic actioni; non tamen illa ædificia impediunt quin de confinio agrorum possit esse actio; quia nihil interest siue quis in confiniu arbores, siue ædificia constituat, *l. 5. in princ. D. fin. regund.* & *l. 4. §. hoc iudic. D. eod.* vbi additur hortorum ratione etiam in vrbibus agi posse de finibus, quia sanè horti sunt prædia rustica non vrbana, nisi applicentur ædibus, vt fit *in l. vxorem* 41. §. 1. *l. prædiis* 91. §. *qui domum, D. de legat.* 3. Apud Græcos non fuit hortorum vsus in oppidis, nisi ætate Epicuri, qui illum primùm Athenas inuexit ex Plin. *lib.* 19. *c.* 4. Deinde si flumen, vel via publica interuenit, confinium non intelligitur, & ideò finium regundorum agi non potest; quia magis in confinio meo via publica, vel flumen sit, quàm ager vicini. *l. 4.* & *l. 5. D. fin regund.* secus contingit cùm riuus priuatus interuenit; tunc enim finium regundorum agi potest, *l. sed etsi* 6. *D. eod.* Tertiò inter plures fundos institui potest hoc iudicium; quia singuli plurium fundorum confines esse possunt, *l. 4. §. non solùm*: non tamen quando de fundo communi inter duos disceptatur, cùm inter ipsos non videatur accipi iudicium, *citata l. 4. §. qui communem*: nisi de fundo communi & proprio alterutrius sociorum disceptetur, vel non de totius, sed de partis alicuius fundi finibus fit contentio, vt *ead. l. 4.* dicitur, aut communi diuidundo iudicio, actum, vel fundus alienatus sit, *l. 9. D. eod.* quia in his omnibus iudicium finium regundorum manet.

10 Competit hæc actio proprietario, & vsufructuario, atque illi qui iure pignoris possidet: Emphiteutis quoque, & iis qui agros vectigales habent, *l. 4. §. finium, D. finium regund. l. cadere, in fin.* 5. *D. arborum furtim cæsar.* Denique hæredibus Actoris vel Rei defuncti, *l. familiæ* 48. *D. Familiæ Erciscundæ*.

11 In hoc iudicio habetur, & fit ratio eius quod interest: nam qui aliquam vtilitatem percipit, ex eo loco quem vicini esse apparebat, eo nomine damnabitur: qui etiam non conduxit mensorem, in partem mercedis illius damnandus erit, *l. 4. §. in iudicio, D. fin. regund.* quia vtilitas loci adiudicari debet ei, cui locus fuerat ablatus, *l. si quis sepulchrum, D. de religios. domib.* Fructus quoque post litem contestatam percepti in hoc iudicio veniunt, cùm culpa, & dolus ex ea die præstentur, fructus verò ante litem bona fide percepti, consumpti manent eius qui illos accipit; si verò quis mala fide percepit condici debet *ead. l. 4.* cui consentit *l. non solùm* 56. *D. Familiæ Erciscundæ*.

Hic verò iudicij progressus seruandus erit, vt 12
si quis de finibus querimoniam detulerit, priùs possessionis quæstio finiatur, hoc est interprete glossa, probent quantum vltra est ager meus, nempe, quot iugerum: deinde agrimensor ire iubetur vnà cum obseruante parte, siue præsente, licèt altera pars ne eiusmodi quæstio teneatur, se subtraxerit. Ita *l. 3. C. fin. regund.* cui quoad agrimensorem mittendum à Iudice consentit *l. 8. C. eod.* quæ addit ipsum Iudicem, si opus sit, suis oculis locum inspicere debere. Chassanæ. *ad consuetud. Burg. rubr.* 1. §. 6. *vers. Pour leurs sermens*, enumerat octo casus, in quibus probatio per oculum, & visum faciendam esse contendit. Addit Mornac. *in l. 8. §. vlt. D. fin. regund.* vbi de forma loci controuersi agitur, conueniendum in primis esse litigatoribus de pictore, & illum à Iudice designandum esse: vbi deinde descripta fuit locorum facies, Iudex qui venit in rem præsentem, concludit negotium, atque in figuræ opistographo summa rerum locorumque capita annotat, ne quid postea immutetur, hocque opistographum omninò necessarium est ad litem terminandam. Suspectio demùm illa à Iudice & peritis facta enuntiari, & in acta publica referri debet, contestatione an ea à partibus facta, alioquin inutilis erit inspectio *si le rapport n'est enteriné*: non modo autem in hoc iudicio, sed in aliis pluribus rerum peritos adhibendos & consulendos esse à Iudice, *le rapport des experts*, fusiùs ex veteri etiam iure ostendit Mornac. *ad l. 3. C. fin. regund.* In finalibus istis quæstionibus, siue definiendis finibus vetera monumenta, & census ante litem inchoatã ordinati authoritas, *papiers terriers*, sequenda est, nisi consensu partium vetera illa monumenta, ex successionum varietate arbitrioque possessorum detractis vel additis agris mutata fuerint *l. 11. D. fin. regund.* & *l. 2. C. eod.* Si verò Iudex amouendæ obscuritatis causâ fines per aliam regionem dirigere voluerit, *Changer le chemin, & le mettre autre part*; id facere poterit per adiudicationem, & condemnationem *l. 2. C. eod.* Cæterùm standum est demonstrationi eius, qui in contractu venditionis constituit limitem, ad quem vsque suum prædium venit, *l. pen. D. fin. regund.* eodemque pertinet constitutio Diocletiani & Maximiani *l. 1 C. eod.* cuius vulgatam lectionem Cuiac. *lib.* 18. *obseruat. cap.* 35. sic emendat. *Regionem certam fundi proprij, finibus eius mutatis, dominus eius detrahere, aut residuum eius retinere non prohibetur, nec amplius emptor, quàm quod traditione secundùm venditionis fidem ad se peruenit retinere potest prætextu temporis antecedentis venditionem.* In vulgata legitur. *Fundi propriis finibus, & ratione pro traditione* Hic videtur esse casus *l. 69. D. de contrah. empt.* Emerat lacum Rutilia Polla, qui deinde excreuit, quem tamen latiùs possidere debere Rutiliam respondit Proculus; de quo responso alibi quæretur. Cætera

quæ

quæ ad Iudicis officium ſpectant in hoc finium regundorum iudicio videbis *in tot. D. & C. fin. regundorum*, illa enim minutiùs perſequi noſtri inſtituti non eſt. Duo duntaxat moneo: Primum eſt emptorem agrorum, ſi fuerit in lite ſuperatus, tantum agri modum, quantum adimere tentauit, amittere, *l. 4. C. eod.* quam legem refert quoque Frontin. *lib. de limit. b. agrorum*, eam tamen in Gallia non ſeruari; ſed violētos inuaſores puniri pœna arbitraria, & mulcta applicādafiſco & parti pro ratione & modo exceſſus, monet Benedict. *ad cap. Raynutius, verſ. ſi abſque liberis, n. 148.* & ex illo Mornac. *in hanc ipſam legem.*

Alterum quod aduerte, eſt in finalibus quæſtionibus, quinque pedum præſcriptionem nouo Codicis iure fuiſſe ſummotam, quam lex 12. Tabul. inuexerat: Iubebat enim relinqui ſpatium quinque pedū inter vicinos agros vt poſſet iri commodiùs, quod ſpatium nullâ præſcriptione auferri poterat. Hanc præſcriptionem ſiue exceptionem, vt improbi petitoris refrænaretur inuidia ſuſtulerunt Imperatores *l. 4. C. Theod. fin. regund.* & *l. 5. C. Iuſtinian. ibid.* ne quis videlicet deinceps exciperet de modico, & agi tantùm de quinque pedum ſpatio, ac proinde non eſſe adhibendos menſores vt quinque pedum quæſtiones in agro metiendo diriment. Nam etiam pro modica poſſeſſione & pro vili ceſpite terræ reddi finium regundorum iudicium voluere Imperatores.

Denique omnis alia præſcriptio præterquam 30. annor. à finalibus quæſtionibus remouetur, *l. vlt. C. finium regund.*

Consectarium VI.

Quænam Acceſſiones vnà cum re venditæ cenſeantur.

Acceſſio quid, & ſtatus quæſtionis. 1.
Variæ ſententiæ. 2.
Aliud eſt quidpiam vendi, aliud accedere vendito. 3.
Regula vniuerſalis. 4.
Quæ rei accedunt vnà cum illa venduntur. 5.
Item quæ ſit cauſa, vt res ematur. 6.
Et quæ inſeparabiliter adhærent. 7.
Vnde conſtet de mente contrahentium. 8.
Senſus communis axiomatis, acceſſorium ſequitur principale. 9.

1 ACceſſio eſt quidquid vel perſonæ, vel rei adiungitur, *l. obligationum 44. §. acceſſio. D. de obligation. & action.* Perſonæ quidem, vt cùm mihi aut Titio ſtipulor. Rei cùm mibi decem, aut Titio hominem ſtipulor, vt ibidem dicitur. Itaque acceſſio quidpiam eſt quod non per ſe, & principaliter ſubſiſtit, ſed alij cuipiam rei aut perſonæ applicatur, ſiue ſine illa conſiſtere poſſit, ſiue non poſſit. Quare nomine acceſſionum non ſolùm intelliguntur quæ ex re, de qua agitur orta ſunt, vt fructus, partus, vſuræ, & omnis cauſa ex *l. 2. D. de in diem addict. l. Imperator 5. D. ad S C. Trebell. l. ſi ſeruus 63. §. his etiam illud. D. de furtis*, ſed etiam quæ extrinſecus acceſſerunt, vt quod per alluuionem, aut vſusfructus, quoties proprietati per conſolidationem adiungitur; quamuis autem videatur eſſe illa generalis, receptaque regula, acceſſionem principali cedere, vt loquitur Vlpian. *in l. 19. §. peruenimus. D. de auro & argent. legat.* & acceſſorium ſequatur principalis naturam *l. cum principalis 178. D. de regul. iur. & cap. acceſſorium, de regul. iur. in 6.* idcircò quidquid acceſſionis iure cedit, ad eum pertinet, ad quem & id quod principale eſt, *l. ſi quando 29. D. de auro & argent. legat. §. ſi tamen, inſt. de rei vend.* Hæc tamen regula multas exceptiones, & vt loquuntur fallentias patitur. Nam, vt ait Vlpian. *l. 1. §. 5. D. depoſiti*, quæ depoſitis rebus accedunt, non ſunt depoſita, vt ſi homo veſtibus deponatur, veſtis enim non eſt depoſita: nec ſi equus cum capiſtro, nam ſolus equus depoſitus eſt: ita neque quæ rem venditam comitantur vendita neceſſariò erunt; indeque datur locus huic quæſtioni, quandonam rei venditæ & emptæ acceſſiones ſimul venditæ, & emptæ cenſeri debeant, licèt de illis conuentum non ſit, imò neque vlla mentio facta. Venduntur ædes, an omnia quæ in illis includuntur vnà quoque væneant, an cum equo vendito, eius etiam ornamenta vendita intelliguntur, quod idem quæri poteſt in commodato, depoſito, mutuo, permutatione, dote, legato & aliis eiuſmodi conuentionibus, an quæ accedunt rei principali, de qua contrahitur, ſimul cùm illa eiuſmodi conuentionis materia comprehendantur, licèt nullam de ipſis mentionem fecerint paciſcentes. Itaque quod de venditione ſtatuemus hoc loco, id ipſum in aliis contractibus ſtatuendum erit.

Et quidem Ludouic. Lopes *lib. 1. de contract. cap. 52. ſub. fin.* in vniuerſum pronuntiat in venditione ædium vel poſſeſſionum, indiſtinctè res omnes ad eas pertinentes, vel eis annexas includi, v.g. puteos, canales, aquæductus, & cætera omnia ſeruitio & vſui domus, inquit, attinentia, ſiue intra, ſiue extra contineantur; lapides quoque, lateres, ſaxa, & ligna ex eadem domo extracta; non verò ſi aliunde hæc omnia fuiſſent importata ad domus illius ædificationem, hortulos denique, & florum areolas, hydrias terra infoſſas, aliaque ſimilia mobilia, quæ ibi repoſita ſunt ad perpetuò manendum: cætera quæ aut infixa ſolo non ſunt, aut non perpetuò his ædibus alligata, non contineri eiuſmodi venditione. Verùm hæc Lopis doctrina in pluribus rebus quas ſingillatim enumerat, incerta eſt, & ſingularis duntaxat circa ædium venditionem; nos vniuerſalem, quæ omni venditioni conueniat, quæſimus, quam generalem doctrinam vix aliqui tradunt, ſed in ſingularibus caſibus, vt videbis, apud Gomeſ. *tom. 1. cap. 2. à numer. 12.* Rebell. *lib. 9. q. 17:* qui tamen vniuersè pronuntiat eum qui vendit rem cenſeri in foro externo vendere res omnes acceſſorias, eique adhærentes. Quæ doctrina vniuerſalis quidem eſt, ſed patitur multas, vt initio monui, exceptiones, vti videre eſt, quando ſingulis deinde caſibus applicatur. Deinde cùm vna res variis modis accedat alteri, non explicat Rebell. de quo genere acceſſionis loquatur in ſua aſſertione, quæ ſanè de quacumque & cuiuſuis generis acceſſione capi non debet. Simili defectu laborat Ferdinand. à Caſtro *de iuſtit. diſp. 5. punct. 20.* 2

Vt igitur certum aliquid in vniuerſum ſtatuamus; & inuicem pugnantia inter conciliemus; obſerua plurimum intereſſe an aliquid ſit depoſitum, commodatum, venditum, legatum, donatum, an depoſito, commodato, legato, vendito duntaxat accedat. Nam v.g. quod depoſitum eſt, actione depoſiti peti poteſt, & debet, non autem quod depoſito tantùm acceſſit, ſi ipſum depoſitum non eſt; cùm actio depoſiti competere nequeat niſi pro eo 3

ipso quod depositum est. Quare diligenter ostendi debet, an res verè sit deposita, an illi tantùm accedat, & quid verba deponentis ferant. Sic in *l.* 1.*§.*5. *D. depositi.* cùm deponitur homo vestitus, ea verba ostendunt solùm hominem esse depositum, non autem vestem: est enim aliud hominem & vestem, aut hominem cum veste, aliud hominem vestitum deponere: aliud quoque est deponi equum, & capistrum, siue cum capistro, aliud deponi equum capistratum. Nam in priori casu non tantùm homo, sed etiam vestis, non tantùm equus, sed etiam capistrum deponitur; non autem in posteriori casu. Inde tamen non sequitur depositarium, qui hominem vestitum, aut equum capistratum accepit, posse hominem nudum, aut equum sine capistro reddere, quia præstare debet custodiam earum rerum, quæ deposito accedunt, accesseruntue, licèt non fuerint depositæ, *l. sub certo* 5. *§. vsque adeo, D. commodati*: alioquin teneb itur actione depositi, non quidem quod ea actione directè possint peti illæ res, cùm reuerà depositæ non fuerint, sed quia res depositæ sine illis accessionibus & appendicibus non æstimantur reddi quales nempe depositæ sunt, cùm deteriores reddantur, & suis illis accessionibus oudatæ: & non creditur reddi, quod deterius quàm esset acceptum, redditur, & tunc agi depositi potest & dici dolo malo redditum non esse, *l.* 56. *D. depositi*, nisi id quod interest, præsteur *l.* 3. *§. si reddita, D. commod. l. qui tabulas* 42. *D. ad l. Aquil. l. mulieres* 13. *§.* 1. *D. de verbor. signific.* Ratio perspicua est, quia quamuis deterioratio rei non muret sed minuat duntaxat valorem, *l. pen. D. de condict. tritic.* nihilominus quod fit deterius, ex parte perit, ideóque *in l. ead. pen.* dixit Vlpian. & Marcell. si post moram rei debitæ, deterior facta est, æstimationem habendam esse quantò deterior res facta est; & si quis post moram seruum elușcatum dederit, non liberari: atqui res nudata suis accessionibus, & ipsi adhærentibus appendicibus, deterior omninò est, quàm esset cum illis accessionibus, vt patet. Depositarius igitur, commodatarius, venditor, & hæres dolo malo videtur agere, qui rem depositam, commodatam, venditam, & legatam suis accessionibus spoliatam, atque adeò deteriorem, & corruptam reddit. Sane is qui deteriorem exhibet, creditur omninò non exhibere, ideóque tenetur actione in factum *l. exhibitionis* 7. *C. ad exhibendum*, licèt enim exhibuerit eam ipsam rem, cuius exhibitio postulatur, non tamen seruauit æquitatem exhibitionis, cùm deteriorem exhibuerit. Ex quibus vides nil omninò interesse quoad obligationem depositarij de reddenda re deposita cum suis accessionibus, & necessariis appẽdicibus, siue ipsæ accessiones fuerint simul depositæ, siue accedant duntaxat rei depositæ; quandoquidem obligatur reddere eandem ipsam rem depositam, non corruptam, neque deteriorem sua culpa, & mora factam, vti omnino faceret, si rem illam sine suis accessionibus, maximè quas babebat cùm deposita est, redderet, illisque nudam & spoliatam. Quod idem dicimus de re vendita, commodata, & legata; licèt enim eius accessiones non fuerint per se venditæ, commodatæ, donatæ, & legatæ, res tamen suis accessionibus spoliata deterior erit, quàm esset vendita, commodata, & legata. Cum illis igitur accessionibus præstanda, & exhibenda erit emptori, commodanti, donatario, & legatario; alioquin venditor, commodatarius, & hæres non satisfaciunt obligationi venditionis, commodati, & testamenti, poteritque emptor commodans, & legatarius eas accessiones petere quacumque tandem actione, id enim non moramur hoc loco. Hinc illa apud Senec. *lib.* 8. *controu.* 2. Athæniensium querela; cùm enim Eliis Phidiam statuarium commodassent, ab illis, manibus præcisis redditus est, *Manus commodauimus, aiebant Athenienses, manus reposcimus; superest homo, sed periit artifex*: alioquin si res deterior exhiberi posset, liceret illam in aliud corpus transferre, vt ex statua massam facere, illamque exhibere, quod dolo malo fieri dixit *l. Iulian.* 9. *§. si quis rem. D. ad exhibend.* quia mutata forma, rei substantiam interimi Marcell. scribit, quæ mutatio etiam aliquando mutatis rei accessionibus contingit. Ait denique Vlpian. *l.* 3. *§.* 1. *D. commod. si reddita quidem sit res commodata, non videtur reddita, quæ deterior facta redditur*: quare vt plenissima fiat restitutio, præstandum erit commodãti id quod ipsius interest rem non esse deteriorem factam. Hinc etiam idem Vlpian. *ibid.* § 9. diligentiam in te commodata seruanda præstandam esse ait, etiam in ea quæ rem commodatam sequuntur. Quare si tibi equam commodaui, quam pullus comitabatur, etiam pulli custodiam præstare te oportere veteres sapientes responderunt; quia nempe noluerunt separari rem commodatam ab eo, quod eius sequela est; id siquidem actum inter contrahentes intelligitur, vt quod ex te commodata natum est, in eadem causa habeatur, *l. quamuis* 10. *D. de precar.* Quod idem valet in vestibus serui commodari, quamuis vestes non sint commodatæ, sed quia seruus nudus commodatus non est, sed cũ vestibus *l. eum qui* 14. *§. non solum. D. de furtis*: & de seruo deposito vestito superdiximus. Licet igitur illa quæ rebus commodatis & depositis accedunt, non sint commodata & deposita, eandem tamen diligentiam in illis custodiendis adhibere debet commodatarius, & depositarius, & ea simul cum re commodata & deposita reddere tenetur. Ex quibus ad res venditas, donatas, & legatas aliasque similes licebit argumentari, quamuis enim quæcumque accedunt rebus venditis, & legatis, vendita & legata non sint, cum illis tamen exhibenda sunt, & ab emptore, atque legatario vnà cum rebus venditis, & legatis repeti possunt, quacumque tandem actione id fiat. Ideóque in vulgari hominum æstimatione quasi vendita, & quasi legata habentur, illudque est nostri consectarij thema: quærimus enim an quibuscumque accessionibus id conueniat, vt vnà cum re vendita exhiberi debeant, & postulari possint, quare hanc vniuersalem regulam trado.

Quoties accessio accedit rei cui aduenit, vel est 4
causa propter quam expetatur, aut comparetur res ipsa, vel illi ita continuò, & quodammodo inseparabiliter adhæret, vt vel ex natura sua, vel communi hominum vsu vnum quid cum ipsa efficiat, aut vno eodemque nomine censeatur, vel eius pars saltem integrans habeatur, eo quod sine ea res ipsa neque perfecta, neque tota, sed manca quodammodo & imminuta existimetur, toties cum re principali vendita, donata, legata, commodata, deposita exhibenda erit tanquam eius vel sequela, vel accessio, siue simul vendita, legata & donata dici queat, siue non; nisi aliter conuentum sit, aut ex variis circunstantiis aliam fuisse contrahentium mentem iure meritò coniiciamus.

Hæc regula sola ferè terminorum, & vocum explicatione indiget; neque enim contendimus modò eiusmodi accessiones esse propriè, & in rigore verborum venditas cõmodatas, aut legatas; id enim ferè verum non est, vti ostendebamus in seruo deposito,

deposito, qui licèt vestitus, & non nudus depositus sit, eius tamen vestes depositæ non sunt. Nihilominus volumus has accessiones, quæ rei principali cedunt, vel cum illa modo explicato coniunctæ sunt, vnà cum re vendita, donata, legata exhibendas esse; alioqnin repeti posse, nisi alia fuerit contrahentium mens quæ vel ab ipsis expressa fuerit, vel ex variis adiunctis certò colligatur, estque vniuersalis illa ratio nuper indicata, quia sine illis accessionibus res non est integra, sed diminuta, & deterior multò exhibetur, quàm esset cùm vendita, commodata, legata, & donata, aut deposita est: quare quod iam exhibetur, non est idipsum, aut saltem totum illud, quod venditum & legatum est, sed aliud deterius. Et quamuis deterioritas rei sæpè non mutet eius substantiam, tamen vitiat & deperit, & in hominum æstimatione aliam esse facit, sicut melioratio pretiosiorem: non enim in istis commerciis sola rei substantia naturalis spectatur, sed eius ornamenta, & adiuncta, ex quibus augetur aut minuitur ipsius rei pretium; imò propter illa sola ornamenta res ipsa nonnumquam expetitur, & comparatur: igitur si eiusmodi adiuncta cum re non præstantur, non exhibetur quoque id omne quod venditum, legatum, aut depositum est, aut saltem non tale, quale venditum est, neque cum omnibus suis appendicibus, quas tunc habebat; itaque aliquid exhibendum restat, quod iure suo sibi vendicare aut repetere poterit emptor, qui non emit rem suis illis appendicibus nudam, & spoliatam, sed cum iis quibus ornata, & quodammodo vestita erat, quando ipsi exhibita est, & de illa contraxit. Immò & fortassis propter eiusmodi ornamenta obtinenda rem ipsam sibi comparare voluit. Illas igitur accessiones iure repetit, vt recipiat integram rem, quam emit, siue accessiones propriè, & impropriè emerit, id enim nihil interest ad ius eam repetendi, sed fortassis ad modum actionis, qua vti debet. Emit v.g. seruum vestitum, & non nudum, quare seruus vestitus illi præstari debet illis ipsis vestibus, quibus indutus tunc erat, licèt vestes non emerit, neque, quod idem foret, dixerit se emere seruum cum illis vestibus. Nam emit reuera seruum sic vestitum, ille igitur seruus sic vestitus, & non nudus præstandus erit emptori, qui alioquin non accepit seruum, qualem emit, licèt accipiat eundem substantialiter. Atque ita explicata & confirmata in vniuersum nostra regulâ, singulæ eius partes perspicuæ redduntur.

5 In primis enim, quoties accessio cedit rei cui applicatur, illi imputatur, & adscribitur tanquam pars capiti, & vt capiti appendix: sic *l. 18. D. action. empt. Granaria quæ ex tabulis fieri solent, ita ædium sunt si stipites eorũ in terra defixi sunt. Quod si supra terram sunt, rutis & cæsis cedũt.* Hoc est rutis imputantur, neque ædium partes sunt, sed cæsorum: & *l. 4. D. de penu. legat.* si quis penum legauerit, & fructibus promiscuè vti solebat, quantùm ad annuum vsum ei familiæque sufficeret, legato cedet, hoc est ad legatum pertinebit tanquam aliquid ad ipsum pertinens, eritque legatarij, quia nimirum licèt sit quædam legati duntaxat accessio, non ipsum legatum, legato nihilominus cedit, illique tanquam eius appendix adhæret, & cum eo velut quidpiam affixum transit. Sic quoque frumenta quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur *l. 9. D. de acquir. rerum dom. §. adeò autem, instit. de diuision. rer.* Superficies semper solo cedit *l. 3. §. Labeo. D. vti possidetis.* Literæ chartis membranisque cedunt, et tabula picturæ cedit, *l. 9. §. 1. & §. sed non. D. de acquir. rer. domin.* & *§. litteræ. inst. de diuision. rerum.* Solo cedere solent ea quæ inædificantur, aut inseruntur, *§. littera, cit.* Cùm igitur id quod alicui cedit, eius quædam veluti pars, aut appendix censeatur, acquiritur domino eius cui cedit, & accedit, ac proinde emptori, donatario, legatario qui fit dominus rei venditæ, donatæ, aut legatæ; cui ista accessio cedit.

Secundò quando accessio est causa propter quam 6
res amatur, aut comparetur, cum illa quoque emi, aut comparari dicenda est. Plerasque autem res propter accessiones aliquando emi, vt domum propter marmora, statuas, & tabulas dixit Paulus in *l. 34. D. de contrah. empt.* alij emunt propter opportunitatem loci, cœli vicinitatem, aut temperiem, paterna sepulchra, fontes, alueos, topiaria, aliàque eiusmodi quæ ad delicias, aut affectiones proprias pertinent, suntque blanda emptionum illicia, cùm res ipsæ quibus ista ornamenta accedunt, exiguæ pretij aut vtilitatis, & fructus sint, ideóque dicantur isti emptores emere mundam & pretiosam famem à Martiali.

At tu sub vrbe possides famem mundam,
Et turre sub alta prospicis meras laurus;
Pictumque portas otiosus ad villam
Olus, Oua, pullos, poma, caseum, mustum;
Rus hoc vocari debet, an domus longè?

Tertiò quoties accessio inseparabiliter adhæret 7
rei, cuius idcircò aut partem, aut cómplementum facit, & sæpè eodem nomine censetur, atque adeò in communi existimatione vnum quid cum ipsa, sanè, vel cum ipsa re vendita vendi existimatur, vel saltem cum ipsa tradi debet, quia vt diximus, res alioqui non fuisset integrè vendita, & manca traderetur, atque imperfecta.

Dixi nihilominus contrahentes posse conuenire 8
seorsim de re, & eius accessionibus vendendis, aut retinendis, cum physicè loquendo cuncta separari possint, & aliquando soleant. Hæc verò conuentio vel expressa est, & formalis quæ proinde nullam relinquit difficultatem, vel tacita & virtualis, quamque ex variis circumstantiis coniicimus, quæ oborta lite expendendæ diligentiùs, erunt. Præcipua ex illis est pretij quantitas: si enim exiguum sit, non debemus existimare pretiosas accessiones venditas fuisse cum re, quæ licèt æquet pretium, longè tamen ab ornamentis & accessionibus superatur. Quare nisi venditioni mixta fuerit donatio, non erunt præstandæ illæ accessiones à venditore, sed eas sibi retinebit; si verò pretium plurimùm excedat valorem rei ipsius, coniectura est illam non solam, & veluti nudam, sed suis ornatam accessionibus emptam fuisse. Ex his igitur, similibusque coniecturis, quid statuendum sit in eiusmodi controuersia, videbis.

Ex his porrò vides quàm vera sit communis re- 9
gula initio allata, accessorium sequitur principale, modò vnum verè principale, alterum verè accessorium existat. Principale est quod est causa, & velut fundamentum illius, quod accedit, & in ipso subsistit. Accessorium non est, quod quomodocumque alteri accidit, & cum illo quacumque ratione coniungitur; sic enim cùm infinitæ res accedant, & accidant aliis, vna posita aut sublata, aliæ quoque poni aut tolli deberent, quod falsum est, docetque euidens ratio: erunt enim disparatæ, & omninò per accidens coniunctæ & simul positæ simultaneitate prorsus extrinseca, quæ neque per modum partis, aut complementi, aut necessariæ cuiusdam sequelæ, & effectus coniungantur,

gantur, sunque omninò immutatæ quoad sui perfectionem etiam in communi sensu,& agentium intentione, siue separentur, siue coniungantur; & denique sunt duntaxat comparatæ ad inuicem, vt accidentia communia, & verbalia, & æquè mutuo sibi inuicem accidunt: quæ autem nominamus accessoria ita coniunguntur, vt vnum quodammodo per se, in communi saltem sensu efficiant, neque per se singula stent, sed per connexionem vnum sit quid alterius, & vno posito, vel ablato, alterum necessaria quadam connexione, vel physica, vel morali poni vel tolli debeat, cùm fine eo cui connexum erat, quodque eius causa vel fundamentum erat, subsistere seorsim, & per se non possit; cùm eadem vtriusque ratio subsistendi sit, idemque iudicium de vtroque ferri debeat. Habemus exempla passim obuia in iure. Nam si gratia obtenti beneficij aut priuilegij subreptitia est, instrumentum quoque de illo beneficio subreptitium erit; quia sicut gratia obtenti beneficij non extinguitur morte Pontificis concedentis, ita neque officiũ exẽptoris ad illum Canonicum recipiendum commissum à Pontifice, non cessat nec extinguitur, quia illud officium est tantùm accessorium illi gratiæ *cap. si super gratia, de officio delegat. in 6.* In iudiciis commissa alicui causæ cognitione, censetur quoque commissa testium examinatio, impositio pœnæ, similiáque adiuncta ad eam cognitionem necessaria *cap. præterea, cap. prudentiam, titul. eod.* Prædio vendito censetur venditus aquæductus illi prædio necessarius. Res ex spirituali & temporali mixta, quoties temporale est aliquid consequens ad spirituale, vendi nequit, quia vendito illo temporali, necessariò venderetur spirituale. Sic nequit vendi beneficium, quod ea præbenda temporali, & iure spirituali ad illam percipiendam componitur, quia venderetur ipsum ius spirituale percipiendi tale temporale; vti fusiùs explicuimus tractatu de simonia. Si matrimonium non subsistat, neque dos, neque donatio propter nuptias subsistẽt. Rupto paterno testamẽto, rũpuntur tabulę pupillares *l. Papinianus 8. §. sed nec. D. de inoff. testam.* suntque alia innumera exempla, quæ dabunt commentatores, siue agatur de principali inducendo, siue destruendo, siue confirmando, & de modo quo destruetur principale per exceptionem, aliáue quapiam ratione. Neque dicas sublato per adulterium matrimonio, dotem manere penes maritum, cùm ex nostra regula debeat ad vxorem redire, nam pœna illa est adulteræ, maximè cùm matrimonium non soluatur penes vinculum, sed de his aliàs.

CONSECTARIUM VII.

Casus singulares.

Quid ematur emptis tabernis quæ sunt in publica sola. 1.
Quid emptis fructibus oliuæ cum stipulatione decem ponda. 2.
Quid de fundo vendito vt aqua illi accedat. 3.
Quid de aquaductu debito prædio vendito. 4.
Differentia inter accessiones fundi & ædium. 5. 6.
Quid accedat in venditione fundi. 7.
Quid in venditione & legato ædium. 8.
De doliis & horreis. 9.
De lapidicinis & manufactis. 10. 11.
De proiectis ex ædibus. 12.
De littoribus & viis publicis. 13.
De fundis vicinis. 14.
De fœtu. 15.
De ornamentis. 16.
Quid cum vendito castra vendatur. 17.

QVæ dicta sunt hactenus, lucem maiorem accipient ex casibus singularibus, quorum aliquos dontaxat, ne infinitus esse cogar, subiciam.

Primò emit quis tabernas argentarias aliasue, quæ in publico loco sunt, quæritur quid emat, quandoquidem superficies semper ius soli sequitur siue publicum, siue priuatum sit *l. 2. D. de superficie, l. solum 49. D. de rei vindicat.* Ergo emit simul solum ipsum, quę emptio nulla erit, *l. si emptione 34. §. 1. D. de contrab.* cùm sit earum rerum, quæ in commercio non sunt. 1

Respond. has tabernas quæ in solo publico sunt, publicas quidem esse; cùm soli ius sequantur, earum tamen vsum pertinere ad priuatos, atque adeò illas ex eo capite priuatorum esse, qui igitur eas tabernas vendit, non vendit solum, quod publicum est, sed ius duntaxat iis vtendi, quod in iis habuit, quod apertè docet Vlpian. *l. qui tabernas 32. D. de contrab. empt.* Vnde colligunt DD. eum qui aliquid vendit, non aliud in dubio videri vendere quàm ius, quod in illud habet: quod idem valet in legato, testator enim legat ius quod habet in re legata. Deinde omnis conuentio eo semper modo est interpretanda, vt valeat eo modo, quo valere potest, cùm non aliud à contrahentibus actum esse censeatur, quàm quod agere potuerunt: quod maximè verum est in venditione, & cæteris bonæ fidei contractibus, contra quam peccaretur, si id v.g. venderetur, quod aut ius gentium, aut leges, & mores ciuitatis vendere prohiberent, essetque maligna interpretatio, per quam venditio destrueretur, aut venditor ad aliquid impossibile obligaretur, vt in hoc casu, si venditis tabernis in loco publico existentibus, solum ipsum publicum venderetur. Venditur itaque duntaxat ius vtendi illis tabernis, quamuis in loco publico sitis. Hinc denique inferunt DD. emi, præscribi, alióue modo acquiri ius habendi horti in fossis publicis, atque in templo ius inferendi mortui, & sedendi certo loco, quia licèt ea loca publica sint, ius tamen illud, & vsus priuatorum est. Eódem refert Mornac. tabernas Basilicanas, quæ in publicis locis ædificantur, quas nominant τὰ παραπήγματα, quasi applicita, & affixa muris *leg. ædificia 24. Codic. de operib. public.*

Secundò vendidit quis fructum oliuæ pendentis, & stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset. Quæritur, an si quinque tantum pondo collecta fuerint, possit emptor plura petere, ipsa nimirum decem. Respondet Vlpian. *in l. 5. §. 1. D. de contrab. emption.* non posse; quia pretium intelligitur constitutum esse ex eo quod natum erit vsque ad decem pondo olei, additque Vlpian. sic à plerisque fuisse responsum; quæ tamen responsio difficultatem non leuem habet, quia gratis facit venditionem conditionalem, quæ reipsa absoluta est: vendidit enim ipse fructum oliuæ pendentis, & stipulatus est ab emptore pretium pro decem pondo olei, sic enim legendum est. Obligauit se igitur simpliciter & absolutè emptori ad præstanda omninò illi decem pondo olei, vndecumque nata essent. Nam 2

ea

ea verba *quod natum esset* adiecta sunt demonstratiuè, & non conditionaliter, nimirum vt demonstrarent vnde illa decem pondo colligenda essent, non vt apponerent conditionum istam, *Si ex eo fundo & oliueto decem olei pondo nascerentur.* Quamuis igitur quinque tantùm pondo ex ea oliua collecta sint, poterit emptor nihilominus petere decem oblato pretio, de quo fuerit conuentum. Confirmatur, quia in dubio verba sunt demonstratiuè potius quàm conditionaliter accipienda, *l. quidam testamento* 96. *D. de legat.* 1. quia conditiones omnes odiosæ sunt, eo quod dispositionem suspendant, iisque deficientibus destruatur tota dispositio, & nulla fiat eo modo, atque si numquam præcessisset, *l. pecuniam* 36. *D. de rebus credit.* vt latè diximus aliàs. Confirmatur secundò quia non fuit constitutum pretium in singula pondo, sed simul aut vniuersaliter vno pretio decem pondo vendita sunt. Vnde nihil est vnde dubitemus venditionem ab initio fuisse perfectam, nulla conditione suspensam. Cur igitur sterilitas fundi eius, & oliuæ quæ non suppeditauit illa decem pondo vendita, nocebit emptori, qui non emit quantitatem olei, quod ex eo fundo rediret, sed certam præcisam & determinatam quantitatem olei, nimirum pondo decem? Illa igitur, ipsi præstanda sunt si petat, ipseque vicissim totum pretium decem, si venditor illud exigat, & si ipsi decem pondo exhibeat, quamuis non fuerint omnia ex illa oliua producta; fuit enim vnicum huius venditionis decem pondo pretium, quod emptor præstare debet. Neque obiicere poterit se velle modò tantùm quinque pondo ex ea oliua collecta, & non aliunde nata, sed decem accipere cogetur modò proba sint, & pro decem emptis, ipsique præstitis soluere.

Resp. verum quidem esse verba dispositionis demonstratiuè potius quàm conditionaliter explicanda esse, vbi aliud non suadent coniecturæ; maximè in emptionibus, & venditionibus, in quibus potiùs id quod actum est quàm quod dictum est inspici oportere dixit Celsus, *l. sed Celsus* 6. §.1. *D. de contrah. empt.* In hoc autem casu verosimile visum est Vlpiano id actum esse inter emptorem & venditorem, vt pretium venditionis constitueretur ex oleo illo, quod ex eo fundo nasceretur vsque ad decem pondo, ac proinde cum subintellecta conditione, si illa pondo nascerentur, quia relatiuum iunctum verbo futuri temporis, aut ad quod futurum trahi possit, facit tacitam conditionem, *l. Stichum qui meus erit* 6. *D. de legat.* 1. *l. scribit* 34. §. *vlt. D. de auro & argent. legat. l. quod sæpe* 35. §. *in his*, & *l. si quis fundum* 37. *D. de contrah. empt.* Eiusmodi verò sunt illa verba, *Quod natum erit*, vel, *Quod natum esset*: Itaque facient conditionem, quod in stipulatione quoque contingere habes in *l. interdum* 73. *D. de verbor. obligat.* Imò & in legatis & testamentis, in quibus pleniorem quàm in contractibus faciendam esse interpretationem tradunt DD. *in l. in testamentis* 12. *D. de regul. iur.* Atqui Iulianus *in l. cum certus* 5. *D. de tritic. vin. & ol. legat.* scribit, si certus numerus amphorarum legatus sit, ex eo quod in fundo Semproniano natum esset, & minus natum sit, non amplius deberi quàm quod natum est, quasi taxationis vicem obtineant hæc verba *Quod natum est*; quasi videlicet ita sint accipienda ac si scriptum esset, id tantum quod ex eo fundo natum erit: taxatum enim id dicitur quod neque augeri neque minui ampliùs potest *l. Mænia* 41. §.1. *D. de legat.* 2. In nostro igitur casu, si ex ea oliua quinque tantùm pondo olei collecta fuerint, quinque tantùm petere poterit emptor, & pro illis tantùm soluere cogetur, & si amplius soluisset, illud repetere posset vel condictione indebiti, vel condictione sine causa: relatiuum enim licet iunctum verbo futuri temporis conditionem faciat, facit tantùm distributiuè & non collectiuè: relatiuum autem coniunctum verbo præsentis aut præteriti temporis non facit taxationem, sed conditionem, *l. demonstratio* 17. *l. falsa* 33. *D. de condit. & demonst.* Alij aliam regulam tradunt; relatiuum cùm postponitur verbo generali sine copula, illud restringere vicemque taxationis obtinere; sin autem adsit copula, augere. Vide Cuiac. *tract.* 5. *ad African. in l. si seruus*, §. *qui quinque*, *de legat.*

Tertiò hac lege venditus est fundus, vt aqua 3
illi accederet, iter quoque aquæ accedere venditioni debet *l.* 40. §. 1. *D. de contrah. empt.* quia sine illo itinere inutilis fuisset aquæ accessio, & qui vult consequens, vult quoque necessarium antecedens, sine quo aliud esse non potest *l.* 2. *D. de iurisdic. l. ad rem mobilem* 56. *l. ad legatum* 62. *D. de procurat.* Quare legatis alimentis, cibaria, vestitum, & habitationem deberi dicunt; quia sine illis corpus ali nequit *l. legatis* 6. *D. de aliment. & cibar. legat.* Vbi legatus est alicui fundus, ad quem legatarius nullum aditum habet, cogitur hæres illum redimere & legatario præstare, *leg. seruum filij* 44. §. *vltim. D. de legat.* 1. *leg. damnas esto* 15. §. 1. *D. de vsufruct. legat.* nempe ne legatum sit inutile legatario.

Dices non dari accessionem accessionis, *l. vlt C. de vsur.* iter autem est accessio aquæ; igitur licèt aqua accedat, non proptereà accedet iter aquæ. Resp. accessorium quod aliud ad se necessariò trahit, esse principale respectu illius; quod ex subiectis casibus facilè colliges.

Quartò aquæductus qui prædio vendito debe- 4
tur, transit ad emptorem, etiamsi de illo nihil dictũ sit, *l. si aquaductus* 47. *D. de contrah. empt.* vbi additur ipsas quoque fistulas per quas aqua ducitur, deberi, licèt vt addit *l.* 48. sint extra ædes, nihilque de illis dictum fuerit.

Dices aliam rem esse prædium, aliam verò seruitutem prædio debitam, ideóque pluris fieri fundum, qui habet annexam seruitutem quàm qui non habeat, & qui vendit fundum vti optimus maximusque est, illum liberum quidem ab omni seruitute præstare debet, *l. cùm venderes* 56. *D. eod.* non autem vt ei fundo aliqua seruitus debeatur, *l. pen. in fin. D. de euiction.*

Resp. seruitutes prædiales nihil aliud esse quàm iura prædiorum siue rusticorum, siue vrbanorum §. *vltim. inst. de rebus corpor. & incorpor.* illa verò iura sunt ipsamet prædia taliter se habentia *l. quid aliud* 86. *D. de verbor. signif.* vendito igitur prædio cui debetur aquæductus, in emptorem quoque transire aquæductum necesse est, alioquin non transiret illud prædium qualiter se habet, neque cum suo vniuerso iure: quòd si eiusmodi aquæductus nondum illi prædio debebatur, non transibit cum illo prædio, nisi id expressè constituatur in ipsa venditione, aut saltem tacitè, vt cùm dicitur aquam accessuram esse, tunc enim & ductum aquæ, vti iam diximus transire necesse est, ne aquę accessio fiat inutilis, transeunte autem aquæductu transire quoque ipsas fistulas per quas aqua ducitur necesse est, vt ait *l.* 47. & 48. *citata.* Vlpian. etiam si sint *extra ædes.* Imo *l.* 49. id contingere vult I.C. licèt ius aquæductus

ctus non sequatur emptorem; quia fortassis iam amissum est, quod mirum videri poterit, cùm principali causa non subsistente neque accessiones locum habere possint, *l. cùm principalis* 78. *D. de regul. iur.* & fistulæ per quas aqua ducitur, sint accessiones aquæductus, neque vllum sine illo vsum habeant; sublato igitur, aut omisso iure aquæductus, neque ad emptorem transeunt fistulæ, & canales pertinere minimè debebunt ad emptorem. Nihilominus sapienter dixit Vlpian. eo etiam casu deberi emptori fistulas & canales, non tanquam accessiones aquæductus, qui iam nullus est, sed tanquam accessiones & partes ædium venditarum. Et sanè plurimùm interest emptoris etiam post amissum ius aquæductus, habere nihilominus fistulas per quas aqua duci potest; sic enim faciliùs noua pactione ius aquæductus restituere poterit, & denique cùm ędes venditæ causa sint, cur seruitus aquęductus sequatur emptorem, causa quoque esse debent, vt fistulæ & canales ipsum sequantur. Causa siquidem causæ est causa causati ex vulgari diuerbio. Vnde colligunt DD. aliquando ratione accessionis aliquid deberi, quod alioquin non deberetur, & tunc accessio accessionis est quoque principalis: qua ratione dixit Labeo *in l.*78. *D. de contrahend. empt.* vbi venditionis lex dixit emptori fistulas accessuras, castellum quoque ex quo aqua fistulis ducitur, accessurum, licèt de eo nihil dictum sit, quisquis enim vult consequens, vult quoque necessarium antecedens, & sine quo consequens aut non esset, aut inutile esset, vt iam monuimus. Deinde castella ædium quoque esse intelliguntur si vel plumbea sint, & fistulæ quoque, si vel adplumbatæ sint, vel terra continentur, *l. fundi* 17. *§.vlt. D. de action. empt.* vt statim iterum monebimus.

His adde rotam per quam aqua trahitur nihilominus ædificij esse, sicut & fistulam *l. qui fundum* 40. *§.6. D. de contrah. emp.* Itaque distractis ædibus sequetur emptorem, licèt de ea, sicut neque de fistulis nihil actum sit, quod verius erit si dicatur accessura omnia quæ in eo fundo domini sunt.

5 Quintò quia frequentiores controuersiæ hoc loco mouentur de fundi & ædificiorum accessionibus quæ ad emptorem transire debent cum fundo, vel ædibus venditis; obseruandum in primis est ex Vlpian. *in l. fundi* 17. *D. de actionib. empt.* eam esse inter fundum & ædes differentiam vt fundi nihil sit, nisi quod terra in se tenet, ædium autem multa quæ ædibus affixa non sunt vt seræ, claues, claustra: plurima quoque defossa sunt, quæ tamen fundi aut villæ esse constat vt vasa vinaria, torcularia, quæ sunt magis instrumenta fundi, si ædificio non cohæreant; siquidem si ita defossa sint, vt inde moueri nequeant, ædificio cedunt. Denique quidquid ad solam fundi vtilitatem comparatum est, licèt extra fundum sit, in fundo tamen esse censetur, & quæ etiam vtilitatem sine ædibus afferre non possunt, in illis esse videntur. Quare monet Paul. Castrens. *in l.* 18. *D. de action. empt.* in legato fundi non venire instrumenta fundi *l.*2. *§. fin. de fund. instruc.* nisi legetur fundus instructus, vel vt loquitur *l.*2. *C. de bon. vacant.* in integro statu, in locatione tamen fundi veniunt eius instrumenta nempe illa sine quibus commodè frui fundo non posset conductor *l. Sed addes* 19. *§. illud. D. locati*, vbi inter ista à domino præstanda colono enumerantur dolia, prælum & trapeta instructa funibus. Imò prælum & trapetum vitiatum dominus instruere debet, nisi culpâ coloni, quid corruptum sit. Debebit quoque colonus sibi parare fiscos, quibus ad premendum oleum vtimur, quia videlicet ad necessitatem fruendi potius, quàm commodiorem fruitionem pertinent: at verò & prælum, & succulum, & regulas, & tympanum, & trochleas, quibus prælum releuetur, & ahenum, quo oliua calida aquâ lauatur, & cætera vasa olearia & vinaria dominum præstare oportet. Colonus tamen illa ad præsentem vsum picare debet; quia dominus sine illis instrumentis fundi locati fruitionem per incommodam, & impossibilem conductori redderet, nisi ille maximis impensis sibi hæc omnia instrumenta ad tempus locationis compararet, quare censentur hæc omnia accidere fundo locato. Quid verò ea singula sint, vide apud Gothofredum qui ex Columella, Catone, & Budæo singillatim paucis explicat. An verò confiscato fundo instrumenta quoque confiscata sint, dubiæ quæstionis fuit, vtriusque dixit Castrens. & Bart. non contineri, si defossa non sint, sicut neque in venditione; quia in locatione datur tantùm fundus fruendus, ideóque omnia ad eam fruitionem necessaria danda sunt, alioquin illa fruitio non modo inutilis, sed etiam noxia foret conductori, qui præter mercedem locatori datam teneretur ad instrumenta cõparanda, quorum pretium superaret omnem fundi redditum; at verò in venditione & confiscatione datur dominium fundi, & eorum quæ ipsius sunt. Ipsius erit deinde de eo, vt libuerit disponere, neque mobilia eius quæ neque sunt partes, neque necessariæ accessiones, & appendices, sed solùm instrumenta fundi, nisi aliunde de mente contrahentium colligantur, simul dari, vendi aut confiscari censentur, vti neque legari vt monebat Castrens.

Obseruandum est cum eodem Vlpian. *in l.*17. 6
D. de action. empt. ea quæ ædificio detracta sunt, vt reponantur, esse ædificij, non verò quæ parata sunt, vt imponantur, si reipsa imposita non sint; quia ea quæ fiunt, vel ædificij fuerunt, faciliùs in eandem causam recidunt, quam quæ non fuerunt: quare tegulas quæ nondum ædificio impositæ sunt, licèt illi tegendo comparatæ fuerint, rutis & cæsis annumerat; eas verò quæ detractæ sunt, vt reponantur, ædibus accedere dixit: ideóque in priori casu non cedunt emptori, sed venditori, maximè si ruta cæsa exceperit, vti olim excipi solebant, vti constat *ex l.*17. *citata*, *§. si ruta cæsa.* quamquam & ea exceptio superflua videatur, cùm nisi expressè vendantur, non intelligantur vendita; quia fundi appellatione contineri nequeunt; ea siquidem ruta cæsa, neque ædium, neque fundi sunt *l. in rutis cæsis* 241. *D. de verbor. significat.* & *l. in vendito* 66. *§.vlt. D. de contrah. empt.* Sicut igitur qui vendit fundum aut ædes frustra exciperet quæ nec fundi, nec ædium sunt, ita quoque frustra excipit ruta cæsa, ipsa enim neque fundi, neque ædium sunt, quod vsque eò verum est, vt si emptor fundi vel ædium ea occupauerit, neque velit venditori restituere, tenebitur eo nomine quanti emptor in litem iurauerit *leg. Celsus* 5 *§. idem Iulianus. D. ad exhibendum.*

Tandem ex his omnibus vides quid in venditio- 7
ne & legato ædium, eo nomine censeatur: quæ ex parte numerantur in *l.*13. *§. vlt.* & *l.*14. 15. 16. & 17. *D. de contrah. empt.* nempe omnia quæ quasi partes ædium, vel propter ædes habentur, vt putealia. Est verò puteal, id quod puteus operitur *τὸ φρέατος σχέπασμα*, & *περιστόμιον* in Basilic. Puteal verò illud solebant veteres sigillis exornare. Cicero, *putealia sigillata, duo lites labra.* Aliqui legunt

legunt lenes, lines, aut lenis. Budæus, funes, haustorios nimirum, quibus trahitur vas hauriendæ aquæ: retinenda tamen est lectio Florentina, ut sapienter contendit Cuiac. *lib. 6. obs. cap. 7.* Græci interpretātur δεξαμένας, id est lacus aquam continentes, quo sensu dicūt quoq; λινάς, & λινοὺς, vt *in Eparchio περὶ φύτων φυτεύσεως*, quod Harmenopul. *lib. 2. Epitom.* Afranius Laberius apud Nonium, labella, lenes. Idē tamen Cuiac. *lib. 10. cap. 15.* indifferenter scribit lines, lenis, lenes, eóque tradit illud Martial. *Epigr. 50. libro 1.*

Tepida natabis lene Cogedi vada.

Et legi vult, line. Verùm quid nam opus erat natāri in Cogedi vado. Itaque non displicet quod Turneb. *lib. 23. c. 25.* legebat *Tepida luce*; nō enim dieb⁹ frigidis, sed calidis natādū. Quia tamē ea lectio displicuit Cuiacio line, vel lene, retineatur per me licet; lines igitur, vel lenes in ędibus distractis tanquā ipsarum partes aut aliquid ad ipsas pertinens cōprehenduntur ex Vlpian. qui addit & salientes & quæ salientibus inguntur fistulas, licèt aliquando longiùs extra ædificium excurrant, propter ædes tamen habentur, & ædium sunt, sicut & canales. Non idem verò iuris est in piscibus, qui sunt in piscina, nam licèt piscina ædium sit, pisces tamen ædium esse non possunt, sicut neque pulli & cætera animalia, quæ in fundo sunt, fundi sunt, vt ait Pomponius *in l. sequenti 16.* quia non tam propter ædes sunt, quam propter personas ædes habitantiū Addit & Anton. Faber, quia non videntur à nobis possideri, cùm maneant in sua libertate naturali *l. 3. §. item feras. D. de acquir. possess.*

8 Sextò vinum & fructus ex villa percepti, villę nō sunt, licèt adhuc in villa sint; quia neque pars villæ sunt, neque propter villam habētur; vt patet, sed potius villa propter fructus. Stramenta quæ sunt in fundo vendito, vel legato, emptori vel legatario cedunt; quia non aliam quam ipsius fundi vtilitatem respiciunt: quoad sterculinum distinguit Trebatius, an stercorandi fundi causâ comparatum sit, quo casu fit emptoris, an verò vendendi gratiâ, manebitque vēditoris, siue in stabulo iaceat, siue in aceruum congestum. Neque sanè nouum est vt patrisfamilias destinatio aliam, atq; aliam rem faciat, *§. pen. & vlt. l. 17. D. de action. empt. l. si id quod 8. §. pen. D. pro socio, l. ligni 55. § si lignum, D. de legat. 3.* Ligna quę sunt in fundo vendito vel legato manēt venditoris, vel hæredis, quia non sunt pars fundi, tametsi ad illum fuerint cōparata. Quę pictę tabulæ protectorio includuntur, item crustæ marmoreæ ędium sunt; reticuli circa columnas, plutei circa parietes; & cilicia vela ædium non sunt. Quæ Vlpiani verba sic reddi posse Gallico idiotismo & more affirmat Mornac. *Les tableaux qui se ferment ensemble, les incrustations de marbre, sont des appartenances des maisons où elles se trouuent, les rideaux d'alentour des pilliers, & les pupitres d'alentour des murailles; comme aussy les voiles destamine ne sont du cōpris des appartenances des maisons où ils sont.* De incrustationibus porrò ædium, de reticulato opere, & cæteris quibus ornabantur ędes vide Vitru. *lib. 2. c. 8. & lib. 3. c. 2.* eiusque illustratorem Philand. Plin. *lib. 35. c. 6.* Senec. *Ep. 114.* & Cassiod. *lib. 1. Ep. 6.*

Quod insulæ causâ paratum est, si nondum perfectum, quamuis positum in ædificio sit, non videtur ædium esse; quia nondum est ædificio impositum, vt dicebamus nuper de regulis nondum impositis ex generali regula ibi posita.

Ruta cæsa diximus non esse ædificij, sunt autem ruta, quæ eruta sunt, vt arena, creta, & cæsa, vt arbores cæsæ, carbones, & similia.

Ruta cæsa vocāt aliqui quidquid decisum immutatúmque, concisum, aut decisum est, vt *l. ligni 55. D. de legat. 3.* vbi *superamenta materiarū* dicuntur. Festus sic vocari ait, quæ venditor possessionis sui vsus gratia concidit ruendúque cōtraxit, vel extraxit. Nō mirū igitur, si ea fundi, vel ædificij nō esse affirmet Vlpian. Nos dicimus *materiaux & vuidanges que le vēdeur se reserue en vendāt sa maison.* Tullius *lib. 2. de Oratore. Sed dices, te cum ædes vēderes, ne in rutis quidem & cæsis solium paternū recepisse.* Granaria, quę ex tabulis fieri solent ita ædium sunt, si stipites eorū in terra defossi sunt, si supra terrā sunt in rutis & cęsis erunt. Pali ad vineam sustinendam parati, antequā collocentur, fundi non sunt, erūt tamen, si exempti sunt hac mente, vt iterum collocētur. Ratio horum est quia, iam diximus, ea quæ ex ædificio detracta sunt, vt iterū reponantur, ædificij esse, non antē quæ parata vt imponātur. Vniuersalem denique hāc regulam ex Labeone tradit Vlpian. in sæpius *cit. lege 17. de action. empt.* ea quę perpetui vsus causâ in ędificio sunt, ędificij esse, quę verò ad præsens, non esse ædificij, vt puta fistulæ temporis quidem causâ positæ non sunt ædium; veruntamen si perpetuò fuerint positæ, ędium sunt Eò reuocāt aliqui ænea tormenta, quę ad custodiā arcis collocata sunt. Verùm de his omnibus vide Conchylium ad Consuetud. Niuer. tit. *Quelles choses sont reputées meubles, §. 10.* Ægidium Magistratum *c. 1. des criées*, & Bacquet. *de iurib. iust. cap. 22 num. 102.*

Septimò dolia in horreis deffossa horreorū venditioni cedunt, non autem si defossa nō sint: *l. 76. D. de contrah. empt* quia priore casu sunt quasi quædam pars soli & horrei; quamuis omnia quę sunt defossa, non sint pars fundi & ædium, nisi sint immobilia, vti nuper obseruauimus, fauetque *l Titius 60. D de acq. rerum dom.* Posteriore verò casu non cedunt venditioni, cedent tamen locationi ad vsum coloni, quod etiam monuimus. Itaque tum hæc horrea immobilia esse debent, tum dolia in illis defossa. Romanos porrò solitos esse defodere dolia in horreis seu cellis vinariis; amphoras verò in horreis editioribus constat ex Horatio *lib. 2. carm. ode* 8. 21. 23. & *lib. 4. ode* 12. vbi consule Interpretes, qui plura de eo more dabunt, hodiéque ingentes & capacissimas in cellis vinariis cupas cernimus, atque torcularia, quibus exprimatur vindemia, & si ædes væneant numerari accessionibus, & inter immobilia censeri vult consuetud. Paris. *a. 90.* quia moueri loco nequeunt, nisi disiciantur, & discerpantur *si elles ne sont abbatues.* 9

Octauò in lege fundi venditi, lapidicinæ vbicumque essent in eo fundo, exceptæ sunt: aliquantò post tempore lapidicinę de nouo repertæ sunt: Quærebatur venditoris, an emptoris essent nouæ istæ lapidicinæ. Venditori vindicabat Tubero, quia quod in emptionis lege exceptum est, venditum & emptum videri non potest; sunt verò exceptæ lapidicinę vbicumque essent in eo fundo; omnes igitur & quæcumque siue apparerent, siue non apparerent exceptæ esse intelliguntur; at verò Labeo, & ex illo Iauolenus in *leg. 77. D gest. de contrahend. emption.* emptori tribuit eas lapidicinas recèns repertas, vt quæ venditionis lege exceptæ non fuerint; quia nemo vendere vel excipere potest id quod non scit, estque solemne illud iuris pronuntiatum, conuentiones quantumuis vniuersales & generales nunquam trahi ad incogitata, & ad ea quæ iam apparent referri debere, non ad futura quæ aliquando apparere poterunt, quod colligunt DD. *ex l. cum Aquilius 5. D. de transact. l. tres fratres 35. D. de* 10

pactis.l.2. §.1. D.de hered. vendit.l. fideiussor 26. §. Lucius, D.de pignorib. l.damni 18. §. si is qui, D. de damno infect. l.locus certus 26. in fin. D. de acquir. possess. Denique non entium, & non apparentium idem soler esse iudicium, §. *si aduersus, inst.de nupt. l.duo sunt Titij 30. D.de testam.tutel.* Cũ igitur tempore contractus lapidicinæ istæ non apparerent, & ignorarentur, imò neque propriè essent, cùm nondum cæderentur, excipi non potuerunt lege venditionis, alioquin vt sapienter argumentatur Iauolen. si fortè in toto eo fundo lapis sub terra lateret, totus fundus lapidicinarum foret, atque ita totus fundus exceptus esset, nihilque venditum ex illu, aut simul totus & vẽditus, & inuẽditus, & exceptus intelligeretur, & exceptio in venditione apposita totã venditionẽ destitueret, quo quid absurdius dici posset. Si tamen conuentum esset, vt lapidicinæ omnes vbicumque essent, & quandocũque apparerent, exceptæ forent, nouæ etiam istæ huiusmodi exceptione cõprehenderentur, modò totus fundus in lapidicinis non cõsistat, ne ex emptione nihil emptor consequatur, & tamen vẽditor totum pretium habeat. Quod si eo casu venditor ratione exceptionis totum fundum, quasi non venditũ retinere sibi vellet, obligaretur ex æquitate naturali totum pretium refundere; quo enim iure sibi & rẽ vẽditam, & eius pretium seruaret? quàm iniqua esset illa venditio, de qua sine dubio non cogitarunt cõtrahentes, & si de ea cogitassent itáque cõuenissent, nulla esset ea cõuentio, & ficta vẽditio haberetur, *l.ex empt. 11. §. qui autem, & l. bona fides 50. D.de action.empt.* Quæ omnia si vera sunt in lapidicinis latentibus tempore venditionis, & deinde apparentibus, veriora multò erunt in lapidicinis nouis, & recèns natis, aut renatis, quæ reuerà non erant, ac proinde excipi non poterant lege venditionis, quæ faciliùs cõprehendere poterat lapidicinas quæ deinde apparuerunt; quia tunc existebant, licèt laterent; at verò recèns natæ, nondum erant, neque de illis poterat esse venditio, aut exceptio. Renasci porrò lapides in Asia, Gallia & Italia obseruasse me memini, sufficiat modò illud Plinij *lib. 36. cap. 5. Inter plurima alia Italiæ miracula ipsa marmora in lapidicinis crescere author est Papyrius Fabianus naturæ rerum peritissimus: exemptores quoque affirmant compleri sponte illa montium vlcera, quæ si vera sunt, spes est numquam defuturam luxuriam.* Quæ postrema ostendunt quàm profusi essent Romani in ornanda vrbe, & domibus vario genere marmorum. Hinc verò nata est illa quæstio an lapidicinæ inter mobilia censeri debeant, de qua Cuiac. *lib. 15. obseruat. c. 21.* & Mornac. *in l.item si fundi 9. D. de vsufructu*, vbi & Senatus decretum refert.

11 Nonò cùm manu sata in venditione fundi excipiuntur, ea tantùm accipienda sunt quę singulis annis seri solent, quorumque fructus quotannis colligitur; non autem quæ in perpetuum seruntur, vt vites & arbores, inquit Labeo *l.cum manu 80. D.de contrah.empt.* alioquin nihil erit quod venditum videri possit, si totus fundus arboribus consitus sit. Deinde potuit emptor ad fundi emptionem propter vnam vitium & arborum consitionem moueri; denique exceptio perpetua nimis oneraret emptorem; quare de temporali quoad fieri poterit explicanda erit. Adde ea quæ seruntur in perpetuum, eo animo seri, vt fundi perpetuò fiant, ab eoque tolli non possint; quare mirum non est si transeãt vnà cum fundo vendito, etsi non cõprehendantur in exceptione generali, nisi de illis fiat expressa mentio.

12 Decimò Possum emere quæ ex meis ædibus projecta sunt, vt ea mihi habere liceat, *l. 80. cit. §. 1.* quia tunc non emo possessionem duntaxat ligni in venditoris ædes immissi, & proiecti, illam enim possessionem iam habeo, sed emo ius immittendi ligni, siue illud mihi habere liceat, & ne quis mihi ea de causa molestiam facessere queat.

Vndecimò eadem *l. §. 2.* quæritur, an vendita in quinquennium sylua cædua, glans quæ decidisset, emptoris fieret, an vẽditoris maneret. Nomine porrò glandium intelligimus omnes fructus, non modò quercuum, sed & aliarum omnium arborum syluestrium, quibus vescuntur sues, dicunturque vulgari sermone *pasnages*, vel, *panages*, quasi porcorum panes; alibi verò *parnage*, vel, *pernage*, alibi *drois de carnage*, vel, *charnage*, nimirum à carne & perna, vel adipe, & pinguedine, quæ in suibus glande vescentibus per syluas amplior & maior est. Deniq; eiusmodi fructus qui in illorum animalium escam cedunt, dicuntur pastiones, *paissons*, quod commune verbum ad varios deinde fructus restringitur, *paissõ de gland*, pastio ex querco, *paisson de faine, ou faine*, pastio ex fago, atque ita de cæteris. Porrò quæstio proposita à Labeone *in §. cit.* ad hanc speciem reduci potest. Emit Mæuius cæsuram syluæ cæduæ, cùm glans caduca esset, emit Titius pastionem, cuinam dabitur glans stantium, cædendarumque arborum? Resp. Labeo deberi Mæuio glandem quæ in arbore est cùm cæditur; Titio verò aliam, quæ ab arbore non cęsa decidit. Conscribit Mornac. In casu verò quomodò proponitur *in illo* §. glans quæ cecidit antequam cæderentur arbores, manet vẽditoris; quæ autẽ est in arboribus dum cęduntur, est emptoris; quia quoties sylua cædua venditur, non intelligitur vendi nisi vt cęditur, & quatenus cęditur, nec proinde aliud quidquam, nisi quod cæsum est venditur, ideóque neque glãs quę ex iis arboribus priusquam cæsæ essent, decidit, vendita videri potest, ideóque venditoris, non emptoris fit; quæ autem est in arboribus dum cæduntur, fit emptoris, non tamquam ipsa vendita fuerit, sed quia est fructus rei venditæ, vti ex Accursio ratiocinatur Anton. Faber.

Duodecimò littora, viæ publicæ, loca religiosa, vel sacra fundo vendito coniuncta, neque per se, neque tanquam accessiones fundi illius vendita censentur, neque in eius modum computantur, 13
l.litora 51. D. de contrah. empt. quia in nullius bonis sunt littora & viæ publicæ, sed iure gentium omnibus communia. Sacra verò & religiosa non sunt in humano commercio; itaque computari hęc omnia non possunt in modum, quem venditor præstare tenetur, nisi id lege venditionis caueatur; quia quod in venditionem cadere non potest, cadere tamen poterit in modum, tunc enim id tantùm fit, vt minor modus venditus esse intelligatur, & quod dicto modo deest, suppletur per commoditatem quam ex illis coniunctis locis capit emptor occasione venditionis, & quam non haberet si fundum illum non emisset. Qua eadem ratione aggeres & fossata in mensuram & modum cedere posse dixit Bartolus *ex l. prædia 27. §. ita legatum, D. de instruct. & instrument. legat.* Hinc nostri dicunt, *Les bords & riuages ne doibuent estre alignés, ny arpentés, s'il n'est dit qu'ils soient du compris de la vente.*

Decimotertiò qui vendidit fundum vel domum, 14
domum quoque vel fundum accessorium, qui vno eodemque nomine cum principali appellatur, & quo semper dominus accessoriè vtebatur in omnibus actibus, vendidisse censendus est, quamuis inter se distincti existant, *leg. Seia 20. §. Tyranno.*

D.de

D. de fundo instruct. & *instrament. legat.* vbi Scæuola ait legatum esse pratum fundo legato, & coniunctum, & vna eademque appellatione designatum: & *in l. prædiis* 9a. §. *pen. & vltim. D. de legat.* 3. hortus & insula domus appellatione continetur, & ideò vnà cum domo coniuncta legatur. Ita Gomes. *tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 13.

15 Decimoquartò qui vendit ancillam, equam, vaccam, & similia animalia fœta aut lactantia fœtum iam editum, vendit simul fœtum, nisi aliud exprimat; quia fœtus iudicatur vna eademque res accessoriè cum matre; quod non contingit quando non lactatur amplius à matre, sed per sese alitur, & vt ita dicam, subsistit, tunc enim & res distincta est, & nequidem accessoriè adhæret matri. Quare non censetur cum illa venditus, *leg. Sed addes* 19. §. *si quis mulierem, Digest. locati.* vbi dicitur, si quis mulierem grauidam naui vehendam conduxerit, infansque in naui fuerit natus, non esse augendam mercedem, quia & infantis vectura modica est, & nullum eius vehendi incommodum, cùm nulla earum rerum vtatur, quæ ad nauigandi vsum parantur, cum lactetur à matre, & denique non fuerit naui impositus; nam impositionis tempore nihil erat nisi pars & portio quædam viscerum matris, *leg.* 1. §. 1. *Digest. de inspic. vent.* Imò & quamdiu lactatur, censetur idem corpus cum matre, & nondum exiisse de vtero, cùm eodem liquore quo priùs alatur, atque ad hanc coniunctionem partus cum matre, & fœtus adhuc lactentis plurima dabit Gomes. *tom.* 2. *cap.* 2. *citato, n.* 15.

16 Decimoquintò Ædiles nolunt ornamentum, quo in ipsa venditione iumentum erat ornatum, siue eo animo impositum erat vt ornatum inspiceretur, siue alia de causa, fieri emptoris, secus verò si animal nudum ostensum sit, non licèt emptori sellam, frænum aliaque eiusmodi repetere, ita *leg. ædiles aiunt* 38. *Digest. de ædilitio edicto*, quia in priori casu illa ornamenta erant accessiones iumenti venditi, & non in posteriore. Et sanè soliti erant veteres in emendis equis ipsos, non phaleras quibus ornabantur inspicere. Apulei. *lib. de Deo Socrat. In emendis equis nec phaleras consideramus Balteiue polimina inspicimus, & ornatissimas ceruicis diuitias; sed omnibus iis exuuiis amotis equum ipsum nudum, animum eius, ac corpus contuemur.* Nempe vt ait Seneca *Epist.* 80. *ne qua vitia corporis lateant.* Ideoque *Epistol.* 47. stultissimum illum censet, qui non ipsum equum, sed eius frænum inspicit, quod & dixit Macrob. *lib.* 1. *Saturn. capit.* 11. cui comparat illum qui *hominem aut ex veste, aut ex conditione, qua modo vestis nobis circumdata est, æstimandum putat*; quod ipsum dixit etiam Seneca *Epist.* 78. Ad hanc emptionem equi cum phaleris suis referunt aliqui illud Horatij *lib.* 1. *satyr.* 2.

Regibus hic mos est vbi equos mercantur opertos,
Inspiciunt.

Decimosextò vendito castro & villa venditur quoque ius patronatus quod transit cum vniuersitate *cap. hoc litteris, de iure patron.* Vide Lambertin. *de iure patron. libro* 1. *artic.* 15. *quæstion.* 5. *numer.* 3. quod vendita quoque hæreditate contingit. An verò vendito fundo in quo est capella, cui annexum est ius patronatus, illud quoque venditum censeatur, dubiæ quæstionis est. Vide Azor 3. *p. lib* 8. *de empt. cap.* 19. *q.* 1. Mihi videtur venditum, si vnà cum fundo capella, quæ illi adhæret, vendita quoque censeatur, atque ita interpretor sententiam Beroij in *cap. ex litteris, de iure patron.* Alia similia

colliges ex his quæ appendice prima de dominio dicemus de rei vindicatione, quænam videlicet vnà cum re vindicari possint, tamquam aliquid eius, aut ipsi connexum.

CONSECTARIVM VIII.

Quid vnà cum hæreditate venditum esse censeatur.

Viuentis hæreditas vendi nequit. 1. 2.
Obiecta diluuntur. 3. 4.
Regula vniuersalis, Quanta est hæreditas, tanta præstanda est emptori. 5.
Dolus emptoris punitur. 6.
Sicut & venditoris. 7.
Quod tempus spectandum sit in definienda quantitate hæreditatis. 8.
Quid est aliquid ex hæreditate ad venditorem peruenisse. 9.
Quid si perueniat ad venditoris hæredem. 10.
Quid si aliquid non peruenit ad hæredem venditorem sua culpâ. 11.
Quandonam id dolo malo venditoris accidisse præsumatur 12.
An lucrum ex hæreditate captum præstandum sit emptori à venditore. 13.
Quænam actiones præstandæ à venditore. 14.
Quænã damna ferenda emptori hæreditatis. 15.
Casus singulares à n. 16. *ad* 30.
Quid de soluto debito ab vno è cohæredibus, pro aliis. 17.

OBserua in primis viuentis, aut eius qui nullus 1
sit, hæreditatem vendi non posse, quod affirmat Pomponius *in l.* 1. *D. de hæreditate vendita*, vbi rationem optimam reddit, quia tunc nulla res est, quæ venierit. Certum verò nobis est *ex l.* 1. *& l. nec emptio* 8. *D. de contrah. empt. & l. cùm hæred.* 7. *D. de hæredit. vend.* nec emptionem, nec venditionẽ sine re quę vęneat intelligi posse. Vt verò intelligatur quod afferebat Pomponius in venditione hæreditatis viuentis alicuius nullam rem esse que vęneat, aduerte hæreditatem esse nomen iuris & fictitium, quod nihil aliud significat, quàm successionem in vniuersũ ius, quod defunctus habuit, *l. nihil est aliud* 24. *D. de verb. significat.* & *l. hæredem* 59. *D. de regul. iur.* atque ita inuenta est ratio continuandi dominij quod defuncti fuisset in hæredem, cùm defunctus homo nullus sit, ac proinde defuncto patrefamilias, res hæreditariæ incipiũt esse in bonis nullius, *l.* 1. *D. de rerũ diuis.* ideoque possent fieri primi occupãtis *l.* 1. *&* 2. *D. de acquir. rer. domin.* cui incõmodo occursum est constitutu iure hęreditatis, siue vt patrimoniũ quod viuentis fuerat, statim ac primo instanti conuerteretur in hæreditatẽ; hæreditas autem defuncti personã sustineret, tamdiuque maneret hæreditas, quãdiu adita non esset, atque hæres aliquis futurus speraretur, aditione autem sequuta, desineret esse hæreditas, & fieret hæredis patrimonium, translato in hæredem omni iure quod penes iacentem hæreditatem fuisset. Inde dicunt hæredem, & hæreditatẽ eiusdem personæ, nempe defuncti vicem sustinere. Hanc igitur fictionẽ iuris dici voluerũt hęreditatẽ, quod nomen veteribus dominium sonat, vt significarent adhuc durare dominium, quod defuncti fuerat, & hæredem dixerunt quasi dominum rerũ

earum, quarum defunctus dominus fuerat. Hinc denique fit, vt dominium quod defuncti fuerat continuetur in hæredem sine vlla interruptione per mediam hæreditatem, ac si primo post mortem instanti hæres defuncto successisset, nec proinde tamquam vacans fieri possit primi occupantis, aut inuito hærede in alium transferri. Et sanè si vel minimo instanti fieret aliqua dominij interruptio, nulla superesset ratio continuandi in hæredem dominij, & nouo titulo ac iure indigeret, vt dominus rerum defuncti fieri posset. Quæ omnia fusiùs ex ipso iure cum Anton. Fabro *in l. 1. D. de hæredit. vend.* demonstrabimus *in appendice de testament.* Nobis in præsentiarum sufficit quod cùm hæreditatis fictio, & persona ficta inducatur eo duntaxat instanti, quod immediatè sequitur instans mortis, quod ipsum instans mortis vitæ tribuitur, non morti *l. qui duos* 18. §. 1. *D. de manum. testament.* necessariò sequitur, nullam esse posse viuentis hominis hæreditatem, nullumque ipsius hæredem, nisi velis aliquem eodem instanti viuere, & non viuere; neque etiam vllus pro hærede se gerere potest viuo eo de cuius bonis agitur, *leg. neminem* 27. *Digest. de acquir. rerum dominio*: neque repudiare superstitis hæreditatem, *l. qui superest* 9. *D. eod.* Si igitur viuentis hominis hæreditas vænierit, nulla erit res quæ vendatur, ideóque nulla erit venditio, quod sapienter affirmabat Pomponius. Quod idem continget si vendatur hæreditas eius, qui nullus sit; quia in rerum natura non est, nec vnquam fuit, vel pro nullo habetur, v.g. seruus qui quoad Ius Ciuile non tam pro mortuo, quàm pro nullo habetur, *l. quod attinet* 32. *D. de regul. iur.* quia non habet caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. & l. 4. D. de capit. minut.*

2 In istis itaque casibus emptio & venditio hæreditatis nulla erit, tenebitur nihilominus venditor, qui pretium acceperit, illud emptori præstare actione ex empto, atque si prætereà quidpiam in hanc rem impensum est ab emptore, & si quid aliud eius intersit *l. quod si nulla* 8. & *l. 9. D. de hæredit. vend.* Vbi Iauolenus distinguit duos modos, quibus in venditione hæreditatis, nulla est hæreditas quæ vænierit. Primò quidem quia nulla omninò fuit hæreditas, vt quæ viuentis adhuc erat, & eo casu non est facienda æstimatio hæreditatis venditæ, quæ nulla fuit, neque aliud petere poterit emptor à venditore, quàm pretium si quod illi soluerat, & si quid contrahendæ eius emptionis causa impendit. Et denique si quidpiam interfuit, eum non decipi in ea venditione, vti iam diximus. Secundo modo est quidem aliqua defuncti v.g. Titij hæreditas, sed ad venditorem non pertinet, quia vel ruptum fuit testamentum priùs, vel inualidum, atque alius quispiam illam iure occupauit, siue quia posteriore testamento institutus est, siue quia ab intestato successit, siue alia de causa: eo verò casu censet Iauolenus æstimandam esse hæreditatem, quæ vænijt cum eo quod interest emptoris; quia æquè hæreditatis alienæ atque cuiuslibet alterius rei singularis alienæ venditio obligat venditorem emptori actione personali ex empto, *leg. rem alienam* 28. *Digest. de contrahend. emption.* æquè etiam æstimari potest hæreditas aliena, siue ad alium pertinens, quàm ad ipsum venditorem, atque adeò quantum emptori ex ea causa præstari debeat à venditore, præstandum quoque erit quidquid supra quantitatem & æstimationem hæreditatis emptoris interfuerit. Nam aliquando id quod interest ipsum rei pretium excedit, *l. 1. D. de action. empt. l. in interdicto* 6. *D. de vi & vi arm.* Denique præstandum erit emptori quantum eius interest fuisse aliquam hæreditatem quæ vænierit, & quæ ad venditorem pertinuerit.

Dices rem futuram vendi posse, vt fructus qui ex fundo Corneliano nascentur, aut partus ex Arethusa, *l. nec emptio* 8. *D. de contrah. empt.* & diximus *art. 1.* qui tamen fructus & partus certò futuri non sunt. Atqui hæreditas Titij v.g. certò futura est, sicut certum est ipsum esse moriturum, cur igitur ea hæreditas futura vendi non poterit. 3

Resp. venditionē quidem futuræ hæreditatis non esse iure naturali nullam, vti ostendit obiectio, esse tamen iure ciuili, quod improbat & irritat eiusmodi venditiones hæreditatis viuentis, cùm votum captandæ mortis aliaque incommoda pariant, *l. vlt. C. de pactis*, *l. 2. §. interdum. D. de vulg. & pupillar. substitut. l. 2. §. vlt. D. de his quæ vt indign. l. 1. §. si impubere, D. de collatione bonor.* Diciturque festinare contra ius gentium, & contra bonos mores, qui solicitus est, & paciscitur de hæreditate viuentis, *l. donari* 29. *aliàs l. quidam §. donatio em. D. de donation. l. stipulatio hoc modo* 61. *D. de verb. oblig. l. 4. C. de inutilib. stipulat.* Ideóque Philippus Macedoniæ Rex, duobus filiis Perseo & Demetrio sic exprobrabat apud Liu. *lib. 40. Viuo & spirante me in hæreditatem meam ambo & spe, & cupiditate improba crevistis.* Et Pers. *satyra* 6.

Qui prior es cur me in decursu Lampada poscis.

Hæreditatem nempe meam, cùm tamen maior natu & senior me sis. Huc pertinent quæ contra impetrationes beneficiorum viuo adhuc beneficiario pluribus habet Molinæ. *in regulam Cancellariæ, de verosimili notitia*: & quæ in vltores petitores confiscationis antequàm damnatus sit reus statuunt Regiæ Constitutiones Aurelian. Molinens. & Blesens.

Dices secundò hæreditatem posse quasi aleam vendi hoc modo: Si qua est hæreditas tibi empta sit, sin minus, nulla empta sit. In quo genere venditionis quæ tamen bona est, non est necesse existere hæreditatem quæ væneat. 4

Resp. veteres hac de re dissensisse. Nam Paul. omninò venditioni subesse vult hæreditatem, & hoc casu aleam vendi non posse, *l. 7. D. de hæreditat. vendit.* è contrariò Vlpian. *l. nam hoc* 11. *D. eod. Hæc venditio*, inquit, *admittitur, si qua sit hæreditas, & quasi spes hæreditatis*; ipsum enim incertum rei vt in retibus, venditur. Eandem sententiam videtur probasse Iauolenus *leg. 8. & leg. 10. D. eod.* atque ita quod dicebat Pomponius *l. 1.* non posse viuentis hæreditatem vendi, quoniam tunc venditur quod in rerum natura non est, vti initio explicuimus; intelligendum est de venditione simplici, non verò illa, in qua venditur alea, sicut & in aliis rebus. Obserua enim aliud esse vendi hæreditatem, aliud vendi aleam, & veluti spem hæreditatis: nam in primo casu venditur ipsamet hæreditas absolutè, & non sub conditione, & non vlla alia res, quamuis eiusmodi hæreditas euentu & æstimatione incerta sit; quare oportet omninò aliquam esse hæreditatem, quæ væneat, alioquin nulla erit venditio, cùm nulla sit res quæ vendatur, & quamuis ex euentu hæreditas illa aut damnosa sit, aut vacua, quia deducto ære alieno aliisue oneribus nihil eius superest, hæreditas tamen est, sed inutilis, neque tunc venditur alea, sed ipsamet hæreditas, quam lucrosam esse existimat emptor. At quando emitur alea, emitur ipsa spes hæreditatis, & euentus, non ipsa

hæreditas

hæreditas absolute, hoc modo: *Si qua sit hæreditas quæ ad venditorem pertineat, ea vaneat*: aut, *Si quid erit iuris venditori in hæreditate, illud veneat*. Quare cùm venditur hæreditas, nulla tamen est, quæ vænierit, locus est condictioni pretij ab emptore dati: quippe cuius retinendi neque ius, neque causam vllam habet venditor, qui nihil vendidit, aut qui vendidit quod non erat, & quidquid ea de causa fuerit impensum ab emptore, quòdue illius interest, vti diximus. At verò qui emit aleam aut spem hæreditatis, licèt illa spes deinde frustanea sit, non poterit repetere pretium à se datum, sicut neque qui emit iactum retis, qui deinde inanis fuit, nullis captis piscibus.

Dices spem respicere futurum tempus *l. nec emptio* 8. §. 1. *D. de contrah. empt.* hæreditas verò respicit tempus præsens, vel præteritum, nullo modo futurum, quia defunctum esse oportet eum de cuius hæreditate agitur, vti iam diximus. In hac igitur venditione; *Si qua hæreditas est, ea empta tibi sit*, oportet tunc esse hæreditatem aliquam, vel nulla spectari potest. Non emitur igitur spes, neque ea venditio verè conditionalis est, nam conditio confertur in futurum, non in præteritum tempus, vti contingit hoc loco.

Respond. in hac venditione hæreditatis necessariò quidem esse aliquam hæreditatem, vel nullam, neque ideò euentu futuro pendere; quamdiu tamen nescitur an aliqua sit, & an damnum aut lucrum paritura, in spem cadit, & est in incertitudine, quæ non tam ex ipsa natura, quàm ex nostra inscitia nascitur, vt loquitur Paul. *l. sed & si* 28. §. *vlt. D. de iudic.* Ideóque Vlpian. in citata *l.* 11. ait ipsum incertum rei vænire; tam enim incertum est apud nos id quod nescimus esse, licèt iam sit, atque illud quod in ipsa natura nondum est, & an futurum sit, dubitatur: quo sensu incertum conditionis dixit *l.* 1. *C. de pactis*, & incertum ætatis ac restitutionis Papinianus *in l. si Titius* 48. *D. de fideiuss.* Explicat hanc venditionem Vlpian. exemplo iactus retis, quod tamen cum aliqua dissimilitudine intelligendum est. Nam sæpius emitur iactus retis antequam rete iacitur, aliàs verò postquam iactum est, antequam extrahatur. At verò cùm venditur hæreditas, *si qua sit*, debet esse defunctus ille de cuius hæreditate agitur, aut saltem existimari defunctus, atque ita non venditur hæreditas viuentis, atque adeò in emptione hæreditatis hoc modo facta, tota incertitudo est ex parte nostræ scientiæ, nulla verò ex parte rei, vti contingit in retibus, & venatione. In vtroque autem casu nihil æstimatur, aut venditur præter dubium euentum *l. propter spem* 23. *D. Familia Ercifcunda*. Quare si nulla hæreditas obtingat, pretium reddendum non erit, vt iam monui.

5 His ita de modo vendendi hæreditatem obseruatis, superest quæstio, quam hoc consectario definiendam suscepimus, quid & quantum hæreditate vendita vænear: estque vniuersalis illa regula; Quanta est hæreditas, tantam præstandam esse emptori *l.* 14. §. 1. & *l.* 15. *D. de hæreditat. vendit.* vbi dicitur venditorem hæreditatis teneri ad tradendas res hæreditarias, nihilque interesse quanta sit hæreditas: quia nempe quanta quanta sit hæreditas, tradenda est, & non maior, aut minor, sed qualis est, siue lucrosa ea sit, siue damnosa: tam enim hæreditas est, quæ parua, quàm quæ magna, lucrosa, & opulenta est, & non minus præstat quam debeat, aut quàm vendiderit, qui minus opulentam hæreditatem tradit emptori; qui non aliud promisit, aut vendidit quàm illam ipsam hæreditatem, & ad aliud non se obligauit, quàm vt præstaret emptori, vt fieret hæres, aut vt ad eum hæreditas perueniret, non autem vt tanta esset illa hæreditas: si enim aliquid de substantia eius affirmasset, illud vt ait Caius præstare deberet: si dixisset v.g. hæreditatem in his & illis rebus ac iuribus consistere, illa omnia præstare deberet emptori, qui alioquin deceptus esset, & damnum pateretur; pro ratione siquidem rerum hæreditariarum affirmatarum pretium constituit, quod minus profectò fuisset, si venditor nihil de substantia hæreditatis affirmasset, *l. si quis adfirmauit* 9. *in princ. D. de dolo*, & *l. quaro* 39. *D. de action. emp.* Simili ratione si venditor affirmarit peculiatum esse seruum, sufficiet si vel minimum peculium habuerit, non verò si Stichum nominatim in peculio esse dixerit, *l. si quid venditor* 18. §. *vlt. D. de adilit. edicto*, *l. serui venditor* 5. *D. de euict.* Vbi Bald. notat ex venditione vniuersitatis, re aliqua singulari cuicta euictionem non deberi, quod ad venditionem hæreditatis trahunt DD. licèt inter hæreditatem & peculium plurimæ sint differentiæ.

Dixi verò tradendas esse à venditore hæreditatis res hæreditarias, quia licèt hæreditas & res hæreditariæ differre videantur, *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad S C. Trebellian.* quia hæreditas consistit in iure, etiam sine corpore, *l. hæreditas* 50. *D. de hæreditat. petit.* *l. pecunia* 178. §. *hæreditas. D. de verbor. signific.* res autem hæreditariæ magnam partem sint corporales *l.* 1. §. *quædam D. de rerum diuis.* ac proinde vendita hæreditate, videri possit res hæreditarias neque venditas, neque præstandas esse: quia tamen qui hæreditatem vendidit intelligitur vendidisse id omne, quod ad eum ex hæreditate peruenit, & non solùm illam hæreditatem, quæ in iure consistit, & ex die aditionis nulla est, debet omnia corpora quæ ex hæreditate ad eum peruenerunt tradere, & non ipsam solam hæreditatem, licèt venditam in solo & mero iure consistentem. Tum quia, vt dixi iam nulla est, & post aditionem desinit esse hæreditas, & fit proprium hæredis patrimonium *l.* 1. *D. de separat.* Tum quia licèt maneret adhuc hæreditas illa, tamen tradi non posset, cùm traditio sit facti, *l. consilio* 7. §. *vlt. D. de curat. furios.* & quæ facti sunt non cadant in personam fictam, siue sola iurisdictione subsistentem *l. denique* 19. *D. ex quib. caus. maio.* *l.* 1. §. *Scauola. D. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Talem verò esse hæreditatem initio monuimus.

Nihilominus si venditor nondum certus de quantitate hæreditatis, eam tanquam exiguam persuasus ab emptore vendidit, cum tamen reipsa optima esset, cogi non poterit ad eam tradendam *l.* 4. *C. de hæred. vend.* Aliquid simile habemus *in l. vltima. D. de constituta pecun.* vbi Publius Mæuius persua sus à Seiis Lucij creditoribus ipsum eiusdem Lucij patrui hæredem esse, scripsit illis epistolam, qua fatebatur se & patrui hæredem esse, & pecuniam à Seiis Lucio Titio creditam in suas rationes peruenisse; quod vtrumque tamen falsum erat, eùm reuerà nihil ad Publium Mæuium ex Lucij hæreditate peruenisset. In hoc igitur casu respondit Scæuola ex eiusmodi scriptura & epistola Mæuij nullam actionem nasci potuisse, neque actionem de constituta pecunia Seiis competere: nempe quia manifestus erat Publij Mæuij error, existimantis se patrui hæredem esse, & eam pecuniam in rationes suas venisse, quæ non prouenerat, ac proinde non nisi ex errore eam pecuniam Seiis constituerat

constituerat. Creditorum quoque dolus apertus erat, qui falsò persuaserant Publio Mæuio ipsum patrui hæredem esse. Simili igitur iure eum qui delusus ab emptore vendidit illi hæreditatem tanquam modicam, quæ tamen ingens erat, non teneri ad eam præstandam edixerat Alexand. Imperator. Hinc Bacquer. *de iurib. iustitiæ, cap.* 15. *n.* 24. ait non modò hæredem beneficiarium, sed & simplicem posse restitui aduersùs aditionem hæreditatis, si per dolum & fallaciam hæreditatem vendiderit, ostenso v. g. illi exiguæ quantitatis inuentario, & falsis, quasi de re nihili locationum instrumentis. Quare æquissima illa erit exceptio, si quæ vniuersitatis hæreditariæ venditio facta sit; in ea enim iudicare solet Senatus non esse locum *legi* 2. *C. de rescindenda vendit.* propter incertitudinem, & quia emitur sicut iactus retis: quam in rem singulare Senatusconsultum refert Mornac. *in l.* 4. *citat. C. de heredit. vendit.* quod intelligendum est vbi non apparet dolus emptoris, aut venditoris. Obseruat *ibid.* Mornac. in venditione vniuersitatis hæreditariæ si immobilia cum mobilibus vænierint locū esse redhibitioni gentilitiæ, siue retractui lineari; secus verò si nulla immobilia reperiantur in hæreditate: quod affirmat Tiraq. *de retract. gloss.* 7. §. 1. *n.* 81. *ad* 88.

7 Sicut porrò dolus emptoris punitur vti diximus, ita & dolus venditoris: si enim vendiderit hæreditatem sciens illam ad se non pertinere, dolo tenebitur inquit Caius *l.* 12. *D. de hæredit. vend.* licèt ita vendiderit: *Si qua sit hæreditas.* Illa enim conditio non tollit dolum, quandoquidem scit se nihil iuris in eiusmodi hæreditatem habere, aut illam nullam esse; quamuis enim omnis scientia non semper inducat dolum, quem ignorantia semper excludit, vbi tamen ea scientia quis abutitur ad alium cum suo damno decipiendum, vti contingit hoc loco, dolus profectò est, ex eòque venditor tenebitur; & quamuis vbi nulla est hæreditas non possit venditor hæreditatis teneri, vt præstet se hæredem; quia hæreditas sola est, quæ per se & immediatè facit hæredem, nec esse hæres quisquam potest, vbi nulla est hæreditas, *l. Cornelia* 18. *D. de vulgari & pupill. substitut.* nihilominus dolum præstare debebit, & emptori tenebitur ad totum eius interesse. Cùm enim vendidit hæreditatem, hoc ipso se hæredem esse professus est, quamuis falsò, & quamuis quia nulla est hæreditas, non possit, vt diximus, se præstare hæredem; tenebitur tamen ad reparandum totum damnum, quod emptori illa falsa professione hæredis, & venditione ficta nullius hæreditatis intulit, vti diximus.

Ad eam fraudem venditoris pertinet quod aliquando vendat hæreditatem quasi hæres, cùm tamen sit duntaxat fideicommissarius, & hæreditatem sibi ex Senatusconsulto Trebelliano restitutam accepit: plurimùm siquidem interest emptoris an hæreditatem emat à vero hærede, an à fideicommissario vniuersali, qui non nisi hæredis loco est, quia hæres plus iuris habet in hæreditatem quàm fideicommissarius, cui ex S. C. Trebelliano restituta fuit hæreditas. In primis quia hæres Falcidiam ex legatis & fideicommissis deducere potest, non autem fideicommissarius, nisi in eius gratiam fideicommissum vniuersale non deducta quarta, ipsi voluerit hæres restituere *l.* 1. §. *inde Neratius. l. mulier* 22. §. *vlt. D. ad S. C. Trebellian.* Deinde verus hæres habet verum & quiritarium dominium in omnes res hæreditarias, fideicommissarius autem non habet nisi bonitarium *l. facta* 63. *D. ad S.C. Trebellian.* Neque enim facere poterit Senatus, vt duo essent domini eiusdem hæreditatis in solidum. Atqui post restitutam hæreditatem *ex S.C. Trebelliano*, manet hæres is qui semel fuit, § *restituta, inst. de fideicom. hæredit.* Cùm intersit cuiusque, vt pleniore iure sit dominus, & quiritarium dominium habeat potiùs, quàm bonitarium duntaxat *l. si finita* 15. §. *Iulianus. D. de dam. infect.* & *l.* 3. *D. si vsusfruct. petat.* & hæreditatis venditor non plus iuris in illam transferre possit, quàm ipse habeat, statim apparet interesse emptoris potiùs à vero hærede, quàm à fideicommissario accepisse. Igitur decepit venditor, qui quasi hæres vendidit, cùm tamen esset duntaxat fideicommissarius, & ideò tenebitur quanti emptoris interfuerit.

Ex quibus omnibus explicata manet nostra regula vniuersalis; quanta est hæreditas vendita tantam præstandam esse emptori à venditore, nisi dolus emptoris fuerit causa venditionis illius, ex illo enim tenebitur emptor, sicut & venditor, si aliquem commiserit, præstare enim debebit tantam hæreditatem quantam esse asseruerit, si sciens minorem esse, maiorem affirmarit.

Restant potiò circa hanc hæreditatis quantitatem plurimæ difficultates, quarum benè multas explicat *l.* 2. *D. de hereditate vendita.*

Quæritur enim primò an in definienda quantitate hæreditatis venditæ spectari debeat tempus mortis defuncti, an quo adita est ab hærede hæreditas, an tempus quo eam vendidit. Si enim primum dicatur, quidquid post tempus mortis defuncti, aut aditionem hæreditatis illi accesserit siue fructuum nomine, siue ex venditoris negotiatione, manebit apud venditorem; si verò tempus venditionis, in eam venient non tantùm quæ fuerunt mortis & aditionis tempore, sed etiam quæ post mortem aut aditionem accesserunt. Vt enim sapienter explicat Cuiac. *lib.* 21. *obseruat. cap.* 30. hæreditas licèt sit nomen iuris, accessionem tamen & decessionem recipit. Si quid igitur accesserit post aditionem, aut mortem; hoc in venditionem hæreditatis venit, si quid tamen hæredis facto decesserit, vt putà si ante hæreditatis venditionem rem quampiam hæreditatis vendiderit, aut donauerit, pretium eius præstare debet. Item si post venditionem rem aliquam nactus sit, eam præstare debet *l.* 2. *citata*, §. *sed & si*, & *l. venditor ex hæreditate* 2. *D. de hæred. vend.* Si igitur in exquirenda quantitate hæreditatis venditæ tempus venditionis spectare placeat, accessiones hæreditatem augebunt, decessiones verò facto hæredis contingentes, illam non diminuent. Multùm igitur interest in quantitate venditæ hæreditatis definienda quodnam tempus spectetur, an mortis, an aditionis, an verò venditionis ipsius, cùm pro diuersitate temporis aliquid decedere aut accedere possit hæreditati. Atqui tempus venditionis spectari affirmat Vlpian. *in l.* 2. *citata*, §. 1. quia plerumque inter vendentem & ementem id agi videtur, vt nec plus, nec minus iuris in emptorem transferatur, quàm penes hæredem futurum esset, si non vendidisset, & vt emptor hæredis vicem obtineat, vt proinde quod ex hæreditate peruenit venditionis tempore, aut subinde peruenturum erat ad hæredem venditorem, id totum perueniat ad emptorem, atque ita nullum lucrum nullumque damnum remaneat apud venditorem, sed quidquid commodi & incommodi est ad emptorem transeat, vt habetur *in ead. l.* § *sicuti*, & *in l.* 2. *C. eod.* Neque lanè fit

fit iniuria venditori, cuius incommodo aut damno non debet videri cedere, quod ab ipso factum est, ex quo vel lucrum ipse senserit, vel si non senserit, sibi debeat imputare cur fecerit. Denique nihil vulgatius est illa regula tempus cōtractus inspici oportere, *l. Rutilia Polla 69.* & *l. in l.77. D. de contrah. empt.* Quod secus contingit in testamentis, vbi de successione alicuius agitur; tempus siquidem mortis inspicitur, & in ponenda ratione Falcidiæ obseruatur, & tunc neque accessionibus augetur, neque decessionibus minuitur hæreditas, ideoque, inquit Cuiacius *leg. 4. citat.* si creditor filij patrem hæredem scripserit, lege Falcidia interueniente imputabitur in hæreditate, quod hæres defuncto debuit pro ratione peculij, quod fuit mortis tempore *l. eo tempore 50. §. si credit. D. de peculio.* cui solet opponi *l. si credit. 83. D. ad l. Falcidiam,* quæ conciliantur ex *l. cum quo. D. eod.* At verò si creditor filij patrem hæredem scripserit, & is porrò vendiderit hæreditatem, emptori de peculio tenebitur, quod fuit venditionis tempore, atque ita accipiendam esse monet Cuiac. *l. si creditor. D. de peculio,* & *l. 2. §. illud quæsitum. D. de hæred. vend.* Vbi additur id quod in rem patris, vel domini versum fuerit ex peculio serui vel filij, cuius creditor patrem, vel dominum hæredem scripsit, qui hæres eam deinde hæreditatem vendidit, teneri emptori de debito, quod creditoris debitum erat ex actione peculij, quia peruenisse dicitur ex hæreditate ad hæredem quidquid non esset habiturus alio hærede existente; non autem illud quod habiturus fuisset alio hærede existente. Atqui in nostro casu si pater aut dominus non fuisset hæres creditoris serui vel filij, non haberet illam peculij partem, quam alij hæredi actione de peculio, aut de in rem verso præstare cogeretur. Ad hunc igitur patrem, aut dominum creditoris hæredem peruenit illa peculij pars, illam igitur ipsam quam hæres hic creditori vel alij creditoris hæredi præstare tenetur actione de peculio, vel de in rem verso, debebit emptori; inspecta tamen quantitate quæ fuit, non mortis, sed aditionis tempore; vt in *l. si creditor 83. D. ad l. Falcidiam;* quia eo instanti debitor secum egisse, & compensasse intelligitur. In legatis quoque spectati tempus testamenti aliter quàm contingat in venditione hæreditatum diximus, quod demonstrat *l. 8. D. de auro & argento legat.* vbi si ita legatum sit, *Vestem meam, argentum meum damnas esto dare:* id legatum videtur quod testamenti tempore fuisset, refertque in eam Curiæ iudicatum an. 1613. 26. Ianuar. Mornac. *in l. 2. §. in hæreditate. D. de hæred. vend.* Cùm enim nescio quis Pictonicus sic in suo testamento scripsisset: *Lego quæstus meos,* & deinde aliquamdiu superstes plura sibi quæsiuisset, tribus matutinis sessionibus acriter agitata quæstione noua lucta post conditum testamentum negata sunt legatario.

9 Quæritur secundò quid sit ad venditorem hæreditatis aliquid ex hæreditate peruenisse, quandoquidem debet emptori tradere quidquid ad se ex hæreditate peruenit, vt constat ex priori quæstione. Et quidem vocis huius significatio nonnihil ambigua est, vt Brissonius, & alij Lexicographi obseruant: aliquando enim id peruenisse dicitur, quod cum effectu & citra metum ademptionis deuenit *l. nomen filiarum 164.* & *l. peruenisse 171. D. de verbor. signif.* vbi vide Rebuff. Aliàs peruenisse dicitur, etiamsi mansurum non sit, vt in *l. videamus, iuncta glossa D. quod metus causa.* Quibus omnibus omissis in nostro casu peruenisse de hæreditate dicitur id, quod iam venditor ex illa exegit, aut exigere potest: quod si iam corpora hæreditaria nactus sit, & debita exegerit, pleniùs ad illum peruenisse videtur, licèt nihil amplius quàm quod erat in actionibus habeat. Quare si tempore quo vendidit hæreditatem, nondum nactus est possessionem hæreditariam, nihil ad eum peruenit ex hæreditate præter actiones, quas habet ad ea corpora persequenda, nihilque aliud præstare debet emptori præter eiusmodi actiones. Cur enim præstare cogeretur corpora quæ nondum habet? sic enim peior esset eius conditio, quàm emptoris, estque peruulgata iuris regula, eum qui non alia de causa tenetur, quàm quòd habeat actiones, earum præstatione liberari, *l. quod debetur 51. D. de peculio, l. si quid possessor 31. in princ. D. de heredit. petition.* Si verò corpora aliqua hæreditaria vendiderit, eorum pretia ad illum peruenerunt. Neque enim ea habuisset, si hæres non fuisset. Quare illa præstare debebit emptori, alioquin omnia commoda hæreditatis in emptorem non transtulisset. Quod autem æris alieni est, & legata atque onera deduci debent ex hæreditate, si hæres illa soluit, quia illa ad ipsum non peruenerunt, neque ex ipsis locupletior factus est. Denique rerum donatarum pretia ab ipso præstari postulat æquitas; quamuis enim non possit dici venditor, factus locupletior ex rebus hæreditariis donatis ante venditionem, & diximus tempus venditionis inspiciendum esse in definienda quantitate hæreditatis venditæ, ideóque videatur venditor non teneri ad præstanda pretia rerum donatarum, sicut ad pretia rerum venditarum; quia tamen sufficit vel vno momento quidpiam ex hæreditate peruenisse ad hæredem, vt in perpetuum mansurum dicatur, si modò cum effectu peruenerit, *l. videamus 12. D. quod metus causa, l. cùm prætor 127. D. de regul. iur.* & res hæreditariæ quas hæres donauit, ad ipsum cum effectu peruenerint, antequam venderet hæreditatem, illas enim haberet, si non donasset; tenebitur illas præstare debebit emptori, aut earum pretia, sibi enim imputet quod donauerit, & factum suum luat, *l. factum 155. D. de regul. iur.* quare de suo facto satisdare debet, vt habet *l. 2. initio. D. de hæred. vend.* & inferiùs dicemus. Neque profectò ferendum est vt beneficus ex alieno fiat, esset enim quædam furti species. *l. si pignore 54. §. 1. D. de furtis.* Denique non permittit æquitas emptorem decipi, qui se amplam hæreditatem emere existimat, cùm tamen rerum hæreditariarum donatione, & venditione minuta fuerit.

Quæritur tertiò an non modò quod ad hæredem 10
venditorem hæreditatis ex illa peruenit, præstandum sit emptori, sed etiam quod ad venditoris hæredem peruenerit, simili ratione præstandum sit.

Resp. præstandum esse ex *l. 2.* quam versamus, §. 4. quia hæres appellatur etiam, qui per multas successiones hæres est *l. sciendum 70. iuncta l. ex illa part. 227. D. de verb. sig.* dicimusq; hęredē primi hęredis esse hæredem patrisfamilias *l. si quis 7. §. 1. D. de acquir. hæred. l. vlt. C. de hæred. instit.* Præterea quisquis hæres est, personam defuncti repræsentat, aut potiùs eadem cum ipso persona est fictione iuris, *Nouell. 48. de iureiurando à moriente præstito, initio.* Sicut igitur quidquid ex hæreditate vendita peruenit ad primum hæredem illius venditorem, præstandum est emptori, ita & illud omne quod ad illius venditoris hæredem peruenerit ex ea hæreditate vendita restituendum erit eidem emptori, non quasi venditionis tempore de eo fuerit aut actum, aut cogitatum, sed ex quadam consequentia neces-

saria talis venditionis. Quandoquidem nihil interest vt iure, an ex hæreditate vendita aliquod ad primum, aut secundum hæredem peruenerit, *l. videamus 17. D. quod metus caus.* & plurima consequuntur aliquando contractum, de quibus in illo cogitatum & actum non fuit *l. is qui 13. D. commodat.*

Quæritur quartò an hæres venditor hæreditatis teneatur præstare quod ad ipsum non peruenit ex hæreditate vendita, si sua culpa aut dolo malo non peruenit. Ratio dubitandi est, quia non tenetur venditor hæreditatis, nisi ad præstandum quod reipsa, & in effectu, vt loquuntur, peruenit ad ipsum: quoties autem factum est siue dolo, siue culpâ ipsius, vt aliquid ex hæreditate non perueniret, illud in effectu non peruenit; quare neque emptori præstandum erit.

Resp. nihilominus teneri hunc venditorem ad illa præstanda, quæ dolo malo impediuit, ne sd se peruenirent. Ita *l. 2. §. 5. D. de hæredit. vend.* Primò quia bona fides in contractu empti & venditi, cæterisque qui bonæ fidei appellantur, postulat ne dolus suus prosit alteri contrahenti, nihil enim tam bonæ fidei contrarium est, quàm dolus, *l. nihil consensui 116. D. de diuers. regul. iur. antiq. l. bonam fidem 4. C. de obligat. & action.* Emptori itaque hæreditatis præstandum erit quod dolo malo venditoris factum fuerit, vt non perueniret. Deinde qui dolo desiit possidere perinde habetur ac si possideret, *l. qui dolo 131. D. de regul. iur.* & quod quis dolo malo fecit ne inciperet possidere, perinde est ac si possideretur, & quod dolo fecit ne ad se quid peruenit et, ad eum peruenisse intelligitur, *l. summa 21. D. de peculio, l. 5. D. rer. amotar.* quare nihil prorsus interest an quid ex hæreditate ad hæredem peruenerit; an verò eius dolo factum fuerit ne perueniret.

12 Explicat deinde Iurisconsultus *in illo §.* quandonam hic venditor dolo malo fecisse dicatur, ne ad se quidpiam ex hæreditate perueniret. Primò si rem aliquam hæreditariam vendidit, & alienauit, aut debitori hæreditario acceptam fecit, quia licèt id possit facere tanquam hæreditatis dominus, & pro suo iure absque dolo, cùm tamen vendit deinde hæreditatem tanquam continentem, quidquid ad ipsum ex ea hæreditate peruenit, non detractis rebus venditis, aut debitoribus liberatis tanquam si nihil imminutum fuisset, dolum committit, & emptorem decipit.

Secundò dolus malus est cùm venditor hæreditatis facit ne hæreditati quidpiam adquiratur; quia si id acquisiuisset, hæreditatem auxisset magno lucro, & commodo emptoris cui deinde damnum reparandum est, ne dolus faueat venditori, quia quamuis eo casu non ditescat aliena iactura, cùm tamen animum habuerit nocendi emptori, ipsius malitiæ & dolo non est indulgendum *l. in fundo 30. D. de rei vindicat.* Neque insolens est dolum committi in omittendo id quod facere tenetur; quia tunc peccat & facit aduersus ea quæ facere debet, *l. qui non facit 121. D. de regul. iur.*

Dices; ergo qui pluribus creditoribus obnoxius est, neque soluendo, si amittat occasionem acquirendi vnde creditoribus satisfaciat, dicetur agere malo dolo, sicut & libertus qui patrono non acquirit, qood tamen negatur *l. quod autem 6. in princ. D. quæ in fraudem creditor.* & *l. 4. §. vtrum. D. si quid in fraud. patron.* quibus locis dicitur non facere in fraudem alterius, qui prætermit occasionem acquirendi, sed qui suum patrimoniū adhibuit.

Resp. discrimen esse inter debitorem, atque libertum non acquirentem patrono vnde soluat creditoribus, & venditorem hæreditatis, de quo disputamus; quia priores illi nullo contractu obligantur, vt sibi acquirant, sed duntaxat ne suo facto seddant deteriorem conditionem creditorum per fraudulentas alienationes: at verò venditor hæreditatis obligatur ex eo contractu præstare emptori quidquid ex illa hæreditate peruenit ad ipsum tanquam hæredem, ac proinde illud quod dolo malo impediuit ne hæreditati acquireretur, & quod si fuisset acquisitum, præstandum omninò esset emptori ex causa venditæ hæreditatis, quod idem dicendum erit in aliis omnibus qui & proprio contractu vel quasi contractu conueniuntur, *l. illud planè 7. §. sed & si mercem. D. de tribut. act. l. dolus est 44. D. mandati. l. dolo carere 41. D. ad l. Falcidiam.*

Tertiò simili ratione explicandus est dolus commissus à venditore hæreditatis in non adipiscenda possessione rei alicuius hæreditariæ, vt noceat emptori, cui proinde damnandus quanti eius interfuerit adeptam fuisse illam possessionem venditori. Sic malæ fidei possessor hæreditatis tenetur non modò de iis, quæ possidet, & de iis quæ dolo malo desiit possidere, perinde ac si possideret, sed etiam si alicuius rei hæreditariæ possessionē admittere voluerit, *l. sed & si 26. §. perinde, D. de hæredit. petit.* Atque in his omnibus debet esse dolus, mens, & animus nocendi emptori, vel illum dicipiendi: nam deperdita vel diminuta hæreditate sine dolo malo venditoris, nihil aliud præstare debet emptori, eo quod tempus venditionis, non mortis aut aditionis spectari debeat, vti diximus. Præstabit igitur dolum malum duntaxat, & latam culpam quæ dolo malo proxima est, non verò culpam leuem, multóque minus leuissimam.

Quæritur Sextò an venditor hæreditatis præstare debeat emptori lucrum, quod ex occasione hæreditatis percepit. 13

Resp. hoc lucrum vel licitum, vel illicitum esse; prius illud, quia ante venditionem hæreditate potitus est, illiusque tunc fructus percepit, aut debitum hæreditarium exegit; hoc debitum præstare debere venditorem iam monuimus; quia illud debitum pars erat hæreditatis, quæ reipsa peruenit ad venditorem, qui restituere debet quidquid ad ipsum peruenit. De fructibus hæreditatis perceptis aliud videtur; quia non aliud inter emptorem & venditorem actum & cogitatum esse apparet, quàm vt tota hæreditas, hoc est res omnes, & ius omne defuncti, quod ad hæredem peruenit aut peruenire potuit, transferatur in emptorem. Fructus qui quamdiu illam hæreditatem hæres tenuit, percepti sunt, neque cùm ad illum peruenit hæreditas in illa adhuc continebantur, sed futuri tantùm erant, & collecti sunt ante venditionem, ipsa comprehendi minimè videntur; quare quod dicitur in *l. 2. §. 9.* lucrum omne hæreditatis ad eius emptorem peruenire, explicarem de lucro, quod fit ab ipsa hæreditate, illámque auget. Lucrum illicitum ex hæreditate captum, est quod indebitum hæres exegit, quod emptori præstare omnino non debet; quia illud non percepit, quia hæres fuit, sed quia indebitum exegit; neque potest illud in emptorem transferre; sicut neque si quid indebitum solueret, illud ab emptore repetere. Sibi enim imputet quod non debitum ab hæreditate soluerit, quam culpam & imprudentiam neque hæreditas, neque eius emptor præstare sanè debet. Quod si à iudice fuerit

fuerit iniustè condemnatus soluere falso creditori hæreditario, si illi damnationi causam præbuerit hæreditas, quia fuit condemnatus tanquam hæres, & non ob proprium aliquod factum; & bona fide litem defendit, neque aut sua culpâ & negligentiâ, aut contumaciâ litem amisit, poterit quod soluit repetere. Ita ex Iuliano docet Vlpianus *citata l. 2. §. 7.*

14 Quæritur Septimò quænam actiones præstandæ, & credendæ sint emptori à venditore hæreditatis.

Resp. non modò actiones hæreditarias præstandas esse, sed etiam omnes quæ constitutæ sunt, & acquisitæ ab hærede per occasionem hæreditatis; quia eas non fuisset habiturus, si non fuisset hæres: v.g. si ante venditam hæreditatē hæres fideiussorem aut cautionē pignoratitiam acceperit à debitore hæreditario, aut si hæreditariā actionem nouauit siue nouatione voluntaria per delegationem, siue necessaria per litis contestationem *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. D. de nouat.* Ita Vlpian. *in citata l. 2. §. 8.* quia sufficit vt actiones causam habeant hæreditariam, aut debeantur illi ad quem transfertur hæreditas. *l. debitor 59. §. 1. D. ad S C. Trebellian. l. hæreditariam 40. D. de oblig. & action. l. hæreditarium 7. D. quibus ex caus. in possess. eat.* At verò tales sunt, quas modò numerauimus. Deinde nihil quod ex hæreditate fuerit, aut eius occasione fuerit acquisitum remanere debet penes venditorem hæreditatis, quod sæpius monuimus; id autem verum in primis est, quando illud quod sibi retinebit venditor, minueret hæreditatem, hoc est, faceret vt minor esset apud emptorem, quàm apud venditorem fuisset, quod omninò contingeret in istis actionibus à venditore constitutis occasione hæreditatis, & ab illo seruatis; v.g. nouatæ actiones, si nouatæ non essent, transferentur in emptorem; quia hæreditariæ erant, nunc autem per nouationem extinctæ sunt, ex eaque parte minorem faciunt hæreditatem, quàm esset, nisi in ipsarum locum substituantur aliæ nouæ, quas venditor hæreditatis sibi per stipulationem, vel litis contestationem constituit. Deinde si hæres, & venditor hæreditatis fideiussorem aut pignora accepit, tradita semel hæreditate emptori, inutiliter sibi illas actiones fideiussorias, & pignoratitias retineret. Cùm enim sint actiones accessoriæ, inutiles sunt sine principali; & cuius est principalis actio, eius quoq; debet esse accessoria. Cùm itaque venditor actionem principalem transtulerit in emptorem, accessoriam quoque transferre debet, ne nullo suo commodo, & magno emptoris damno illam retineat; quia emptor harum actionum nomine, quæ hæreditariæ non sunt, sed tantùm ex causa hæreditatis acquisitæ hæredi, nullam habet actionem; neque directam, neque vtilem, nisi ipsi à venditore cederentur. Illi igitur cedendæ & præstandæ sunt à venditore, *l. emptori 6. D. de hæred. vend.*

15 Quæritur Octauò quænam damna emptori hæreditatis ferenda sint, & quandonam venditor actionem aduersus illum habeat ex vendito.

Resp. ferenda esse omnia emptori damna, & onera quæ sunt hæreditaria, & quæ oneratura essent venditorem tanquam hæredem, si non ei præstaretur immunitas ab emptore: quæ verò onerant venditorem duntaxat tanquam venditorem, & non tanquam hæredem, ferenda erunt ipsi venditori, neque illorum immunitatem ab emptore repetere poterit. Hæc regula vniuersalis est & certa; nam cùm emptor loco & vice hæredis constituatur, eoque nomine lucrum omne ex hæreditate prouenient capiat, damnum quoque hæreditarium sentire ipsum oportebit. Neque æquitas patitur, vt venditor in illum vniuersa lucra transferat, ipse verò omnia damna hæreditaria sentiat: satis enim fuerit si damna quibus tanquam venditor, & non tanquam hæres premitur, sustineat, non autem emptor qui culpam venditoris luere non debet. Quæ omnia singularibus exemplis illustrabuntur.

16 Primò hæres ante venditam hæreditatem rem aliquam alienam pro hæreditaria, vel pignori obligatam pro libera, voluntariè, & non necessitate compulsus vendidit; deinde condemnatus est, & euicta fuit res vendita, totum illud damnum ferre debebit venditor, neque agere poterit ad sui indemnitatem; quia inquit Vlpian. *in l. 2. §. 10.* non est damnatus tanquam hæres, sed tanquam venditor, ipsiusque fuerat ante venditionem diligenter explorare; an res hæreditaria esset, an aliene, an obligata, an libera, & ipse facto suo tenetur, non emptor.

Si tamen pretium illius rei sic distractæ tradidisset emptori, actionem aduersus illum haberet ex vendito, vt ait ibid. Vlpian. quia qui pretium rei venditæ accipit, venditionem ipsam probat. Quare emptor hæreditatis nequit eo casu imputare venditori cur singularem aliquam rem vendiderit, cuius ipsemet pretium accepit: nam cùm lucrum ex ea venditione senserit, non debet recusare damnum, quod propter eam venditionem contigit venditori ex condemnatione.

17 Secundò eadē ex causa si venditor hæreditatis aliquid pro hæreditate dedit per se, vel per procuratorē, aut negotiorū gestorem: v.g. eandem hæreditatem petenti, aut petere volenti siue ex testamento, siue ab intestato, æquum est indemnem præstari ab emptore, restituto omni, quod dederit ea ex causa: quod æquè dicendum est, si quidpiam eadem ex causa promisit, ad idque se obligauit, quamuis nihil dum præstiterit *l. 2. §. 11. & vlt.* nam ratione hæreditatis aliquid non haberet hæres & venditor hæreditatis, quod haberet si non fuisset hæres.

18 Tertiò si venditor hæreditatis seruum excepit sine peculio, consequi debet ab emptore, si quid præstiterit eius peculij nomine, quod emptorem sequi debet, aut quod in rem defuncti versum est; quia in illis duobus casibus venditor soluisse videtur æs alienum hæreditarium, cuius soluendi onus hæreditatem sequitur, & ad hæreditatem pertinet: alioquin venditor esset in damno occasione hæreditatis. Quod si peculium illud non sequitur emptorem; v.g. pecunia seruo hæreditario credita in rem ipsius venditoris tota versa est, tenetur venditor actione de peculio, & de in rem verso proprio nomine; quia in rem ipsius versum, id est non in rem defuncti, aut hæreditatis; ideoque quamuis ex contractu serui hæreditarij conueniatur, nec alio iure quàm quod hæres sit, nihil tamen ratione eiusmodi actionis petere poterit ab emptore, eaque est mens §. 13. ex Iuliano ab Vlpiano desumpti.

19 Quartò si venditor hæreditatis seruum cum peculio excepit ea mente, vt quod ex peculio superesset, ad venditorem ipsum pertineret, & deinde conuentus de peculio aliquid præstiterit, illud ab emptore repetere nequit; quia excipiendo sibi peculium, hoc ipso suscepit in se totum onus peculij, & aliunde non cogetur quidquam de suo præstare.

ftare; quia executio actionis de peculio nunquam excedere poteſt quantitatem, quæ in peculio reperitur, ſi verò ea mens contrahentium fuerit, vt diuiſis creditoribus peculiaribus, quod ſupereſſet emptorem ſequeretur, totum illud peculium cum onere ſuo ad emptorem perueniret, ita vt ſi deinde noui creditores peculiares appareant, ex illo peculio quod ad emptorem pertinet, ſoluendi ſint, & quod venditor actione de peculio conuentus ſoluerit de ſuo ſupra eam quantitatem, quæ eſt in peculio, repetere poterit ab emptore agendo ex vendito, ſi fortè peculium apud ſe retinere deſierit: v. g. cùm eſſent in peculio trecenta, venditor conuentus ſoluit creditoribus peculiaribus ducenta, & exiſtimans omnibus fuiſſe ſatisfactum, tradit reliqua centum emptori hæreditatis; mox apparuere alij creditores peculiares, qui venditorem intra annum conuenerunt, & de ſuo ſoluere coëgerunt. Sanè illa centum iure ab emptore repetit, tum ex natura contractus, quandoquidem hoc eſt onus hæreditatis, & peculij quod emptorem ſecutum eſt, tum quia nihil potuit ſuperfuiſſe ex peculio, niſi vbi omnes, & ſinguli creditores peculiares diuiſi ſunt, eaque eſt mens *l. 2. citata in §. 13.* quem alioquin obſcurum fatetur Anton. Faber.

20 Quintò ſi venditor hæreditatis ædes ſibi exceperit, quarum nomine interpoſita eſt damni infecti ſtipulatio, ſiue ab hærede, ſiue ab ipſo defuncto; videndum erit quid actum ſit, an nempe venditor iſte in æde accipienda damni quoque infecti ſtipulationis onus ſubire voluerit, an verò id egerit, vt emptor hoc æs alienum ſolueret: in priore enim caſu onus erit venditoris, in poſteriore emptoris; quod ſi non conſtet quid actum fuerit, vtendum erit coniecturis: veriſimilius videtur id actum eſſe, vt eius damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem pertineat, cùm ſit onus hæreditarium; quod proinde ſequitur emptorem; reliqui autem temporis damnum pertinebit ad hæredem, qui excipiendo ſibi ædes, eùm hæreditatem venderet, totum onus ſtipulationis damni infecti ſibi ipſi impoſuiſſe videtur: eſt enim ſtipulatio damni infecti ædium, quæ ruinam minantur, & quarum nomine cauere cogitur is qui earum dominus eſt, aut ipſis carere, *l. prætor ait 7. §. 1. iuncta l. 4. §. duas, D. de damn. infect.* ac proinde eſt onus ædium, quod ſeparari ab ipſis ædibus, niſi expreſſa conuentione non poteſt, huc quoque pertinet *l. vlt. D. de hæred. vend.*

21 Sextò hæres Mæuij illam Mæuianam hæreditatem vendidit Seio, à quo deinde inſtitutus eſt hæres idem Titius, qui Seianam hæreditatem vendidit Attio: habebat autem Titius actionem ex vendito aduerſus Seium propter hæreditatem Mæuianam ipſi venditam, impenſas v. g. ab ipſo factas cauſâ Mæuianæ hæreditatis: quærebatur autem an Titius eandem actionem nunc habeat aduerſus Attium emptorem Seianæ hæreditatis, eo quod aditione & confuſione, ſublata atque extincta videatur actio ex vendito, quæ ipſi Titio competierat contra Seium Mæuianæ hæreditatis emptorem, atque non illi competere aduerſus Attium emptorem Seianæ hæreditatis, neque fuit in poteſtate Titij vendendo Seianam hæreditatem Attio facere vt actio in Seium, quæ per aditionem extincta fuerit, reuiuiſcat, *l. qui res 98. §. aream. D. de ſolution.* nec rurſus vt ſine actione contra Attium agere, & experiri queat, *l. ſi pupilla, 6. §. vlt. D. de negot. geſt. l. quoties 9. §. & generaliter. D. de admin. tutor.*

Reſpondet nihilominus Vlpian. *in citata l. 2. §. 15.* eam actionem competere Titio aduerſus Attium; quia id videtur actum inter Titium & Attium, cùm Titius vendidit hæreditatem Seianam, cùm fuiſſet inſtitutus à Seio poſt venditam illi Mæuianam hæreditatem, vt quidquid Titius propter venditam hæreditatem Mæuianam Seio à quolibet extraneo Seij hærede petere, & conſequi actione ex vendito poſſet, id ipſum petat, & conſequatur ab Attio, qui emit hæreditatem Seij, ideóque vicem hæredis ſuſtineat. Neque deterior eſſe debet cauſa Titij, aut Attij melior quàm ſi per alium quempiam, quàm Titium Seij hæreditas ad Attium ex cauſa venditionis perueniſſet. Quamois igitur actio ex vendito, quæ competebat Titio aduerſùs Seium propter venditionem Mæuianæ hæreditatis, extincta ſit per aditionem Seianæ hæreditatis, non minùs tamen idcircò tenetur Attius Titio actione ex vendito, vt tanquam emptor hæreditatis Seianæ Titio præſtet quidquid præſtare teneretur, ſi hæres ipſe Seij fuiſſet, aut quantum præſtare cuilibet alius hæres teneretur; alioquin non eſſet in omnibus vice hæredis. Ita fuſiùs Anton. Faber.

Septimò onera tributorum, & vectigalium rebus hæreditatis impoſita pendi debent ab emptore hæreditatis; id enim ea venditione agitur, vt emptor & non venditor ſit loco hæredis, & in illum commoda & incommoda hæreditatis tranſire debent *l. 2. §. 16.* quare & Labeo & Iauolenus relati *§. ſequenti 17.* volunt impenſam funeris deberi venditori ab emptore hæreditatis, licèt illa impenſa ante venditam hæreditatem facta fuerit; quia impenſa funeris hæreditaria eſt, & ex hæreditate ante omnia deducitur *l. pen. D. de religioſ.* omnia verò, vt iam diximus, onera hæreditaria ſequuntur emptorem. 22

Octauò licèt quis debitori ſuo hæres extiterit, ſi eam hæreditatem vendiderit, poterit contra emptorem hæreditatis agere, non prima quidem illa actione hæreditaria, quæ ipſi aduersùs defunctum competebat, illa enim confuſione ſublata & extincta eſt, cùm nemo ſui ipſius debitor, aut creditor eſſe queat, & actio ſemel extincta nunquam reuiuiſcat, vti ſæpius monuimus, ſed actione ex vendito; quia inter venditorem, & emptorem hæreditatis id actum eſſe intelligitur, vt nec plus, nec minus ad emptorem, qui loco hæredis erat, perueniret quàm penes hæredem futurum eſſet. Atqui ſi emptor hæreditatis inſtitutus fuiſſet venditor, qui idem creditor eſt; totum ius crediti ſui retineret; quamuis igitur qui vendidit hæreditatem ſit ipſe hæres, æquiſſimum videtur vt emptor hæreditarium debitum ipſi perſoluat eo caſu, quo ipſe hæres, aut defunctus teneretur. Ita §. 18. Huc quoque ſpectat *l. 42. D. de hæredit. vend.* 23

Nonò hæres inſtitutus qui aditione hæreditatis ſeruitutes prius ſibi debitas confuſione amiſit, eo quod factus ſit dominus vtriuſque prædij dominantis, & ſeruientis, ſi deinde vendat hæreditatem, poterit actione ex vendito experiri aduersùs emptorem, vt ſibi ſeruitutes illæ reſtituantur. Ita *l. 2. §. 19.* cuius aſſertionis eadem eſt ratio, quæ ſuperioris, id ſiquidem actum eſt in eiuſmodi venditione, vt emptor pro hærede conſtituatur, & tanquam pro reſtituto habeatur, & nec plus, nec minus iuris tranſeat in emptorem, quàm futurum eſſet apud hæredem ſi non vendidiſſet, aut ſi ipſemet emptor inſtitutus fuiſſet: quo caſu non fuiſſent ſeruitutes aditione confuſæ; quia non fuiſſet domi- 24

nus

nus prædij dominantis & seruientis. Restitui igitur debent illæ seruitutes per actionem ex vendito, siue quæ nascitur in consequentiam eiusmodi venditionis.

24 Dices hæredem eundemque venditorem, sibi ipsi imputare debere, quod hæreditatem adierit, atque ita confusione sibi debitas seruitutes amiterit, & quod deinde hæreditatem eandem vendiderit; cut enim cùm suo facto sibi ipse libens nocuerit, id præstabit emptor suo damno, & actione pulsatus; non enim facilè succurrendum est ei, qui facto suo & voluntate damni occasionem sibi dedit, sed ei qui quantùm potuit sibi prospexit, sed inutiliter, *l. 3. D. de separat.* Neque dicas restituendas esse à legatario seruitutes, quæ per aditionem confusæ sunt, *l. Papinianus 18. D. de seruitut.* Ratio enim aperta est, quia legatarius nequit imputare hæredi, cur hæreditatem adierit, si enim non adiisset, legatum intercidisset, nec potest quisquam imputare factum alteri ex quo ipse lucrum sensit, *l. si extraneus 33. l. quod in fundo 78. §. quod si mulier, D. de iure dot.*

Respond. non posse etiam emptorem hæreditatis imputare hæredi cur hæreditatem adierit, & vendiderit; si enim vtrumque illud non fecisset, non potuisset emptor consequi venditione eiusmodi hæreditatem; quare eadem est in hac re emptoris, & legatarij causa, & longè aliud est cùm quis alienum prædium suo seruiens acquisiuit, qua ratione confusione extinguitur ea seruitus, si deinde illud prædium seruiens vel suo primo venditori, vel alij cuipiam vendat, non restituetur illa seruitus; quia in emptione rei singularis non id agitur, vt venditor indemnis seruetur, siue cùm vendit, siue cùm redimit, *l. si quis ædes 29. D. de seruit. Vrban. præd.*

25 Decimò, venditor hæreditatis, qui propter illam est ciuiliter obligatus, licèt nihil dum præstiterit; quia tamen ex ea obligatione necessitatem habet soluendi, actionem habet ex vendito aduersus emptorem, vt ipsemet soluat, aut si quid præstitit venditor, ipsi restituat, *l. 2. cit. §. vlt.* Ratio est sæpius allata, quia neque damni, neque lucri quidquam ex hæreditate remanere debet penes venditorem, sed totum quidquid est ad emptorem transire oportet.

26 Ideóque si venditor hæreditatis exactam à se pecuniam hæreditariam sine dolo malo, vel culpa vendiderit, non tenebitur illam emptori restituere. Ita sentit Pompon. *in l. 3. D. de hæreditat. vend.* quia non tenetur venditor, nisi ad id quod ad ipsum ex hæreditate peruenit ante venditionem; peruenisse autem non videtur, quod venditor quidem exegit, sed sine dolo malo, & culpa perdidit ante venditionem: quare illud non debebit emptori præstare, esserque contra bonam fidem cogere illum ad dandum, quod non habet, si in non habendo neque dolus, neque culpa commissa fuit.

27 Huc pertinet quoque illa quæstio de qua *in l. 18. D. de hæredit. vend.* An si quis ex pluribus hæredibus antequam cæteri cohæredes adirent hæreditatem, totum aliquod defuncti testatoris debitum soluerit, neque possit à suis cohæredibus propter eorum inopiam quod pro ipsis exoluit, recipere, habeat actionem ex vendito aduersus emptorem hæreditatis ad totum illud debitum, quod ipse vnus soluit, repetendum. Ratio difficultatis est quia non videtur æquum, vt is qui suam portionem hæreditatis vendidit, reposcat ab emptore quod pro suorum cohæredum portionibus soluit, alioquin emptor illius partis hæreditariæ plus obligaretur, quàm ipse venditor fuisset obligatus. Deinde cùm onus æris alieni diuidatur inter cohæredes pro hæreditariis portionibus ex lege 12. tabular. *l. 1. C. si certum petat. & l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hæredib. debit. vel credit.* & emptor iste qui vnam tantùm partem hæreditatis emit non succedat in locum omnium hæredum, non tenebitur debitis hæreditariis, quæ omnes cohæredes contingunt; neque aliud præstare cogitur venditori quàm quod quasi hæres persoluit. Denique non potuit venditor partialis hæreditatis totum debitum illud hæreditarium soluisse iure hæreditario, cùm non fuerit hæres nisi ex parte.

Respond. duplex debitum hæreditarium, siue defuncti testatoris distinguendum esse; vnum est simplex, aliud sub pœna. Si vnus ex cohæredibus prius illud debitum soluat pro sua portione hæreditaria, se teueri à liberat, neque cogi potest, vt pro cohæredum portionibus soluat, imò si soluat, obligabit cæteros cohæredes actione quidem negotiorum gestorum, sed non familiæ Ercifcundæ; quia potuit ita suam partem soluere, vt non cogeretur socij partem soluere *l. liberto 31. §. vlt. l. si communes 40. D. de negot. gest. l. ab vno 19. C. eod. l. hæredes 25. §. non tantùm, D. famil. Ercifcund.* Hoc igitur casu venditor partis hæreditatis sibi contingentis habebit actionem ex vendito aduersus emptorem ad consequendam immunitatem eius, qui tanquam hæres pro sua parte hæreditatis, & propter suam partem persoluit; non verò si totum debitum pro aliis cohæredum portionibus soluit; quia illud totum non persoluit iure hæreditario, neque ad id cogebatur, neque socios obligauit actione familiæ Ercifcundæ, vti diximus; quare si pro cæteris cohæredibus temerariò soluit, sibi tribuat, neque enim ab emptore illius partis hæreditatis, quam ipsi vendidit aliud reposcere potest, quàm quod iure hæreditario præstitit.

Aliud verò est debitum testatoris quod est sub pœna, ita vt neque pignus liberare, neque pœnam non soluenti impositam vitare possit cohæres, etiam pro parte hæreditatis sibi contingente, nisi totum debitum soluerit; quia hac in parte obligatio indiuidua est, *l. hæredes 27. §. idem iuris est, D. famil. Ercifcund. l. 5. §. vlt. l. in executione 65. §. pen. D. de verbor. obligat.* & si aliter fieret, manifesta foret creditoris iniuria. Si igitur vnus ex cohæredibus ad pœnam vitandam, aut pignus liberandum totum debitum persoluerit, illud tanquam hæres, & iure hæreditario soluisse censendus est, causam siquidem habuit propter suam partem liberandam gerendi negotij pro omnibus. Soluit quidem propter suam partem, sed non pro sua tantùm parte, sed totum debitum, ac proinde totam illam pecuniam iure hæreditario dedit. Quod inde fit manifestum; quia accepto inter illos cohæredes familiæ Ercifcundæ iudicio, tota illa pecunia in iudicium deducetur, tanquam soluta ex iuris necessitate ab vno ex cohæredibus, qui non poterat aliter suam partem expedire, & liberare, *l. hæredes 25. §. non tantùm, D. famil. Ercifcund.* Atqui illo iudicio nihil amplius quisque à suis cohæredibus consequi potest, quàm quod tanquam hæres impenderit, *l. puto 16. §. sed & si dolo, & l. qui erat 49. D. famil. Erifcund.* Cum igitur tota illa pecunia pro cohæredum portionibus debita, & soluta in iudicium familiæ Ercifcundæ deducatur, iure hæreditario solutam fuisse oportet. Hoc igitur casu cohæres venditor suæ partis hæreditatis, totam pecuniam, quam

quam iure hæreditario pro cæteris cohæredibus soluerit, quamque propter ipsorum inopiam recuperare non potest, iure repetet ab emptore suo actione ex vendito, aut ex stipulatu, vt sapienter respondet Iulianus *in l. si ex pluribus* 18. *D. de hæredit. vend.* alioquin damnum patetetur venditor, qui nihil nisi vtiliter, & ex iuris necessitate fecit, actionem enim quam aduersùs cohæredes habet iudicio familiæ Erciscundæ, eludit, & inanem reddit ipsorum inopia, in cuius subsidium tantùm venire debet emptor. Cùm enim venditor totum debitum soluit, hoc duntaxat egit, vt sibi cohæredes obligaret, non autem emptorem. De quo nihildum cogitabat.

28 Vndecimò venditor hæreditatis interposita stipulatione rem aliquam hæreditariam contra possessorem persecutus est, eamque obtinuit, ac posteà vendidit alteri. Quæritur quid deinde vi stipulationis debeat hæreditas emptori. Ratio difficultatis est, quia stipulatio venditæ & emptæ hæreditatis, quæ in vendenda hæreditate interponi solet, obligat venditorem, qui simul promissor est, præstare emptori quidquid ad ipsū ex hæreditate peruenerit. Atqui in hoc casu res hæreditaria, quam aduersus possessorem persecutus est, ad ipsum peruenit, & deinde cùm illam vendidit, eius pretium. Committeretur igitur bis illa stipulatio; primò quidem ratione rei hæreditariæ, deinde ratione pretij ipsius: quod absurdum videri non debet, cùm non committatur bis circa idem; aliud siquidem est res, aliud eius pretium, siue æstimatio *l. si alij* 41. §. 1. *D. de vsufruct.*

Certum tamen est hunc venditorem non teneri præstare emptori, nisi vel rem hæreditariam, vel eius pretium, neque hanc stipulationem interpositam in venditione hæreditatis posse bis committi, ratione rei, nempe & pretij; quia stipulatio ista non obligat venditorem, nisi vt præstet quidquid ad ipsum peruenit ex hæreditate, illud enim duntaxat interest emptoris; non potest autem dici ipsius interesse duplici ratione, nimirum rei & pretij ipsius, cùm fieri nequeat vt quis ex vna eademque causa habeat, vel postulet simul rem & pretium: namqui rem habet, eius pretium æquiualenter, siue vt alij dicunt, eminenter iam habet, §. *si res aliena. inst. de legat. l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum. D. de legat.* 1. Deinde qui pretium accipit eo ipso significat velle rem manere apud illum, à quo pretium accepit, alioquin dolo malo & rem & pretium simul habere vellet, *citato proximè* §. *qui seruum, l. ex empto* 11. §. *qui autem. l. bona fides* 50. *D. de actionib. empt. l. seruum Titij* 49. *D. mandati.* Committetur igitur tantùm semel ista stipulatio ratione rei vel pretij, vel alterutrum duntaxat venditor hæreditatis præstare debebit emptori: vtrum autem ex illis duobus debeat, dubiæ quæstionis est, quam Paul. *in l. venditor* 21. *D. de hæred. vend.* dirimit hac distinctione; an stipulatio sequuta fuerit vel præcesserit venditionem rei hæreditariæ, si enim venditio rei illius hæreditariæ præcesserit stipulationem in venditione hæreditatis appositam, non actum videtur vt venditor præstaret rem hæreditariam, quam amplius non habet, sed pretium eius duntaxat, quia ad illum ex hæreditate vel peruenerat, vel peruenturum erat. Si autem stipulatio præcessit venditionem rei hæreditariæ, manifestum est contrahentes in stipulando non cogitasse de pretio rei, quæ nondum vendita erat, sed de ipsa tanquam hæreditariā, vnà cum reliqua hæreditate præstanda à venditore, penes quem adhuc residebat, & ad quem ex hæreditate peruenerat, eius autem pretiūm nondum ad venditorem peruenerat, neque peruenire poterat ante rei illius hæreditariæ venditionem; quæ omnia pluribus eo loco illustrat Anton. Faber. & nos inferiùs dicemus, vbi de obligatione venditoris in vniuersum disputabimus.

Duodecimò venditor hæreditatis, qui totum pretium non accepit, habet ius quamdiu reliquum soluatur retinendi pignora hæreditaria, quasi nomine pignoris, vt scribit Scæuola *in l. hæreditatis* 23. *D. de heredit. vend.* non quasi reuera pignus contractum sit: neque enim venditor rem à se traditam, & ab alio possessam persequi iure pignoris ad pretium obtinendum potest: alioquin faciet iacturam rei, & pretij si qui alij creditores pignoratitij anteriores existant, nisi speciali conuentione sibi prospexerit: nihilominus tamē antequam rem venditam tradat emptori illam retinere poterit iure pignoris donec totum acceperit pretium, sicut & emptor retinere pretium donec res ei vendita tradatur, quod si venditor rem venditam tradiderit ante solutionem pretij, nullum ius habet, neque actionem pignoratitiam ad rem suam persequendam; quod mirum videri non debet: nam qui solas habent retentiones, si illas omittant, nullum deinde post omissam, amissamque retentionem ius habent ad rem persequendam, *l. si in area* 33. *D. de cond. indeb. l. hæres* 21. *D. ad S C. Trebell.* Omne quidem pignus infert ius retentionis; sed non omne ius retentionis est ius pignoris, sed quasi pignoris, quia primus effectus pignoris consistit in retentione qua pignus coniunctum est cum possessione *l.* 1. *D. de pignor.* 29

30 Ex his tandem omnibus explicatam habes stipulationem hæreditatis emptæ & venditæ: & ex parte quidem emptoris hæc interponitur ex veteri formula: *Quanta pecunia ad te ex hæred tate illa peruenerit, doloue malo tuo factum est, eritue, quominus perueniat, tantam præstari.* Habetur *l.* 50. *D. de verbor. obligat.* Non refertur autem formula stipulationis ex parte venditoris, certum tamen id potissimum est ab emptore caueri consueuisse quantam pecuniam venditor hæreditario nomine dederit, soluerit, præstiterit, tantam se venditori præstiturum *l. si ex pluribus* 18. *D. de hæredit. vend.* In his verò stipulationibus pecuniæ nomine, etiam corpora hæreditaria designantur: vidimus autem hactenus quid venditor hæreditatis præstare debeat emptori, nimirum quidquid ad illum ex hæreditate peruenit, aut peruenire potuit, si dolo malo vel lata culpa ne perueniret, impediet. Vnum duntaxat superest quærendum, an venditor de euictione satisdare debeat; quod negat Vlpian. *in l.* 2. *init. D. de hæred. vend.* vbi satisdare est cauere, non fideiussores date: nam neque quilibet alius venditor dat fideiussores de euictione. Venditor igitur præstare quidem debet hæreditatem, & se hæredem esse, si quid tamen ex corporibus hæreditariis abiecit, neque eo nomine cauere debet, neque eo nomine tenetur emptori, quia id tantùm agitur, vt ex ea venditione tantùm habeat emptor, quantùm habiturus est venditor & hæres; quare si res euicta non sit hæreditaria, de euictione nihil agi potuit, quia non fuit actum vt res non hæreditaria veniret; si autem res euicta, fuit hæreditaria, iniuria Iudicis non obligare debet venditorem.

CONSECT.

CONSECTARIUM IX.

De venditione actionum, & nominum.

Nomina & actiones vendi poßunt. 1.
An actio iniuriarum vendi poßit. 2.
Ad quid teneatur venditor nominis. 3. 4.
Ad quid etiam venditor actionis. 5.
Quid poßit actionis emptor. 6.

1 ACtionis voce eompletimut nomina, chitographa, obligationes, & actiones quæ ex iis nascuntur, *l. chirographum* 59. *D. de legat.* 3. siue pura sint, siue sub conditione, siue in diem, *l. nomina* 17. *de heredit. vend.* siue actiones teales, siue personale; atque hæc omnia nomina vendi posse certum est. De nominibus quidem in diem, aut sub códitione, de quibus maior videri posset esse difficultas, id disertè affitmat Iurisconſ. *in l.* 17. *D. de hered. vel action. vend.* Estque euidens ratio, quia licèt debitor in diem aut sub conditione nequeat ad solutionem vrgeri antequã cescerit dices, & códitio posita fuerit, verè tamen debitor est, & die atque conditione adueniente æquè erit obligatus, atque si purè contraxisset debitum, & ab illo etiam inuito poterit exigi debitũ. Denique adiectio conditionis non facit quominus nascatur obligatio, sed eius executionem suspendit vsque in euentum conditionis, vti diximus alias, ideóque conditionalis obligatio etiã pendente conditione transmittitur ad hæredes, *l. is cui* 42. *D. de oblig. & action.* & §. *ex conditionali, inst. de verb. oblig.* quidni igitur vendi donari, & pignotari poterit. Obserua tamen plurimùm interesse an obligatio vendita, sit códitionalis; an verò ipsa venditio sit conditionalis: nam pura potest esse obligatio, & eius venditio códitionalis: aliàs autẽ pura est venditio, & obligatio vendita conditionalis. Priore casu, deficiente conditione nulla est venditio, vti cótingit in omnibus aliis contractibus códitionalibus. Posteriore casu valet statim venditio, cùm pura sit, & nomen conditionale vendi possit, vt diximus ex *l.* 17. *cit.* & ita intelligenda quoque est *l.* 19.

2 Possunt verò actiones ignorante atque etiam inuito eo contra quem mandantur, vendi, & donari *l.* 1. *C. de nouat. l.* 2. *C. de nouat. l.* 3. *C. de heredit. & action. vend.*

Quæritur autem an actio iniuriarũ cedi possit alteri, negantq; passim interpretes cum glossa *in l. iniuriarũ, D. de iniur.* posse ante litis contestationem, quia inquit glossa, *non sunt in bonis.* Bald. verò, quia actio iniuriarum non nascitur ex pacto, sed contumelia, vnde non transmittitur ad hæredes. Sanè si ego iniuria pulsatus, nunquam conquestus, aut contestatus fuerim, quid eo nomine me decedente erit hæreditarium, quidve mei hęredis interest, si iniuriã, vel cótumeliam mihi illatam certis ex causis, mihi etiam fortassis soli notis, remittere voluero? neque enim hæres censor esse debet morum defuncti, *l. rei iudicata* 15. §. 1. *D. soluto matrim.* Aduersus hanc distinctioné plura Anton. Faber. *in l.* 4. *D. de hered. vel action. vend.* Litem dirimit alia distinctione Mornac. *in l. vlt. C. de hered. & action. vend.* vel qui iniutiã passus est, diutiùs postea vixit, nihil tamen quæstus est, & tunc nihil eo casu hæreditarium erit; aut paulò post iniuriam acceptam decessit, neq; soli defuncto, sed & ipsi familiæ censetur iniuria illata fuisse; & tunc liberi iusta ex causa cóqueri poterunt. Quod si de vlciscenda nece agatur, ad liberos etiam non hæredes pertinebit, laudatq; eam in rem Senatusconsulta Mornac. Imò ad liberos non ad hæredes transire hæc iura latè habet Tiraq. *de retractu* §. 26. *glossa.* 1. *n.* 68. Vide & Chopin. *de morib. Paris. lib.* 2. *titulo* 1. & *de morib. And. lib.* 2. *part.* 3. *c.* 2. *tit.* 3.

Hac actionis venditiune tenetur tantùm vendi- 3
tor actioné præstare, non autẽ vt nomé exigi possit, *l. si plures* 74. §. *vlt. D. de euict.* & *l. cùm is qui* 36. *D. de fideiuss.* dolum tamen præstare cogitur, scribitque Celsus venditoré nominis non debere præstare debitorem esse locupletem, sed duntaxat debitoré esse, nisi aliud conuenerit. Ita habetur *in l.* 4. *D. de heredit. vel action. vend.* Et sanè aliud est nomen vendere, aliud verò nomen bonum vendere. Nam qui nomé simpliciter dicit, debitoré tantùm significat, qui bonum nomen, locupletem debitorem, qui soluendo sit, *l. inter causas* 26. §. *abesse, D. mandat*: & debitor qui non est soluendo, verè tamen est debitor, cùm possit conueniri, nec vllam habeat exceptioné, *l. creditores* 10. *l. crediter* 55. *D. de verb. signif.* Deniq; propriissimè debitor est à quo etiã inuito pecunia exigi potest, *l. debitor* 108. *D. eod.* quę potẽtia non excludit soluendi difficultatem, sed & ius ad excludendã exceptioné quæ & actionem & exceptioné excludat: non enim quidquã refert vel iure non debeat, vel aduersus creditoré & actorem exceptione perpetua se tueri possit, tunc enim ab eo exigi nequit debitũ. At verò licèt quis ad eam inopiam redactus sit, vt neq; pecuniã domi habeat, neque aliunde habere possit, verè debitor est & conueniri, dãnari, tradiq; in carcerem poterit, nisi imploret beneficiũ legis Iuliæ, de cessione bonorũ, *l.* 1. *C. qui bon. ced. poss.* omnia siquidé ista facultaté, & difficultaté aliquid dandi respiciũt, quæ non impediunt ius obligationis. Denique cùm venditor nomen duntaxat vendiderit, non bonũ nomen, satisfacit emptori, si illi pręstet, quod vendidit, nomen videlicet, aut debitoré, sibiq; tribuere debet emptor, qui nomen emit quale quale esset, neque priùs explorauit an bonũ, an malum esset. Quod veriùs multò fuerit si conuentum fuerit vendi nomen illud quale fuerit, vt *in l. antep.* §. *vlt. D. de euiction.* aut si post venditionem factum sit minus idoneum nomen; nam in omni re vendita periculum damni ex postfacto contingentis ad emptorem spectare debet, *l. pupilli* 96. §. *soror. D. de solution.* & *l. Lucius* 11. *D. de euict.* & nos dicemus *art.* 6.

Debet igitur hic venditor nominis præstare debitorem esse, & sine exceptione, vt dicitur *in l.* 5. *D. de hered. vel action. vend.* quod de exceptione perpetua intelligo, cuius nimirum æquitate se tueatur, & impediat tum actionem, tum condemnationem, *l. nihil interest* 112. *D. de regul. iur. l. qui exceptionem* 40. *D. de condict.* quia, vti iam monui, talis debitor verè, & propriè debitor non est, sicut neque creditor, qui si agere velit, exceptione perpetua repelletur. Secus contingit in exceptione temporali, quam creditor euitare potest, non agendo nisi post illud tempus, nisi & ipsa actio æquè temporalis sit, & cùm exceptione illa temporali concurrat.

Secundò obligatur venditor nominis, si certæ 4
summæ illud esse dixerit, ad præstandam eam summam, si inane fuerit nomen, vt dicitur *in l.* 5. *D. de hered. vel action. vend.* quia ex natura actionis ex empto debet venditor præstare præter sumptus, id omne quod emptoris interest, *l. si in venditione* 60. *D. de euiction.* non potest autem minoris interesse emptoris, qui nomen quasi verum, quod tamen nullum erat, emit, quàm quantę summæ debitor dictus est à venditore is, cuius tanquam debi-

toris nomē venditum fuit, tanti enim nomen emit, vt ex eius persecutione summam consequeretur, cuius ille debitor esse dicebatur à venditore. Quod si incerta dicta fuerit, debebit venditor quanti interfuerit emptoris, vt pretium quod dedit, & si quam impensam aliam in emendo fecit, vt dicitur *in eadem l.5.* de cuius obseruatione & intelligentia ex moribus Gallicis consule Mornacium *in notis ad illam.*

Tertiò venditor nominis præstare debet emptori pignoris persecutionem. Ita Paul. *in l.6. D.de hered. vel action. vend.* quia sic venditor intelligitur vendere nomen quale est, ex *l.4. D. eod.* & *l.antep.§. vlt. D.de euiction.* Si igitur nomen fuit pignoratitiū, pignoris persecutio consequenter vendita censetur, quæ ideò præstanda, & mandanda est emptori, vt possit exercere directam actionem nomine venditoris, quam ex propria persona nequit habere, licèt ex rescripto Diui Pij habeat suo nomine vtilem, non solùm in personam debitoris, sed & in pignora, quæ in eius debiti causam debitor dederit, *l. in solutum 6. C. de obligat. & action. iuncta l. si cum emptore 16. D. de pactis*, & *l. 5. & 8. C. de hered. vel action. vend.* Et quamuis in ipsa venditione actionis principalis nulla facta fuerit mentio pignorum, vel intercessorum, omnia tamen quæ ex ea causa venditori competebant iam aduersus rem, quàm aduersus huius debiti intercessores, vendidisse censetur, ideóque id præstare debet *l. 23. D. de hered. vel action. vend.* Neque loquimur duntaxat de venditione nominis hæreditarij, pro quo data sunt pignora tum ipsi defuncto, tum eius posteà hæredi; sed de pignoribus quoque ipsi hæredi datis, quia licèt pignus non sit ex hæreditate, per occasionem tamen hæreditatis acquisitum fuit, estque accessorium debiti principalis, quod hæreditarium est. Denique hoc pignus inutile manet apud venditorem, translato in emptorem debito principali, neque eodem iure esset nomen penes emptorem, quo fuit penes venditorem, vt tamen esse oportere diximus. Ex quibus omnibus tandem fit, vt licèt ex sola vi venditionis nominis actio hypothecaria, siue directa, siue vtilis non transeat in emptorem, cedenda tamen, & præstanda sit emptori à venditore.

5 Quartò venditor actionis aduersùs principalem rem, cedere tenetur omne ius, quod ex ea causa illi competit tam aduersùs ipsam rem, quàm aduersùs intercessores eius debiti *l. 23. D.de hered. & action. vend.* quia reuerà id agitur inter venditorem & emptorem actionis: neque æquum est vt translata actione principali, cæteras accessorias obligationes & vtilitates sibi retineat venditor, cùm accessoriæ ius principalis sequi omnino debeant.

Dices venditorem actionis retinere adhuc actionem directam, cui proinde accessiones possunt adhuc adhærere.

Respond. etiam emptorem posse nomine, & ex persona venditoris directam & vtilem ex propria exercere, vti iam monuimus ex *l. 5. & 8. C.de hered. vel action. vend.* Deinde si venditor ad suam vtilitatem experiri velit actione directa, poterit repelli exceptione, siue emptor fuerit litem prius contestatus, siue aliquid ex debito iam acceperit, siue denique inhibuerit debitori ne venditori solueret. Inutilis igitur erit ea actio accessoria, quam sibi retinebit venditor.

Quintò nominis venditor quidquid vel compensatione, vel exactione fuerit consequutus, integrum emptori restituere compellitur *l. 23. cit.* Hæc omnia sunt effectus & vtilitas nominis venditi.

Sextò Denique obserua ex Anastasij constitutione, non licere ei cui ceditur actio plus exigere quàm quantum pretij soluerit, *l. pen. C. mandati*, quod aduersùs redemptores litium constitutum esse constat, qui ex litis euentu certam sibi quantitatem paciscuntur *l.9.§.1. D.de offic. proconsul. l.6. §.vlt.* & *l.7. D. mandati.* Illam porrò Anastasij constitutionem in Gallia receptam esse amplissimi ordinis decreto in purpuris pronuntiato ann. 1686. pridie Virginis Assumptæ, cùm ætate Rebuffi nondum acceptata foret, obseruat Mornac. quæ tamen constitutio non obtinet in eo, qui quidpiam iuris habet in re controuersa, emit enim ille cætera iura, vt suo caueat, & lites præscindat potiùs, quàm seruet. Iudicatum quoque refert die 9. Mart. an. 1605. dominum feudi, posse ex ea lege Anastasij agere, vt eodem refuso pretio retrocidatur ei, quod dominus feudi cesserit: in cæteris verò, quamdiu sub Iudice lis est, refundi emptori poterit pretium verum, & non simulatum, quod venditori pro re litigiosa numerauerat. De pactis & cessionibus ac redemptionibus litium alibi commodior erit dicendi locus. 6

Consectarium X.

An liceat pretium lege definitum excedere.

NOnnumquam Principes & Reipublicæ definiunt suis legibus pretium rerum quarumdam vænalium, sicut & aliquando quænam res licitè vendi possint. De his posterioribus legibus, quę quarumdam rerum commercia prohibent, fusiùs diximus *lib. primo, cap...* quibus teneri omnes etiam docuimus. De legibus quoque pretia rerum taxantibus monuimus *art. 3. hoc ipso capite*, pretium legitimum explicantes, easque vbi iustæ sunt, seruandas quoque ab omnibus esse. Circa eam tamen doctrinam vniuersalem supersunt plures difficultates hoc consectario explicandæ, maximè quia leges istæ quas Pragmaticas nominant, ferè circa frumentum, vinum, aliaque victualia fieri solent.

Quæritur itaque in primis, an lex quæ pretium frumenti, vini, olei, alteriusve rei ad victum necessariæ definit, non seruato iusto pretio naturali, iniqua sit; v. g. iubet vendi viliori pretio, quàm sit infimum naturale, & vrgente annona eodē pretio distrahi frumentum, quo suppetente copia. Eam legem iniquam esse dixit Molina *tract. 2. disp. 364. n. 3.* quia etsi subleuandi sint pauperes, non tamen propter eos omnibus eodem pretio frumentū vendere cōpellendi sunt venditores, sed omnes seruata proportione onerandi sunt, dum communi rei consulendum est, non autem totum onus in vnam aliquam partem deriuandū, maximè cùm in hoc casu non prouideatur pauperibus, quos tamen subleuare se velle fingit ista lex, illis enim non inuenit frumentum pretio definito, sed soli ministri publici, aut alij, qui vendentibus obsistere possunt: & agricolæ quorum ferè frumentum est, maximè opprimentur, quia illis vrgente annona, cōputatis omnibus sumptibus, & expensis, carius omninò stat frumentū, & reliqua omnia necessaria ad victū, cariùs solito væneunt, neq; tamen lege taxantur, ita Molinæ. consentiunt alij passim, vide Salam *tract. de empt. dub. 7.* Hinc Bonac. *disp. 3. de restitut. q. 2. punct. 4. n. 7.* ait pistores, qui panes minores taxa conficiunt, & vendunt supra taxam, siue æquali taxā cum maioribus,

si

si consideratu pretio tritici, expensis & labore, aliisque eiusmodi non superfit illis iustum stipendium sui laboris,non peccare, quod dictum tamen Reginald. *lib* 25. *praxis*, *n*. 283. *&* 285. aliique nonnulli ita intelligunt, vt si pauci tantùm ea iniqua taxa lædantur,seruanda omnino aliis sit. Verùm si taxa iniqua est,nemo illam seruare obligatur, cùm tota ea obligatio ab iniqua lege imposita fuerit. Deoique agimus de pistore, aliàue singulari persona,quæ reuerà seruando eam taxam, non lædi non potest; ideoq; ad illam minimè teneri in conscientia dicimus,& legem iniquam eludere posse. Verùm de iustitia harum legum in singulari vix definiri quidquam potest nisi expensis omnibus circumstantiis,vti fusiùs disputat Lugo *de iust. disp*. 26. *sect*. 5. aliique DD. Hispani & Itali,apud quos frequentiores sunt illæ leges. Consule itaque illos quos dabit Ferdin. à Castro *de iustitia disp*. 5. *à puncto* 4. *ad* 12. nos illis quæstionibus supersedemus, cùm vix in Gallia nostra vsui sint.

Consectarium XI.

An rebus omnibus sit aliquod determinatum pretium.

Res aliquæ sunt, quę neque à certa lege pretium definitum accipiunt, neque vulgarem æstimationem habent, sed pro affectu & æstimatione vendentium, & ementium; & idcircò modò minoris, modò pluris æstimantur, cum magno excessu vel defectu & insigni diuersitate, eiusmodi sunt gemmæ, vniones, aues & animalia quædam, picturæ, statuæ, aliaque eiusmodi mirabilia artis opera, industria quorumdam artificum, & rerum quarumdam vsus & veluti locatio, vt corporis mulieris, & denique ea omnia quæ ad ornatum duntaxat & solam delectationē pertinent. In his autem omnibus posse venditorem tantum pretium accipere, quantum illi sciens & prudens emptor dederit seclusa omni fraude & dolo, contendit Victoria, quem sequuntur & referunt Petrus à Nauarr. *lib*. 3. *de restitut. cap*. 2. *num*. 11. Valent. 2. 2 *disp*. 5. *quæst*. 20. *p*. 2. §. 3. Soto *lib*. 6. *de iust. quæst*. 3. *art*. 3. Ioan. Medina *de restitut. quæst*. 32. Eman. Sa *verb. venditio*, *n*. 14. Tolet. *lib. de septem peccatis*, *cap*. 48. *n*. 3. Reginald. *lib*. 25. *num*. 289. Bann. 2. 2. *quæst*. 77. *art*. 1. *in princ*. Solon. *ibid. controuer*. 3. *&* 4. Rodrig. *in summa capite* 77. *conclus*. 2. & alij, quia cùm ista nec legitimum nec vulgare pretium habeant, illod ex voluntate contrahentium accipere debent, & cùm non sint hominum vsibus necessaria, & illa distrahere non teneatur venditor, poterit quod liberit ab emptore exigere, & nolle alio pretio vendere, ipseque emptor, cùm solo arbitrio nullaque coactus necessitate res istas emat, censetur excessum pretij, si quis forta ssis foret gratis vendenti condonare.

Negant tamen verius Rebell. 2. *p. lib*. 9. *q*. 2. *n*. 10. Less. *lib*. 2. *c* 21. *n*. 16. Bonacin. *disp*. 3. *de restitut. q*. 2. *punct*. 4. *n*. 15. Caietan. 2. 2. *q*. 77. *art*. 1. Nauarr. *c*. 23. *n*. 78. Salas *de emp dub*. 5. *n*. 5. Molina *tr*. 2. *disp*. 284. *n. vlt*. Ferdin. à Castro *de iust. disp*. 5. *punct*. 3. *n*. 3. quia rei pretiū impudenter sumitur ex insano sæpè ementis affectu, aut æstimatione, alioquio vilissima quæque maximo pretio vendi possent, quamquàm non negant illum affectum aliquid conferre ad augmētum pretij, vti aliàs monuimus. Deinde res istæ non sunt ex natura sua inæstimabiles; quare cùm æquale sit aliquod pretium, illud prudentum iudicio aut vulgari æstimatione pensatis omnibus circūstantiis

assignandum erit: falsò autem supponunt aduersarij emptorem hoc casu excessum pretij scientem, & volentem donare venditori; nam reipsa intendit emere, non donare, & nisi cōtenderet venditor, non donaret, velletque minoris emere, si liceret per importunitatem, aut acerbitatem venditoris; quamquam libens & volēs tanti emat, vt suæ cupiditati satisfaciat. Neque sanè statim atque nulla vis aut necessitas infertur emptori, licet colligere donationē gratuitam & liberalem ipsius, qoq; à peccato & restitutione venditorem iniustum pretium accipientē excuset, alioqoin fas esset capere vsuras ab eo, qui nulla coactus necessitate pecunias peteret, ad lusum v. g. aut alias voluptates.

Consectarium XII.

An qui scit minuendum mercium pretium ex proximè futura illarum copia, possit nihilominus eas ordinario & vulgari pretio vendere.

Variæ sententiæ. 1.
Verior affirmans. 2.
Diluitur obiectio. 3.
Casus singulares. 4.
Quid de Magistratu dicendum. 5.
An violetur charitas. 6.
Quid si venditor decipiat emptorem. 7.
Quid de illo qui primus mercem intulit. 8.

Diximos *art*. 3. vnam ex causis minuendi pretiū esse copiam mercium, & emptorū frequentiā, 1
tunc enim vilius moltò distrahi solent; idcircò quęritur an qui scit propè diem, magnā mercis alicuius copiam inuehendam, ideóque minuendū eius pretium, possit intereà mercem illam pretio vulgari, & currente distrahere: & nunquid proximè certò futura mercis alicuius copia pretiū eius iam nunc minuat, sicut & copia præsens, quam quæstionē posuit ipse Cic. *lib*. 3. *offic*. Diogene Stoico Babylonio, & Antipatro eius discipulo disceptatoribus, adhęsitq; Tullius Antipatro neganti eiusmodi venditionē, & occultationem copiæ futuræ, & imminuendi mox pretij, esse boni viri ac iusti; atque ita nuper censuit Conrad. *de contractib q*. 62 *&* 63. Rodrig. 2. *part. sum. cap*. 81. *n*. 10. Medina *de restit. q*. 36. & alij quos adducit Couarru. *in reg. peccatum*, 2. *part*. §. 4. *n*. 6. qui tamen in contraria est sententia, quam passim docent S. Thom. 2. 2. *q*. 77. *art*. 3. *ad* 4. ibique eius interpretes Caiet Bann. *dub*. 4. Aragon. *dub*. 1. Summistæ vulgò *verb. emptio*, Sylu. *n*. 16. Rosella *n*. 28. Armilla *n*. 21. Angel. §. 26. Tabiena *q*. 12. *num*. 13. quibus subscribunt Molina *tract*. 2. *disp*. 354. Valent. 2. 2. *disp*. 5. *quæst*. 20. *punct*. 4. Less. *lib*. 2. *cap*. 21. *dub*. 5. Rebell. 2. *part. de iust. lib*. 9. *quæst*. 6. Comitol. *lib*. 3. *respons. quæst*. 32. Salas *de empt. dub*. 32. Tolet. *lib de septem peccatis*, *cap*. 50. Ferdin. à Castro *de iustit. disp*. 5. *punct*. 15. & omnium fusissimè Lugo *disput*. 26. *de iustit. sect*. 8. §. 2. *toto*. Ratio videtur manifesta; quia tunc tantùm valet res quanti venditur, pretium enim constituitur vel à lege, vel à communi hominum æstimatione, neque scientia vendentis, aut ementis ignorantia quidquam facit ad immutandum pretium, quod iustum est, & à lege vel communi æstimatione vt tale constitutum, licèt in ignorantia & errore communi fundetur; alioquin qui ignorans futuram copiam mercis alicuius ac priode eius vtilitatē, communi illam pretio

I 2 vendetet,

venderet, teneretur ad restitutionem; quod nemo dixerit. Ratio est, quia scientia priuata non minuit communem æstimationem, neque ignorantia item priuata illam auget, ac quod inde sequitur non immutat pretium; quare etiamsi præsens esset copia mercium, occulta tamen & latens, posset nihilominus qui eam nosset communi pretio vendere: alioquin qui sciret breui pretium augendum, non posset communi pretio emere, & ad restitutionem teneretur: cur enim priuata scientia venditoris potiùs quàm emptoris mutabit pretium? Et sanè, illustre Iosephi exemplum ostendit emptorem, qui scit breui augendum merceis pretium, posse illam currenti viliori emere, ille enim præscius grauis annonæ futuræ totum frumentum Ægypti coëmit viliori pretio, quod deinde maiori multò distraxit, ingentesque diuitias Pharaoni comparauit. *Genes.* 41. Cur igitur non poterit æquè venditor mercem carius vendere, cuius pretium augendum esse sciet? Cur ille, qui post aliquot dies apertis suis horreis magnam copiam venditurus est, vnde sine dubio frumenti pretium minuetur, illud intereà communi pretio non venderet, & quis amabò venditorem eiusmodi damnabit iniustitiæ, aut mercatores qui initio nundinarum commune pretium accipiunt, licèt sciant sub finem propter emptorum infrequentiam minuendum? Neque dicas hanc emptoris ignorantiam facere contractum inuoluntarium, quia non est prorsus inuolũtarius, sed miatè duntaxat, & secundùm quid; simpliciter tamen & absolutè voluntarius, ac proinde validus, nisi aliqua alia accedat iniustitia, quàm ratione pretij, quam nullam esse hoc loco demonstrauimus hactenus; eùm seruetur illud ipsum pretium, quod tanquam iustum vel ipsa lex, vel communis prudentum æstimatio constituit, quæ non pendet ex futuris euentibus, illi enim via singulis cogniti esse possunt, neque certi sunt, aut tales cogniti, & facilè fortuitis ex causis impediri solent, ideóque si ab illis commune pretium rerum penderet, incertum omninò foret, quare in illo constituendo neque lex, neque communis & prudens æstimatio euentus futuros, eosque plerumque fortuitos attendit.

3 Dices nefas esse venditori cõmuni pretio vendere mercem, quæ reipsa propter aliquod vitium, quod ipse solus nouit, minus valet, quàm venditur. Quod enim diminutio valoris oriatur ab aliquo intrinseco, aut extrinseco rei, nihil omnino interest: cùm pluris vendatur quàm tunc propter illud accidens intrinsecum, aut extrinsecum valeat.

Respond. magnum esse discrimen inter duos illos casus, quia vitium rei, illius bonitatem & valorem intrinsecum minuit, ideóque in ea venditione violatur æqualitas & iustitia; copia autem vel caritas futura nihil omninò minuit de bonitate rei, aut vtilitate, neque proinde illius copiæ, aut caritatis scientia, vel ignorantia communem æstimationem mutare debet, cùm ea non pendeat, vt docui, à priuata singulorum cognitione.

4 Hinc fit primò, vt qui scit breui obsidendam ciuitatem, possit merces pretio currenti distrahere, & multò plures quàm esset venditurus.

Secundò qui scit domum aut villam ab hostibus destruendam, poterit nihilominus illam pretio currenti vendere. Ita Ferdinand. quia non vendit nisi quantum valet, dum vendit.

Tertiò qui scit minuenda locationum pretia propter Curiæ Regiæ ex vrbe discessum, communi tamen pretio domum suam locare poterit, quod malè negat Valent. quia existimat, tunc non vendi aut elocari præsentem habitationem, sed futuram, cuius deinde valor ex tempore, quo fuerit habita, desumi debeat, dico enim cum Ferdinand. vendi seu elocari ius ad præsentem, & futuram simul habitationem toto aliquo tempore, quod ius & præsens est, & communi æstimatione tanti æstimatur. Iustè igitur, & validè tanti venditur, aut elocatur, quod affirmat etiam Salas *dub.* 32. *citato.*

Quartò eum, qui scit legem breui promulgandam de imminutione frumenti, aut monetæ, non posse ex ea scientia ditescere, & plus vendere frumẽti, aut pecuniæ dare quàm esset facturus, si ea scientia careret, censent Molin. & Rebell. secuti Bartol. *in l. quero. D. de actionib. empt.* & Medinam *C. de restitut. q.* 12. *§. quid autem*: qui duo probant, quia legis notitia, quam clam accepisti, & quæ omnibus debet esse communis, in aliorum detrimentum abuteris, verius tamen contrarium affirmant Couarr. Salas, Lugo, Less. Ferdinand. Comitol. & cæteri, quia lex illa nondum promulgata minimè obligat, licèt eius notitiam habeam; neque illâ ego vtor in detrimentum alterius, quod neque intendo, neque eo, quodque futura lex causabit, mihi verò ipse consulo & meum damnum euito.

Quintò qui scit librum aliquem prohibendum propter errorem quem continet, poterit illum currenti pretio vendere: ita Lugo *disp. cit. n.* 144. contra Salam & alios ab eo relatos *dub.* 32. *numer.* 8. qui dicunt in hac venditione committi iniustitiam eo quod illud libri vitium sit ipsi intrinsecum, quod etiã affirmat Decastilius *de iustit. lib.* 2. *tract.* 9. *disp.* 4. *dub.* 8. *n.* 124. *&* 125. Persistandum tamen est in sententia de Lugo, quia eius libri pretium ante prohibitionẽ currens, eodem modo iustum est, quo in cæteris rebus: quinimò prohibitio illud non minuet, sed potius augebit propter curiosos emptores. Quod autem dicitur de vitio intrinseco, probaret etiam ab ignorante futuram prohibitionem non posse communi pretio vendi, & facta prohibitione tutum pretium retineri, imò etiamsi non prohibeatur, iniustum esse illud pretium: quia vitium illud libro intrinsecum faciet illum esse minoris valoris; quæ omnia falsa sunt, quia vitium illud non reddit minoris valoris, neque etiam prohibitio quæ non definit pretium, sed eius distractionem tanquam rei innoxiæ inhibet.

Dices Magistratum aut Consiliarium, qui eam futuram legem nouit, non posse vti scientia illa ad suas merces distrahendas, alioquin tenebitur ad restitutionem damni, quod aliis creauerat. Neque eadem scientia vti potetant illi quibus Magistratus eiusmodi notitiam dederat. 5

Resp. in primis negando consequentiam; tenetur enim Magistratus ex officio damna ciuium auertere, & commoda procurare; non autem priuatus, qui suo commodo vti potest, etsi damnum aliorum sequatur, modò nihil contra iustitiam committat: quare si Magistratus omnibus præterquam vni vendere prohiberet certum aliquod genus mercis, illa sua prohibitione peccaret, & ad damnum illatum reparandum teneretur: ille tamen qui ex Magistratus licentia suas merces maiori pretio venderet, quàm si plures alij easdem distraherent, non peccaret, nisi fortè fraudibus, aut muneribus Principem ad iniquam eiusmodi prohibitionem, vel legem ferendam inuitasset. Denique peccaret quidem Magistratus, qui futuram legem reuelaret, non tamen qui ea vsus notitiâ vndecumque accepta suas merces

solito

solito pretio venderet, & futurum dispendium ex lege promulganda vitaret. Iam verò quoad antecedens; an Magistratus qui futuram legem nouit, quia v. g. illi condendæ interfuit, aut illius author fuit, ea notitia ad distrahendas suas merces vti possit, dubiæ quæstionis est, negatque Less. & Salas: eo quod contra fidem publicam peccet, & cæterorum damna suum lucrum faciat: verùm neque hunc Magistratum vtendo ea notitia, in distrahendis suis rebus peccare, sed solùm si alicui alteri reuelet, sapienter docet Ferdin. quia Magistratus obligatur quidem omnium ciuium commodis prouidere iuxta leges, & consuetudines communes, vsuque receptas; non verò futuras: quare distrahens suas merces ex scientia legis tantùm futuræ, nullam sanè iniuriam irrogat emptori. Neque æquum est Magistratum deterioris conditionis quolibet priuato esse; neque vllo aut naturali, aut positiuo iure prohibetur vti sua priuata notitia, sicut & cæteri omnes vti possunt. Denique addit Lessius hunc Magistratum reuelantem secretum promulgandæ legis de imminuendo pretio, aut de futura copia mercis, non teneri ante Iudicis sententiam ad restitutionem, quia non fuit causa iniusti damni, cùm merces iusto pretio venditæ & emptæ fuerint. Hæc verò omnia intelligenda esse monet Lugo, modò princeps vel Magistratus non differat de industria legis promulgationem, donec ipse, eiusve amici suas merces distraxerint; quia tunc abuteretur sua potestate in suorum subditorum præiudicium, quod omninò nefas est.

Dices secundò peccare saltem contra charitatem illum qui conscius certò minuendi pretij, communi tamen rem suam vendit: itàque docent Conar. Rebell. & alij, quia contra charitatem est quempiam aliorum inopia ditescere.

Respond. negando charitatem hoc casu violari, nisi inde ingens aliquod damnum, & extrema necessitas accidat proximo; quia S.Thom. loco nuper adducto, ait tantum superabundantioris fore virtutis rem totam & futuram copiam aperire, non obligat autem ad eam manifestationem etiam ex charitate. Et sanè illa non obligat ne consulem rebus meis modo iusto, & lucrum legibus conforme, ac proinde non iniqnum faciam, licèt inde sequatur aliquod damnum proximi, qui sibi satis non consuluit, siue propter iustitiam, siue propter negligentiam.

Aliud sanè dicendum erit, si venditor per sese, aut alios persuadeat emptori emere communi pretio eiusmodi merces, & affirmet nihil de minuendo pretio, aut promulgatione legis definientis valorem, aut futura copia timendum esse, ac denique illum iniustè decipiat, tunc enim Molin. Lessi. Rebell. aliique censent hunc deceptorem peccare, & ad restitutionem teneri, cùm iniustus iste deceptor damnum afferat emptori, quod dubio procul reparare tenetur.

Difficultas itaque tota est, quandonam contingat ista iniusta deceptio, & an si venditor rogatus vtrum appulsuræ sint naues, futura sit copia, promulganda lex de imminutione pretij, aut mutatione monetæ, respondeat se nescire, aut nihil respondeat, verbis æquiuocis vtatur, aut denique mentiatur, sit iniustus deceptor. Et quidem illum qui rogatus tacet de futura copia, aut æquiuocè respondet, obligari ad restitutionem Lopes *lib. 1. de contractib. capite 41. dicto 5.* sicut obligaretur ille, qui dolosè dominum domo abstraheret, vt alius facilius furaretur; veriùs tamen Molina, Less. & Salas negant, quia iste non tenetur manifestare hanc veritatem: imò & ius habet eam occultandi, ibique nulla est inductio positiua in fraudem, sed occultatio tantùm veritatis, quam non tenetur aliunde detegere, & est sola permissio contractus. Itaque tota difficultas est quando venditor interrogatus mentitur; quia respondet se nescire cùm tamen sciat: aut etiam affirmat non fore copiam mercis, aut non minuendum pretium, non promolgandam legem: cum enim hac mendacij assertione inducat alium ad contrahendum, qui non esset contracturus, videtur omnino iniusta deceptione, & fraude damnum afferre proximo; atque ad eius reparationem obligari vult Ferdinand. Non improbabiliter tamen Bann. & Aragon. aliter sentiunt, & hunc mendacem ab omni onere restitutionis liberant; quia totum illud mendacium est tantùm officiosum, & non inducit ad contractum iniustum; sicut dum pauper vt pinguiorem accipiat eleemosinam mentitur alteri pauperi, iam erogatam fuisse, aut dominum domus abesse, non tenetur ad restitutionem. Adde hunc mercatorem non debere existimari fide dignum hac in parte; quare emptor fœ leuitati deceptionem & damnum quod incurrit tribuere omninò debet, & discrimen magnum est inter istum qui interrogatus mentitur, & illum qui non interrogatus emptorem fraudibus inducit ad emendum quidpiam magno suo damno.

8 Quæritur prætereà an qui primus mercem aliquam intulit, cuius valor nondum certo pretio definitus est, debeat in pretio tunc primum constituendo habere rationem futuræ mox copiæ. Casum hunc methaphysicum esse censet Aragon. Salas autem non teneri attendere ad futuram mox copiam, nisi forte Magistratus existat, qui communi bono prospicere debet. Existimatim ego, constitui pretium ex nouitate, & valore intrinseco mercis, neque potiùs in hoc casu, quàm cæteris minuendum esse pretium iustum ex prudentum æstimatione in talibus circumstantiis, & futura mox copia, ex qua merx illa quæ propter nouitatem magni fiebat, vilescet.

Atque hæc omnia hactenus circa banc difficultatem vera sunt, quamuis emptor non sit eas merces ordinario pretio emptas breui consumpturus, & antequam maior copia affluat, aut pretium ipsarum minuatur, quod malè negat Valent. cùm enim prior illa venditio iusta fuerit, nihil interest an emptor merces iusto pretio emptas diu, & aut breui distracturus sit ad æquitatem prioris emptionis. Neque bene obiicit Valentia, vinum quod seruatum fiet deterius, illud enim vitium tenetur venditor manifestare, aut minuere pretium si emptor illud diutiùs seruaturus est ad reuendendum: manifestum enim est discrimen; quia vinum illud deterius fiet ob insitum vitium, propter quod minoris omninò æstimandum est in ordine ad vsus humanos, quod non contingit in nostro casu: illarum enim mercium valor non decrescit ex aliquo ipsis innato vitio, sed ex causa omninò extrinseca, accedente nimirum maiori copia, propter quam non fiunt minus vtiles ad vsus humanos, quàm prius essent. Idem dicendum est de eo qui scit suum debitorem non esse soluendo: non potest enim tale debitum vendere pretio ordinario, quia illud debitum vitium habet intrinsecum propter quod minus valet, & est malum nomen, vt aduertit Less. *capit. cit. dub. 10.*

Consectarium XIII.

An proxeneta aut quis alius qui aliquid certo designato pretio vendendum, vel emendum accepit, possit sibi incrementum, aut diminutionem retinere.

Status quæstionis. 1.
Sententia negans. 2.
Temperatur. 3.

1 Caius dedit tibi gemmam vedendam centum aureis, quam tu vendis centum quinque. Sempronius dedit tibi viginti aureos quibus illi vestem ex tali panno emeres, emisti duntaxat octodecim: poteritne tibi illa quinque quibus supra centum gemmam vendidisti, aut duos nummos, qui ex pretio panni empti supersunt seruare. Suppono autem excessum & defectum assignati pretij esse intra latitudinem iusti pretij, summi, vel infimi, alioquin restituendus foret vel venditori, vel emptori.

2 Resp. Sa *verb. venditio, num.* 11. si pluris vendidisti quàm dominus constituerit, teneri te totum illi reddere, nisi vel illum excessum tacitè, aut expressè donauerit, vel opera tuâ & diligentia, id quod amplius est, merueris, aut id totum tua industria partum sit.

Ratio est euidens quia nullus potest assignari iustus titulus quo excessum illum designati pretij retineas. Et primò non donationis, quia non est censendum tacitum pactum, & donatio ex sola designatione pretij à domino; si enim posset carius vendere id omninò perciperet, & ea designatio non fuit, ne vltra centum aureos gemma illa venderetur, sed ne infra illud pretium distraheretur. Secundò non ratione proprietatis tuum facies illum excessum, quasi tu ipse gemmam illam designato pretio emeris, quam ipse deinde maiori vendideris, tanquam eius iam dominus; quia in eam venditionem non consensit Caius gemmæ dominus, neque tu ipse, alioquin si designatum à Caio pretium non inuenisses, illud ipse ex tuo repræsentare deberes, ad quod tamen te minimè obligatum esse dices. Si tamen reuerà tibi gemmam illam emisses, quia dixisti Caio te illi vel gemmam ipsam, vel centum daturum tuo periculo, illum excessum tanquam tuum retinere iustè posses. Tertiò non potest obtendi compensatio mercedis; quia ille aut stipendium sumit, vel famulus domini est, vel denique gratis onus illud suscepit, licèt aliquod aliud beneficium à domino rei vendendæ, non ingrato speret, & quamuis aliquis videtur esse locus compensationi, non tamen occultè ea fieri debet, nisi dum aliter certum debitum obtineri non potest. Nullus igitur titulus est seruandi assignati pretij excessum, quamuis intra limites iusti pretij consistat. Idem dicendum est de eo qui rogatus ab alio emere quidpiam duodecim aureis, emit tantùm decem; non potest enim sibi retinere duos illos nummos aureos: vnde damnat sartores Molina *tractatu* 2. *disp.* 363. qui dicunt mercatores in ipsorum gratiam aliquid imminuisse de pretio, & illud decrementum sibi retinent, aut quibus mercatores ex tota summa quidpiam donant, eo quod eorum officinas frequentare soleant; vehemens enim suspicio est eos non adhibere diligentiam necessariam ad imminuendum pretium, & facilius spe lucri quod sperant à mercatore, cum ipso de pretio pacisci, quæ aliáque dabit Ferdinand. à Castro, de *iust. disp.* 4. *punct.* 16.

Atque hæc quidem vera sunt spectato iuris rigore. Cæterùm videtur ea esse tacita mens eorum qui merces aliásue res certo pretio, eoque assignato distrahendas alicui committunt, ne minori pretio vendant, non autem, vt si maiori vendunt, sibi illud augmentum retineant, sciunt enim hos proxenetas maiori pretio, quam fuerit assignatum venditiuros, si possint, neque solent aliquid repetere: sicut quando non assignant & definiunt pretium: tunc enim quanti væniit res, repetunt, atque in emporiis frequentibus lucrum illud proxenetarum esse solet.

Deinde quando vel nullum, vel exiguum admodum stipendium proxenetæ assignatur, quidquid præter designatum pretium accipient, ex tacita quadam conuentione suum faciunt, quod tradunt Graffis 1. *part. decision. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 26. Nauarr. *capite* 23. *numero* 97. Conrad. *de contract. quæst.* 133. Sa *verb. venditio, numero* 11. Salas *de empt. cap.* 45. *num.* 4. & alij. Tertiò possunt & ipsi emere merces illas suo nomine, & deinde tanquam suas vendere, atque ita lucrari excessum primi pretij, quo emerunt. Quod autem dicebatur dominum mercis non consentire in illam venditionem cum proxeneta, facilè eluditur; quia reuerà consentit in venditionem talis mercis pro tali pretio, neque curat quisnam futurus sit emptor, siue proxeneta, siue quis alius; neque prohibet ne proxeneta sibi emat, imò potius illum, cui mercem credit vendendam, emptorem esse cuperet. Denique dat illi integram libertatem vendendi cui volet, siue sibi, siue alteri, modò non minori pretio vendat, & sibi totum illud pretium definitum repræsentet. Quod autem dicebatur mercem carius velle vendere si posset, nihil facit, quia satis est quod hoc pretio eoque iusto contentus sit: nam & ipsimet mercatores vellent carius vendere, quàm vendant, & qui ab illis emisset viliori pretio, quàm alius emisset, qui maius propter aliquam causam dedisset, non posset sibi illud decrementum seruare, quod quis dixerit? Denique, quod obiicitur hunc proxenetam, si emat merces, quas vendendas suscepit, suo periculo emere, atque adeò teneri ad repræsentandum pretium definitum, licèt illas tali pretio distrahere nequeat; nihil vrget; quia cùm sit conscius vendibilitatis & valoris mercium, facilè cognoscet, an in ea emptione periculum aliquod incurrat, imò & domino denuntiabit non posse tanto pretio distrahi, neque vnquam solet definiri proxenetæ summum pretium, sed medium, & aliquando infimum: vnde non potest damnum subire proxeneta, si ipse suo nomine emat, neque aliud indicare debet dominu mercis, quàm se definitum pretium pro tali merce repræsentaturum, & non aliter venditurum, siue sibi, siue alteri, cùm nihil intersit quisnam futurus sit emptor, vt monui. Præterea industrij proxenetæ est mercis sibi creditæ pretium, quà licuerit intra limites æquitatis augere. Cur igitur suæ industriæ fructum debebit alteri? Denique si mercem definito pretio tradat, emptor illius eam cum lucro alteri maiore pretio venderet, cur itaque proxeneta lucrum illud sibi procurare non poterit, atque merces definito sibi pretio emere, & illas deinde alteri cum lucro iusto iterum vendere: quæ omnia veriora etiam sunt in eo qui rogatus est certas merces determinato pretio emere; cur enim sibi primò nõ emet minori si possit pretio, & deinde illas vendet illi qui eas emere ipsum rogauerat? An non

non si iste proxeneta eiusmodi apud se merces haberet minori pretio emptas, ipsas illi à quo rogatus definito illo pretio vendere posset? Cur non igitur idem licebit circa eas quas recèns emit, non empturus tamen, nisi ab illo rogaretur emere? cur non venditoris & emptoris atque proxenetæ simul personam vario respectu sustinebit? Ad extremum vix vllus est qui res vendendas au emendas alteri definito quodam pretio committat, quin probè sciat proxenetam, si quid in eo commercio lucrari possit, sibi seruaturum, neque id ægrè fert, imò gratum habet, vt diligentiùs, & libentiùs suam illi operam, & industriam spe lucri prouocatus accōmodet; cùm ipse iode nullum damnum patiatur, quandoquidem suas merces vendidit, & emit eo quo voluit pretio, eoque contentus est, neque aliud si ipsemet vendidisset aut emisset, exegisset. Itaque mihi videtur non esse damnandos hos proxeneras, qui quodpiam in hoc genere commercij, modo explicato, lucrantur, si absint fraudes, & mendacia atque aliqua alia iniostitia, quæ facilè committi potest, & quæ singillatim examinanda erit antequam proxeneta iste temerario damnetur. Verum de proxenetis diximus *lib. primo, cap. 3. art.*

Ex his colligit Layman. *lib. 3. tract. 4. cap. 17. §. 1. num. 9. sub fin.* non esse damnandum illum quæstorem, cui dominus suus litteris mandauit, vt quam primùm mille frumenti scaphas ex suo horreo diuenderet, ille verò certò sciens breui frumenti pretium auctum iri mille scapharum tanquam venditarum pretium eo tempore definitum ad dominum suum misit 5000. florenis, post paulò pretio frumenti aucto, eas mille scaphas ex domini extractas horreo vendidit 5500. florenis, atque ita quingentos lucratus est, & sibi iure retinuit, siquidem antea frumentum quod venditum erat pretio currenti, ipse sibi emerat, quod posteà tanquam suum, & per emptionem sibi iure comparatum cariùs ipso immutato & aucto pretio communi distraxit cum ingenti lucro.

CONSECTARIVM XIV.

An dilata solutio pretium augeat, & anticipata minuat.

Cur dilata solutio pretium aliquādo augeat. 1.
Cur anticipata solutio pretium minuat aliquando. 2.

1 QVod attinet ad dilatam solutionem, certum est illam non posse per sese, & scluso omni alio titulo pretium mercis augere vltra summam, vti constanter contra Raphaëlem Barnasum apud Sylu. *verb vsura. §. 1.* & Gerardum Oldonens. apud Adrian. *quæst. 4. de restitut.* omnes affirmant; quia in dilata solutione implicatur mutuum virtuale, ex quo non licet magis quàm ex formali quidquam accipere sine vsura: quia tamen in dilata solutione, & venditione creditò facta reperiuntur aliqui alij iusti tituli, ratione quorum solitum pretium augere licet, illos enumerauimus nuper *art. 3. numer* 8. vbi etiam obseruauimus merces aliquas, quæ passim non nisi creditò & ad terminum vendi solent, neque aliter ferè vendi possunt, licitè vendi supra pretium rigorosum & summum, quo præsenti pecunia venderentur: eiusmodi sunt merces, quæ aliunde in frequentia emporia deferuntur, vt inter mercatores, qui aliunde concurrunt, distrahantur. Cùm enim qui merces illas asportarunt magna copia, expectare non possint donec à mercatoribus minutim distrahantur, vrgeanturque ad suos redire, neque mercatores ipsi præsentem habeant pecuniam, qua sibi merces illas compararent, solent creditò vendi, & maiori pretio quàm numerata pecunia vendarentur, etiam cum aliquo excessu supra pretium summum: hanc venditionem ac communem praxim in quibusdam celebrioribus emporiis licitam esse diximus cum Molina *tract. 2. disput. 357.* Turrian. *de iust. disp. 61. dub. 10.* Layman. *lib. 3. tract. 4. cap. 17 §. 2. numer. 10.* Diana *1. part. tract. 12. resp. 28.* vbi plures refert Lessio relicto & aliis, quos refert Sanch. *lib. 2. consil. cap. 7. dub. 15.* & Salas de *empt. dub. 42.* contra plures, eosque graues DD. quos iidem Salas & Sanchez referunt eius tamen sententiæ reddere rationem difficile est, vti fusiùs expendit Lugo *disp. 26. de iust. sect. 7. §. 3.* si præscindamus ab incōmodis lucri cessantis, damni emergentis, molestiæ in recuperando pretio, atq; etiā periculi illud amittendi, quæ ferè patiuntur isti venditores in hoc casu; si tamen huius venditionis in his circumstantiis modus expendatur, ipsius æquitatem non operosè stabilimur. Suppono in primis non committi vsuram ex dilata solutione, nisi propter eam dilationem aliquid exigatur supra id quo communiter venduntur, & æstimantur merces; atque ita ille excessus fit supra valorem, & consequenter propter implicitum mutuum: non est tamen vsura quando ex dilatione solutionis valor, & æstimatio communis mercium augetur, vel non decrescit; quia tunc nihil accipitur supra valorem, & æstimationem communem titulo dilatæ solutionis, & mutui cuiusdam impliciti: nam dilata solutio est quidem causa cur valor communia augeatur, & talis fit, non verò quod supra valorem communem quidpiam capiatur, in quo solo est mutuum implicitum & consequenter vsura, vel fusiùs ostendimus in nostro *opere de vsuris libro* 1. Atqui in venditione de qua agimus, hoc ipsum contingit, nam illæ merces in illis circumstantiis, & modo communi vendendi communiter habent illum valorem supra quem nihil omnino accipitur: futurus quidem esset alius valor communis, isque minor si mercatores vellent eas merces creditò vendere, sed tantùm numerata pecunia; quia tunc existeret copia mercium, & raritas pecuniæ, atque emptorum; indeque minoreretur valor communis mercium, qui crescit ex frequentia emptorum affluentium, ex facilitate soluendi & emendi, indeque necessariò consequitur pluris æstimari & vendi cōmuniter illa merces, quod omnes fatentur, vnde vnde proueniat frequentia emptorū; ea enim stante merces communem valorem habent, eumque maiorem quàm si rariores existant emptores; itaque dilatio solutionis potest duobus modis efficere vt res pluris vendatur, quàm venderetur præsenti pecunia. Primò quidem vt non alius sit valor mercis & pretium; quia tamen creditò venditur, datur aliquid ob dilationem solutionis, & ob creditum virtuale quod in ea conuentione reperitur, túncque vti dicimus, committitur vsura. Secundò quando ea dilata solutio præsentem communem valorem mutat, facitque maiorem, quia ex ea liberaliter concessa dilatione confluunt vndique emptores, suáque frequentia commune pretium tunc augent; quod enim concessa eiusmodi dilatione prouocentur emptores, vt frequentiùs conueniant, indeque mercium valor communis crescat, non ma-

gis damnandum est, quàm cùm immunitate & priuilegiis Principum ad emporium aliquod inuitentur, eaque de causa merces maiori copia & grauiori pretio væneant: in vtroque enim illo casu æquè ex frequentia emptorum crescit valor communis, & æstimatio mercium; neque iniustitiam committit, qui nihil supra illum communem valorem, & æstimationem ex frequentia emptorum natum accipit; neque quidquam obstat quod si quis præsenti pecunia emere velit, minoris tunc empturus sit; quia valor communis non sumitur ex vna aut altera venditione, sed ex communi in illis circumstantiis æstimatione, quam tamen singuli variis ex causis sibi commodis minuere possunt. Vnde malè colligitur, eos qui vendendo vel emendo communem æstimationem seruant, iniustè vendere, vel emere.

2 Venio ad anticipatam solutionem quam fateor præcisè sumptam non esse causâ minuendi pretij infra infimum iustum, cùm tunc sit implicitum mutuum; & si ratione eius quidpiam caperetur, foret vsura, vt constat ex principiis vniuersalibus *in opere de vsur. lib.* 1. stabilitis. Quare vel lucrum cessans, vel damnum emergens, aliusue aliquis iustus titulus accedat oportet, vt anticipata solutione aliquid, minori pretio quàm sit infimum ematur.

Hinc nascitur difficultas circa res quasdam, quæ non solent aliter vendi, quàm anticipata solutione, & minori propterea pretio. Eiusmodi sunt lanæ quæ in Hispania, deinde in Belgium, aliòue trāsuehendæ emuntur. Eius venditionis modum pluribus describit Molina *tractatu* 2. *disp.* 359. illamque licitam esse contendit *disp.* 360. quod faciunt etiam Lessius *lib.* 2. *cap.* 21. *dub.* 7. Sa *verbo emptio. n.* 4. Salas *de emption. dub.* 43. Sanch. *lib.* 2. *consil. cap.* 7. *dub.* 16. Bonac. *disp.* 3. *de restitut. quæst.* 2. *punct.* 4. *numer.* 20. & qui illis præiuerunt Caietan. *verb. empt. cap.* 3. *numer.* 9. Eman. Rodrig. *in sum.* 2. *part. cap.* 83. *numer.* 2. Lopes *de contract. lib. cap.* 41. Soto *lib.* 6. *de iust. quæst.* 4. *art.* 1. sequutus est Lugo *disput.* 26. *sect.* 7. §. 3. Ferdinand. à Castro *de iust. disput.* 5. *punct.* 13. *numer.* 5. & alij contra Medinam *quæst.* 38. *de restitut. consect.* 6. Nauar. *cap.* 28. *n.* 82. & *consil.* 32. *de vsura.* Gutier. *qq. canonic. cap.* 19. *num.* 34. & 44. Valent. 2. 2. *disp.* 5. *quæst.* 80. *punct.* 2. §. 8. Rebell. 2. *part. de obligat. iust. lib.* 9. *quæst.* 11. *numer.* 9. Garciam *de contract. capit.* 4. Rebinald. *lib.* 25. *num.* 316. & alios, quorum ea ratio est, quia pretium rei æstimandum est tempore quo traditur, nō autem quo contractus celebratur. Si enim nunc emam decem argenteis frumenti modium, tradendum tantùm post sex menses, quo tempore valebit 15. etiamsi nunc tantùm valeat decem, vsura est palliata, quia pretium rei quæ traditur est quindecim dum traditur, & non tantùm decem. Perstandum nihilominus est in nostra sententia, & hæc solemnis praxis probanda. Primò ex iactura lucri, quam faciunt emptores qui suam pecuniam interea cambiis; aliàue ratione exercerent. Secundò quia periculum est ne lanas adulteratas non condicto tempore, neque eodem pondere, & denique non sine expensis & litibus recipiant. Tertiò minus valet res post aliquod tempus tradita emptori, quàm nunc repræsentata. Quartò quia venditores vltrò hoc modo vendūt, cùm nequeant expensas in alendis pecoribus, aliisque eiusmodi oneribus ferendas, nisi nunc repræsentata pecunia sustinere, ideoque cum ipsi vltrò suas lanas obtrudant, eatum tunc pretium descrescit. Verùm hæ omnes rationes petuntur ex lucro cessante, aut damno emergente emptoribus ex anticipata illa solutione, atque in hac venditione nihil assignatur peculiare, cur anticipata solutione minuatur pretium; præterquàm quod possunt aliquando cessare eæ rationes communes damni emergentis, lucri cessantis, & periculorum, quæ enumerauimus. Ratio itaque vera est, quia si hæ lanæ venderentur tempore tonsionis, & traditionis, non pluris venderentur, quàm nunc anticipata solutione vendantur; quia pretium decrescit ratione copiæ, quæ tunc plurima foret, & venditores vltrò inuitis etiam emptoribus suas lanas obtruderent ad vitandam custodiam, & ad debita sua exoluenda, atque pabulum in hyemen comparandum. Quare communi ferè consensu visum est anticipata solutione vendendas esse has lanas; indeque maius commodum & lucrum futurum venditoribus, imò maiori ferè pretio se hoc modo vendere putant, quàm venderent tempore tonsionis & traditionis ipsarum lanarum; quia tunc plurimùm decresceret ipsarum pretium; vnde tandem sequitur non minui ex anticipata solutione pretium iustum, quod ex communi æstimatione constitum fuit.

Vnde soluitur aduersariorum ratio, pretium sumendum esse ex æstimatione, quæ est tempore traditionis, non venditionis; id enim verum est quando ex præcedentibus contractibus necessariò sequitur immutatio pretij, eiusque vel augmentum, vel diminutio; quod amplius explicat Lugo *disp.* 26. *sect.* 7. §. 3. *à numer.* 116. vbi obseruat hanc communem propositionem, iustum rei pretium sumi non ex valore rei tempore quo venditur, sed quem habebit tempore traditionis, duplicem habere sensum. Primus est, pretium rei futuræ non esse illud, quo eadem res nunc existens venderetur, sed quo eadem res in alio tempore futura & considerata, æstimari tunc debet; quod ostendimus in frumento quod emis nunc tradendum tempore messis; licèt enim nunc maius sit frumenti pretium propter eius raritatem, nihilominus percipiendi tempore messis, parui nunc æstimatur propter futuram eius copiam, quæ facit vt non modò tunc sit minuendum eius pretium, sed etiam vt nunc minoris æstimetur, quia non emimr nisi in illud tempus, ideòque nunc minus valet eo futuro tempore tradendum. Qua simili ratione si tempore messis emas frumentum tibi tradendum futuro deinde mense Maio, quo tempore maius omninò erit pretium, quàm sit modo in messe, maiori etiam pretio emes, quàm sit pretium commune tempore emptionis. Atque ita intellecta communis propositio vera & vniuersalissima est.

Secundò intelligitur hæc propositio quasi pretium iustum rei futuræ debeat adæquatè sumi ex valore, & pretio quo res illa tempore traditionis, siue quando existet, vendetur: quo sensu hæc propositio non est vniuersaliter vera: nam pretium rei futuræ sumi debet ex æstimatione, quam habet tempore contractus, non vt nunc existens, siue vt æstimaretur si nunc existeret; sed vt futura, & habenda ac tradenda tali tempore: cur enim fieri non potest, vt res quæ futuro tempore traditioni assignato vendenda existimatur 20. nunc tamen ex variis circumstantiis minoris multò æstimetur res illa, futuro tempore maioris valoris extitura; quod in hac lanarum venditione ostendit Lugo siue pretium tradatur iam nunc, siue solùm tempore traditionis lanarum, propter varias circumstantias, quæ occurrere possunt, & quæ diminuunt nunc

hoc

hoc pretium. Et quidem si pretium minueretur tantùm in ipsa traditione, cùm ibi nulla sit anticipata solutio, neque mutuum virtuale implicitum, nulla etiam fingi potest vsura, vt patet. Imò neque iniustitia; nam iustitia emptionis & venditionis sumitur ex æqualitate seruata inter contrahentes; quæ seruatur quoties onera quæ sibi inuicem imponunt, sunt æqualia: v.g. in nostro casu videndum erit an onus venditoris dandi tali tempore rem futuram, nunc tãti æstimetur, quanti æstimatur onus emptoris, quod sibi nunc imponit dandi eodem tempore tantum pretium. Si enim æqualia sint illa onera, & æquè æstimentur, seruatur æqualitas in contractu; secus verò si sint nunc inæqualis æstimationis. Non potest igitur in definiendo iusto pretio, & æstimatione rei futuræ præscindi ab ipsa æstimatione præsenti, & tempore quo celebratur contractus: illa verò æstimatio præsens ex variis circumstantiis minuitur, vel augetur, indeque fit vt minoris possit iustè vendi res quàm valeat tempore traditionis, quia nunc reuerà minoris communiter æstimatur, & minus valet. Quod si solutio fiat anticipatè, non idcircò in eo casu committitur necessariò aut vsura, aut iniustitia, quia non semper & necessariò diminutio pretij fit in compensationem anticipatæ solutionis, sic enim esset mutum virtuale, & si ex illo quidpiam caperetur, foret vsura; sed quia eiusmodi anticipata solutio facit, vt venditores qui eam solutionem & venditionis rationem sibi percommodam esse sciunt, maiori copia affluant, ideóque pretium lanæ futuræ decrescit, ideóque non emitur infra iustum pretium, sed illo, quod tempore contractus æstimatur iustum pretium lanæ postea tradendæ, propter multitudinem venditorum tamquam propter causam immediatam, vnde vnde oriatur illa venditorũ frequentia, siue ex anticipata solutione, siue ex alia quapiam ratione. His adde in hoc contractu circa lanas iam in communi mercatorum foro propter causas allatas, & frequentiam venditorum constitutum esse pretium illud commune, ideóque emptor non emit minori pretio, quàm sit illud, quod in communi æstimatione habent lanæ in istis omnibus circumstantiis: vnde non licet ad rerum aliarum venditiones argumentari: v.g. tritici, quod minoris poterit emi ab agricola, quàm valiturum sit tempore traditionis. Hæc, inquam, argumentatio non valet, quia in ea venditione non sunt eædem circumstantiæ, neque eadem venditorum frequentia, neque commune & vulgate pretium inductum, & æstimatio, quæ in communi foro emptioni & venditioni frumenti pro tempore futuro definita veluti sensu communi fuerit: pretium autẽ iustum rei non sumitur ex priuata singulorum æstimatione, vti sæpius monuimus.

Consectarium XV.

De contractu vulgari quem *Esconte* nominant.

Status quæstionis. 1.
Ratio difficultatis. 2.
Probatur hic contractus. 3. 4.

1 Soliti sunt mercatores in nostro foro Lugdunẽsi emere merces credito, soluendas ad diem præfixam, quæ solet esse in proximo vel altero solemni solutionum termino; qui quatuor singulis annis constituti sunt, post singulas scilicet nundinas, siue vt loquuntur, ferias. Licet porrò ex vulgari fori istius lege emptori monere venditorem, velle se *escompter*, hoc est, pecuniam & pretium mercis ante terminum solutioni dictum, iam nunc repræsentare, atque anticipare solutionem; ideóque sibi pretium minui postulat, quod venditor nequit recusare, estque ea imminutio ferè duorum, aut duorum cum dimidio in singula centena. Hanc repræsentationem pretij ante diem solutioni ex communi conuentione dictam, eiusque occasione diminutionem pretij prius constituti, vocant *Esconte*, & *Esconter*, quia noua ratio pretij initur, aut reuocatur prior, sicque noua supputatio, quandoquidem minuitur aliquid in singula centena ex pretio prius constituto.

De huius itaque contractus æquitate disputamus non sine causa. Videmus enim in illo anticipatam solutionem, atque in illius compensationem fieri pretij imminutionem iam constituti, & debiti ex priori contractu emptionis, neque vllam aliam rationem huius imminutionis afferri, aut fingi quàm anticipatam solutionem, quæ est virtuale mutuum, ac proinde quod ex ea accipitur minuendo pretium debitum, vsura est, ex hactenus disputatis. Neque enim minuitur pretium hoc casu propter eius iniustitiã vt patet; neque propter damnum, aut lucrum cessans quod venditor creat emptori, aut quod ipse emptor iniustè patiatur. Ille enim merces habet simul, & pecuniam, quibus omnibus caret venditor, neq; anticipat solutionem in gratiam venditoris, sed quia sibi commodum est, & quia fortassis alibi suam pecuniam exercere non potest; & denique vt ex illa duo in centena singula lucretur, quod lucrum non tantum ex anticipata solutione & mutuo virtuali vsurarium est, sed etiam ex sese iniustum, quia quod à venditore pretij debiti immunitionem petat, ea solùm causa iusta afferri potest, quod hic mercator ex pecunia quam ante diem dictam repræsentat venditori, tantumdem lucraretur, si illam sibi ad diem dictam seruaret. Verùm illud lucrum futurum incertum est. Deinde quamuis certum foret, non potest obligare venditorem, vt illud lucrum ipsi præstet inuitus, & cum suo damno, ac diminutione pretij iam constituti: maximè si pecuniam anticipata solutione sibi traditam agitare non possit; eo compendio quod sit æquale diminutioni pretij, quam patitur. Deinde omni debitori liceret non modò anticipare solutionem, quod omnes concedunt, cùm terminus solutioni præscribatur in gratiam debitoris, sed etiam ratione anticipationis imminuere pretium inuito creditore, qui non modò cogeretur solutionem accipere, sed etiam diminuere debitum pro ratione lucri, quod debitor faceret retinendo sibi suam pecuniam, & illam exercendo vsque ad terminum solutioni præscriptum. Quod licitum quidem foret si creditor anticipatam illam solutionem postulatet, non verò si ad illam accipiendam inuitus compellatur, quod tamen fit in hoc contractu *Esconte*: quare hunc contractum omninò damnat pluribus Azor 3. *part. lib.* 8. *de empt. cap.* 9. *qu. vlt.* propter implicitam vsuram.

Resp. nihilominus hanc fori solemnem praxim æquam, & iustam videri, quia non fit in ea imminutio pretij propter solam anticipationem solutionis ante præfixum illi terminum, sed quia ex lege fori, & tacita conuentione iustum mercis pretium tunc constitutum est veluti alternatiuum, nempe vel 3

vel mille v.g. ſoluendorum In proaimo termino ſolutionum; vel ſi ante eum terminum emptor velit ſoluere, & die aſſignata venditorem ea de remoueat, nongentorum duntaxat; vtrumque illud pretium, cuius optio eſt in arbitrio emptoris, cenſetur iuſtum; quia ex communi fori ſenſu, pecunia præſens ad fiaum vſque ſolutionum terminum tantumdem lucrari poſſe æſtimatur, & tum emptori tum venditori commoda eſt ea conuentio. Emptori quidem, qui ex duobus pretiis alternatiuè poſitis ex tacita conuentione poteſt eligere minus; venditori quoque qui iuſto pretio ſuas merces faciliùs diſtrahat, & ſi in termino ſolutionum duntaxat ſuæ mercis pretium accipiat, maius accipiet, & totum lucrum quod ex ſolutione anticipata, & præſenti pecunia facta comparare ſibi potuiſſet; ſi verò ante præfixum terminum ipſi repræſentetur ſolutio, tantumdem ea illa lucrari poterit, quantùm in termino ſolutionis acciperet, ſi pretium ob anticipatam ſolutionem non minuiſſet. Nulla igitur fit iniuria venditori, neque damnum illi creatur; ideóque in eam conuentionem facile conſentit. Adde eſſe in venditoris arbitrio vendere ſuas merces ad terminum, vel præſenti pecunia, & facere ſuæ merci pretium, quod maius omninò conſtituet ſi vendat ad terminum, propter periculum imminuendi pretij ratione nouæ ſupputationis, & *esconte*, eaque legitima eſt cauſa augendi pretij in hoc emporio inter mercatores, quando credito & ad terminum vendunt, propter periculum *esconte*, & imminutionis pretij in ſingula centena, cui etiam inuiti obnoxij ſunt. Quare immunis culpæ eſt venditor, qui propter periculum illud, & carentiam pecuniæ, quam toto illo tempore agitaret, auget mercium ſuarum pretium. Iuſtè quoque agit emptor, qui ſuo iure vtitur, & pecuniam ante tempus definitum repræſentat, eaque de cauſa minus pretium ex duobus alternatiuè conſtitutis eligit: neque facit iniuriam venditori, qui propter illud ius emptoris, conſtituit pretium quod exiſtimauit idoneum, vt ſe indemnem ſeruaret, ſi emptor ante terminum ſoluere vellet, & vti iure *esconte*, & denique vt monui, quia ex pecunia repręſentata poteſt lucrari id totum quod de pretio minuit intra illud tempus, quod ad ſolutionem dictam ſupereſt.

4 Atque vt nulla in hac conuentione & contractu fraus aut iniuſtitia committatur, conſtitutæ ſunt certæ leges communi conſenſu fori, quæque à Iudicibus Conſeruatoribus mercatorum ſanctiſſimè ſeruantur: aſſignata videlicet dies intra quam monendus eſt venditor ab emptore ſe velle repræſentare pecuniam, & *escontare*, vt nempe tempus opportunum, & neceſſarium habeat agitandæ, & diſponendæ, vt loquuntur, in platea pecuniæ, quam accipiet, atque ita tantumdem lucretur, quantùm illi de pretio termino dicto ſoluendo perit. Deinde conſtituta eſt ſumma certa huius imminutionis pretij in ſingula centena, quæ etiam mutatur pro feruore & calore plateæ, vt loquuntur, ſiue prout valor pecuniæ in foro agitatæ creſcit, aut decreſcit. Denique hic valor communis mercium in illis circumſtantiis, & in illa communi conuentione, & praxi fori conſtitutus, iuſtus eſſe cenſendus eſt ex principiis vniuerſalibus ſœpius allatis; iuſtum pretium ex communi & vulgari æſtimatione in his, illiſque circumſtantiis definiri. Atque ex his rationem dubitandi nuper allatam facilè dilues: neque enim ſola anticipata ſolutio, & mutuum virtuale eſt cauſa adæquata imminuendi pretij debiti ex priori contractu, ſed optio priori conuentione facta emptori eligendi alterutrum ex duobus pretiis merci dictis, ſeruatis cæteris eiuſdem conuentionis legibus; neque fit Iniuria venditori, vti oſtendimus, qui tantumdem lucrari poteſt quantùm ex dicto pretio minuitur, neque fit iniuria emptori in cuius arbitrio eſt quam voluerit ſoluendi rationem eligere, prout ipſi commodum videbitur. Hinc denique non licebit ad omnes debitores argumentari; quaſi dum anticipatam ſolutionem obtrudent, poſſint ab inuito creditore imminutionem debiti poſcere; quia debitum illud non eſt alternatiuum, ſed certum, vnum, ac determinatum: neque eſt in poteſtate debitoris vel mille die dicta ſoluere, vel ſi diem illum anticipet nongenta duntaxat: ſi enim ita creatum eſſet illud debitum in prima conuentione, poſſet debitor propter anticipatam ſolutionem minus debitum ſoluere, non in compenſationem illius anticipationis, & mutui virtualis, ſed quia reuerà non aliud debet, quàm quod tunc ſoluit ex ipſa prima creatione debiti, quod non niſi alternatiuè contractum fuit.

Consectarium XVI.

Alij quidam contractus examinantur.

De emptione ouium, custodiâ venditori relicta.1.
De emptione boum quos venditor non habet, cui tamen locantur.2.
De illo qui vendit merces meliores maiori pretio quàm sit illi generi mercium definitum.3.
An cariùs vendi poßit propter periculum non recipiendi pretij.4.
De contractu in Sicilia vsitato circa frumenti venditionem.5.
De vendione cui eſt adiuncta donatio.6.
De donatione facta famulis à ludentibus.7.
De variato pretio definito.8.

AD extremum ex hactenus explicata doctrina quid de vulgarium quorumdam contractuum praxi ſentiendum ſit, explicabis.

Primò emuntur ſæpius anticipata ſolutione oues à pretio ordinario, cum eo pacto vt per aliquot menſes ſeruentur à venditore, qui etiam pro periculo caueat: fœtus autem, lana, lac & aliæ vtilitates ad emptorem redeant. Hic contractus iniquus eſt, tenetúrque emptor reſtituere quantum æſtimabitur periculum, & cuſtodia ouium; quia ratione anticipatæ ſolutionis omnia illa grauamina nõ reiiciũtur in venditorem, quod idem dices, ſi venditor obligetur reemere illas oues eodem pretio, quo vendidit, fructibus interea ab emptore perceptis. Perinde enim ſe habet, atque ſi venditor mutuò daret illud pretium, & ſupra ſortem exigeret fructus ouium. Quare pretium illorum fructuum reſtituere debet. Nulla etiam, & illicita eſt emptio, qua emuntur mille oues v.g. definito pretio currenti, tradendæ tamen eo tempore quo pluris valituras ſperatur. Idem dicas de frumento quod emitur 20. tradendum eo tempore, quo valebit 30. aut ſolum 25. vti iam nuper monuimus: nam qui plus accipit, aut minus dedit quàm valeat tempore traditionis, tenetur illud reſtituere. 1

Secundo qui emit boues quos venditor non habet, 2

bet, quos illi tamen locat, eùm tamen sciat eum non habere, vsuram committit, & pretium locationis restituere tenetur: est enim fructus mutui impliciti. Si verò credebat venditorem habere boues, nihil tenetur restituere, immò potest si quid soluendum superest, repetere, quia tantumdem lucri ipsi cessisset, si verè boues en illet, & locasset, vt verè se emisse, & locasse putabat: si tamen essent empti boues indefinitè, & non in singulari, quia periculum ipsorum non pertineret ad emptorem, non liceret ex locatione eorum quidquam accipere, cùm nullos boues in singulari haberet, ex quibus lucrum colligeret: & si boues non vidit emptor, dum emit, suspicio est fraudem interuenisse: si vidit & venditor suos esse mentitus est, validus est contractus, quo pereunte si boues pereant, pereunt emptori & locatori, & venditor solù m tenebitur ad pretium conductionis, & quanti interest boues fuisse venditoris, & emptorem non fuisse deceptum. Molina *tract. 2. disp. 362.* nosque aliquid de tali contractu diximus in *opere de vsuris lib. 1.*

3 Tertiò aliquando pretium lege definitum est carnibus, pomis & cæteris eiusmodi in singulas libras, venditores autem vi fraudem legi faciant has merces, & deteriores quidem vendunt definito pretio, meliores verò maiori. Hos venditores excu ant Homobon. *1. part. exam. tract. 7. cap 17. quæst 80.* Molfes. *tom. 2. tract. 12. capit. 5. numer. 89.* Rodrig. *in sum. cap. 122. numer. 1.* Verius tamen, & violatæ legis, & ad restitutionem damnat Filluc. *tract. 35. capit. 4. numer. 88.* Fernand. *in instruct. confessar 3. part. cap. 22. numer. 4.* & alij, quia faciunt iniuriam emptoribus, qui habent ius à lege emendi tali pretio, lex verò comprehendit omnes res eiusdem speciei, licet non omnes sint æqualis omninò bonitatis. Vide Dian. *1. part. tract. 8. resolut. 35. & 53.*

4 Quartò qui vendit credito merces, & propter periculum recipiendi pretij, illud auget, damnatur tanquam vsurarius à Soto *libro 6. de iustit. quæst. 4. art. 1. dub. 2.* Nauar. *cap 23. numer. 81.* Garf. *de contractib. lib. 1. cap. 23.* Tolet. *lib. de sept. peccat. cap. 5.* Azor. *part. 3. lib. 8. cap. 8 quæstion. 7.* Rebell. *2. part. de obligat. iust. lib. 9. quæstion. 12. numer. 1.* quia periculum illud non recuperandi mutui vel crediti non est secundùm se vendibile, quia ex natura rei consequitur necessariò ipsum mutuum & creditum, ac proinde non debet distincto pretio ab ipso mutuo & credito æstimari; verius tamen hoc etiam titolo posse aliquid in mutuo & credito accipi fusiùs ostendimus in *opere de vsuris lib. 2.* estque eadem omninò ratio in venditione credito facta, vti nuper *art. 3.* monebamus, quando idem periculum, illudque verum & non fictum reperietur; quia illud reipsa æstimabile est. Et sanè qui pro eo credito rogaretur fideiubere, posset pro ea fideiussione & obligatione præstandi periculi aliquid stipulari. Cur igitur venditor, qui idem periculum subit, aliquid etiam stipulari non poterit. Itaque probant hoc pretij augmentum passim DD. Medin. *C. de restitut quæstion. 38. causa 3.* Petrus à Nauarr. *de restitut. lib. 3. cap. 2. numer. 105. & cap. 3. numer. 341.* Valent. *2. 2. disp. 5. quæst. 20. punct. 2. concl. 4.* Sa *verb. venditio, numer. 3.* Rodrig. *2. part. sum. capit. 83. numer. 3.* Lessi. *lib. 2. capit. 21. numer. 54.* & qui plures alios adducit ac sequitur Sanctarell. *part. 1. resolution. quæstion. 47.* & Salas *de vsur. dub. 27. numer. 3.* Difficultas sola esse potest quod sit huius periculi iustum pretium. Existimo non posse tradi regulam vniuersalem, sed relinquendum arbitrio prudentum, pensatis diligenter variis circumstantiis: neque enim semper æquale periculum existet, sed aliquando minus, aliàs maius. Sanè id totum quod venditor libens daret, vt alius id periculum præstaret, exigere poterit ab emptore.

Quintò Sempronius mense Ianuario vendit 5
centum modios tritici tradédos Caio mense Iulio, quo tempore soluet pretium definitum men e Ianuario, quo contractus venditionis celebratur, illud verò pretium neque est pretium commune mense Ianuario, neque quod commune erit mense Iulio dum fiet traditio, & simul solutio; sed aliud quoddam quod isti contrahentes definiunt, & de quo conueniunt; & ferè ita paciscuntur: vt si mense Ianuario pretiũ commune modij frumenti sit quadraginta solidorum, mense Iulio soluantur quadraginta tres, atque adeo augent pretium quod erat tempore contractus, illudque maius soluetur quando Iulio mense frumentum tradetur, quo tempore tamen fortassis minus valebit. Præterea si Caius emptor hos frument modios sibi mense Iulio tradédos, prius toto illo medio tempore à Ianuario ad Iulium postularit, tenebitur venditor illos repræsentare, quo etiam toto tempore eiosdem venditoris periculo stant; exacto verò mense Iulio si Caius emptor frumentum à se emptum non acceperit, cogetur ad id à Sempronio venditore, qui etiam protestabitur de suo interesse, & expẽsis, totùmque, periculum & custodia frumenti erit emptoris. Hunc contrahendi modum solemnem esse in Sicilia testatur Dian. *1. part. tract. 8. resolut. 65.* & inter metitò illum tanquam iustum tuetur, quia augmentum pretij supra commune mense Ianuario, quo fit venditio, ex quo augmento suspicari possemus aliquam iniustitiam, fit propter onus quod subit venditor seruandi suo periculo frumentum vsque ad mensem Iulium, & præterea illud toto medio tempore quoties voluerit emptor repræsentandi: quod onus omninò æstimabile est, & sine expensis fieri non potest. Deinde incertum est pretium futurum mense Iulio: quia & maius, & minus esse potest, quàm fuerit mense Ianuario, quo fuit celebratus contractus venditionis; itaque cùm æquali se periculo contrahentes exponant, non potest in eo veluti aleæ contractu committi iniustitia, quod constabit amplius vbi de contractu aleæ disputabimus.

Sextò diximus ex donatione admixta venditioni posse augeri pretium; quia totus ille excessus censetur condonari ab emptore, qui scit rei valorem, vt sapienter monet Molina *tract. 2. disp. 351. numer. 4.* & Reginald. *lib. 25. capit. 16 numer. 289.* Valent. *2. 2. disp. 5. quæstion. 20. punct. 5. §. 2.* aliique passim tradunt. Difficultas tamen est quandonam venditor vendens minùs pretio iusto, & emptor emens supra iustum pretium, censeantur donate. Respondet Sa *verb. venditio numer. 20.* id contingere quando minimus est ille excessus, aut defectus iusti pretij. Verùm nunquam donatio etiam in minimo præsumitur, nisi quidpiam aliud accedat; quia donare est perdere in iure. Alij petunt ex scientia venditoris vel emptoris, qui volentes & scientes infra iustum pretium vendunt, aut supra iustum emunt. Verùm si non accedat aliqua alia causa impellens ad hanc diminutionem, aut incrementum iusti pretij, non debet præsumi donatio; quia necessitas atque alia eiusmodi causa, & non animus donandi vigere potest. Debet igitur in hoc 6

hoc casu esse tum cognitio iusti pretij, quod diminuitur vel augetur, tum abesse omnis necessitas, aliáue causa diminuendi, augendiue iusti pretij: tunc enim etiam in foro externo liberalis donatio iure præsumitur, vt obseruat Menoch. *lib. 2. de arbitrar. casu* 88. *sub fin.* neque opus est vt vtatur nomine donationis, quia illam sæpè tegere & firmare vult nomine venditionis & emptionis.

7 Hinc solues vulgarem quæstionem an ludentes qui famulis pro foliis lusioris, candelis, aqua refrigerata, & aliis eiusmodi certam pecuniam dant, quæ aliquando superat valorem earum rerum, censeantur donare, an verò excessus sit illis restituendus. Resp. enim in communi hominum æstimatione & praxi præsumi donationem hoc casu, neque mouendum esse scrupulum his famulis, qui aliquando munus pinguius accipiunt. Vide Dianam 5. *part. tractatu* 14. *resolut.* 39. De præsumptione item donationis quandonam talis censeatur, vide bene multos ab eodem Diana adductos *par.* 8. *tract.* 6. *resolut.* 114.

8 Octauò quibusdam in locis mercatores emunt futuros pannos, arborum fructus & terræ, partus animalium, & cætera eiusmodi, eo pretio quod publica authoritate taxabitur, dum merces illæ colligentur, quod definitum quidem est, sed minus quàm id quo deinde cæteris mercatoribus, qui tunc tantùm emunt, venduntur eiusmodi merces. Hunc contractum tuetur Azor 3. *parte libro* 8. *de empt. cap.* 10. *quæstion.* 4. quia pretium illud quod definitur authoritate publica iustū esse censendum est, & licèt sit minus, quàm deinde futurum sit, copia mercatorum adueniente, id non arguit iniquitatem pretij prius constituti.

ARTICVLVS V.

De iure & obligationibus venditoris.

Prima obligatio venditoris, vt præstet emptori habere licere. 1.
An teneatur tradere dominium rei venditæ. 2.
Obiecta diluuntur. 3. 4. 5.
An venditor cogatur rem præcisè tradere, an id tantum quod interest emptoris. 6.
Duplex necessitas, præcisa & causatiua. 7.
Non tenetur venditor præcisè rem venditam tradere. 8.
Probatur. ibid.
Obiecta ex iure diluuntur. 9. 10. 11. 12.
Probatur ratione. 13.
Diluuntur obiecta. 14. 15.
Traditionis faciendæ modus. 16.
Altera vēditoris obligatio, vitia mercis occulta aperire. 17.
Vitium directè oppositum intentioni ementis aperiendum est. 18.
Quid de vitio non directè opposito. 19.
Quid si venditor vitium mercis ignoret. 20.
Quid si in vniuersum caueat se non teneri de vitio. ibid.
Quanam actio detur ementi propter ipsi occultata vitia. 21.
Tertia obligatio venditoris, vt teneatur de euictione. 22.

CVm *articulo primo* diximus venditionis contractum solo vendentis, ementisque consensu perfici, ac proinde statim obligationem vltrò citróque nasci, de ea obligatione deinceps agendum superest; explicata enim obligatione vnius, ius illi in altero contrahente correspondens notum fiet.

Prima igitur venditoris eaque veluti essentialis 1
obligatio est vt emptori præstet habere licere rem quam vendidit, *l. venditor* 8. *D. de euiction. l. seruus* 30. §. 1. *D. de action. empt.* habere autem est fructus rei percipere posse; quare vbi primum id licet emptori, contentus esse debet, *l. Iulianus* 13. §. *possessionem* 21. *D. de action. empt.* Non obligatur autem venditor tradere dominium rei, satisque est si possessionem tradat emptori, vt rem illi habere liceat, *ex cit. l. si seruus:* non enim est hæc obligatio ad dandum, vt in stipulationibus, sed simpliciter ad tradendum, *l. si rem tradi* 28. *D. de verbor. oblig.* & *l. si ita* 1. §. 1. *D. de contrahend. empt.* vbi Vlpian. *Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, vt cogitur qui fundum stipulanti spopondit.* Est verò traditio vacuæ possessionis translatio, *l.* 3. *D. de action. empt.* non tantùm naturalis datio, vt *in l.* 8. *D. de pecul.* vel vt dixit Theophil. *de manu in manum translatio*, sed ciuilis ac vacuæ possessionis translatio; hoc est, vt qui tradit, dominij animum deponat; & qui accipit, sumat, *l. vlt. D. de vsufruct. quemadmod. cau. l. serui* 16. *D. de pericul. & comm. rei. vend.* vbi ostenditur traditio quę in locatione fieri solet aliam esse quàm quæ in venditione requiritur: nam conductor tantùm naturaliter possidet, vel potiùs, magis est in possessione fundi, quàm possidet; at traditio in venditione ciuilis esse debet.

Hinc fit vt quamuis res aliena vendita sit & tra- 2
dita; quamdiu tamen non euincetur, nihil habeat emptor quod conqueratur, *l. qui rem emit* 3. *C. de euict.* & *l.* 1. *D. de rerum permutat.* quia venditor illi tradidit rei venditæ possessionem; non potuit autem transferre dominium, quod non habebat; & dedit emptori id ad quod tenebatur, non vero dominium, quod ipse non habebat; obligatur nihilominus venditor per quandam consequentiam ad transferendum rei venditæ dominium in emptorem: nempe si ipse venditor eius dominus existat; quia obligatur ad traditionem rei venditæ, at omnis traditio quæ fit ex iusta aliqua præcedenti causa, cuiusmodi est emptio, transfert in accipientem illud omne, quod erat penes tradentem, *l. traditio* 20. *cum l. numquam nuda* 31. *D. de acquir. rerum domin.* & *l. ex empto* 11. §. 1. *D. de action. empt.* Si igitur venditor rem à se venditam tradat emptori, suum dominium illius rei in ipsum transfert, & eùm ad eam, vt dixi traditionem obligetur, ad transferendum quoque rei suæ venditæ dominium, si res vendita corporalis sit, aut quasi dominium, si sit incorporalis, vt iura, & actiones, consequenter obligatur. Et sanè emptiones atque venditiones institutæ sunt ad acquirenda rerum dominia, non autem ad acquirendam duntaxat possessionem *leg. numquam nuda* 31. *D. de acquir. rerum domin.* qua fortassis de causa lex 12. tabularum, nomine emptionis omnem alienationem aliquando significat, vt vides *in l. statuliberi à cæteris* 29. §. 1. *D. de statuliber.* Denique si id ageretur inter emptorem & venditorem, vt rei venditę dominium non transferretur, nulla esset venditio, *l. penult. in fin. D. de contrah.*

contrah. empt. eritque vel locatio, quæ dominium transferre non solet, *l. non solet 26. D. locati*, vel emphyteusis, quæ tantum longioris temporis locatio quædam est, *l. 1. & 2. D. si ager. vectigal. vel emphyt. petat.* vel depositum, commodatum, aliudue genus contractus, qui dominium non transferat, quia quoties id agitur inter contrahentes, vt aliquid fiat quod est contra naturam contractus, totum negotiũ in aliud genus contractus transeat necesse est *l. vbi ita donatur 27. D. de donat. caus. mort. l. cum precario 12. D. de precar. l. nuda 54. D. de contr. empt. l. in adib. 9. D. de donat.* Atqui natura venditionis est, vt sit titulus habilis ad transferendum dominium, si modo venditor sit dominus, nec quidquam sit quod alienationem & dominij translationem impediat *l. clausibus 74. D. de contrah. empt.* Quod autem diximus venditorem non cogi rem dare, hoc est dominium transferre, sed tantùm tradere, siue vacuam possessionem rei venditæ transferre, significat in omni venditione non cogi venditorem ad eam dominij translationem, quę proinde venditioni essentialis non est: alioquin in omni vẽditione, vbi adueniret traditio, reperiretur, atque ita iure gentium constitutum est, quia placuit rem alienam vendi posse *l. si ita distrahatur. 25. §. 1. l. rem alienam 28. D. de contrah. empt.* & nos aliàs ostendimus, in qua venditione venditor non potest transferre dominium rei venditæ, quo ipse caret; natura tamen venditionis est, vt sit translatiua dominij per traditionem ad quam obligat, nisi quidpiam eiusmodi dominij translationem impediat, vt contingit quando venditor rei venditæ dominus non est, quo casu, vti diximus, obligatur rem tradere emptori, & illi præstare vt *liceat habere*, non tamen illum rei venditæ facere dominum, id siquidem præstare non potest.

3 Dices primò æquitatem postulare, vt in contractu bonæ fidei, & vltrò citróque obligatorio, qualis est contractus emptionis, & venditionis, æquales vtrique sint præstationes. Atqui emptor cogitur dominium pretij transferre in venditorem *l. ex empto 11. §. 1. D. de action. empt. & l. 1. D. de rer. permut.* Igitur cogendus est venditor rei venditæ dominium dare, siue rem venditam facere emptoris.

Resp. discrimen esse quod emptor sit debitor pretij, venditor autem speciei: pretium porrò consistit in pecunia numerata, quæ quia in genere consistit, functionem accipit in suo genere, *l. 2. § mutui datio. D. de reb. cred.* poteritque emptor ex re qualibet pecuniam, quæ sua sit, conficere. At verò venditor cùm sit debitor speciei, quæ in sua specie functionem non recipit, vel illam nullo modo præstare debet, vel talẽ qualis est, ac proinde si aliena vendita est, aliena præstatur; neque alia quàm quæ præstari potest. Impossibile verò est, vt rem alienam præstet venditor, & tamen emptorem eius dominum faciat, sed duntaxat possessorem per traditionem illi factam. Denique solutio non aliter fieri potest, quàm si dominium pecuniæ aut cuiusl bet rei solutæ transeat à debitore in creditorem, *l. si mandauero 22. § si mandauerim, in fin. D. mandat. l. si alieni 78. cum l. is qui alienam 60. D. de solut.* ideoque à solutione non licet ad venditionem argumentarj quoad translationem rei solutæ, & venditæ.

4 Dices secundò hinc fieri grauem iniuriam emptori, qui existimabat se rei emptæ dominium comparasse, quam tamen abiicere cogitur. Fit etiam iniuria domino ipsi à quo sua res aufertur valido contractu sine suo facto & consensu.

Resp. æquissimo iure constitutum fuisse, vt rei alienæ venditio valeret, modo à nobis explicato *lib. 1. cap. 4. art...* & venditor non cogeretur dare, id est dominium transferre, sed tradere duntaxar, & emptorem possessorem facere: alioqui enim pleræque venditiones impedirentur, magna confusione & damno commerciorum, quæ ferè venditionibus & emptionibus celebrantur, quia difficillimum est emptori dignoscere an res sit venditoris propria, an aliena, faciliúsque dignosceres liberum hominem à seruo, & locum sacrum, & religiosum à profano *l. 4. & 5. D. de contrah. empt.* Perpetuò igitur emptor de validitate suæ emptionis dubitaret. Cæterùm eius immunitati consuluerunt iura, etiam dum alienę rei venditionem validam esse voluerunt: nam si bona fide emit, vsucapere contra dominum poterit, si cætera omnia ad vsucapiendum necessaria reperiantur. *leg. clausib. 74. D. de contrah. empt.* Deinde si res aliena quæ vendita fuerat, euincatur, habebit emptor venditorem de euictione obligatum, id est, in omne id quod emptoris interest, si ei rem habere non liceat, *l. ex empto 11. §. 1. D. de action. empt. l. habere licere 57. l. si in venditione 60. l. euicta 70. D. de euictione.* Si tamen emptor pretium venditori numerarit, aut ei alio nomine satisfecerit, id eum exigere posse per legem 12. Tabul. nuper monuimus. Habet igitur emptor actionem ex empto, & de euictione, si rem emptam ei habere non liceat, siue dominij iure, siue etiam pignoris iure, & quasi per Seruianam euincatur, *l. si mancipium 34. § vlt. & l. seq. D. de euiction.* quinimò antequam res euincatur, statim atque emptor de illa controuersiam patitur, habebit actionem aduersus venditorem: non quidem ad restitutionem pretij, sed ad rem defendendam, *l. si plus 74. §. nota quæstione. Digest. eod.* quare priusquam lis moueatur, poterit emptor vtiliter agere ex empto in id quod sua interest rem suam factam esse, quoties venditor sciens rem alienam ipsi ignoranti vendiderit. Ex quibus omnibus efficitur satis esse debere emptori, quod venditor obligetur ei rem venditam tradere; sic enim si venditor sit dominus trãsfert necessariò dominium in emptorem media traditione possessionis, à qua hoc casu dominium separari nequit, *l. traditio 20. D. de acqu. rer. domin. & l. per procuratorem 8. C. de acquir. possess.* Si verò venditor dominus non sit, transfert in emptorem bonæ fidei vsucapiendi conditionem, seque obligat de euictione in omne id quod emptoris intererit, modo explicato; sed de euictione plura inferiùs.

5 Dices tertiò in venditione ista valida rei alienæ fieri iniuriam eius domino, & peccari contra vniuersalem illam iuris gentium, & ciuilis regulam. Id quod nostrum est sine nostro facto nobis auferri non posse.

Resp. manere semper domino potestatem rem suam vindicandi, & auferẽdi ab emptore, *l. rem alienam 28. D. de contrah. empt.* modo tamen vsucapta non fuerit: nam si fuerit vsucapta, suæ negligentiæ dominus id tribuere debet.

6 Dices quartò emptiones venditionesque in locum permutationum ad facilitatem commerciorum inductas esse, vt diximus aliàs. Et sanè venditio nihil aliud esse videtur, quàm rei venditæ cum pretio permutatio, eosdem igitur effectus habere debent. Atqui in permutationibus dominium vltrò citróque transfertur, ideóque qui rem alienã dat, non dicitur facere permutationem, *l. 1. §. Pedius, D. de permut.* igitur neque venditio erit, nisi transferatur dominium rei venditæ, ad quod acquirendum inducta est venditio.

Resp. nomen ipsum permutationis mutuam ipsam dominij translationem indicare, neque enim mutatur dominium, quod manet eiusdem; quod autem emptio in locum permutationis successerit, non postulat vt eodem iure in omnibus censeatur; cùm inter hos contractus sint plures aliæ differentiæ: cúmque frequentior multò sit vsus venditionum, quàm permutationum in commerciis, eorumdem commerciorum commoditas, facilitasque postulat, vt rei alienæ venditio valeret, & venditor non daret, hoc est dominium transferret, sed tradere hoc est vacuam possessionem emptori dare cogeretur, vti hactenus explicuimus.

Maneat igitur primam obligationem venditoris esse, vt rem tradat emptori, ex qua traditione emptor sit dominus rei traditæ, si illius dominium venditor habebat. Si verò non habebat, emptor fit eius ciuilis possessor, eique illam licet habere, & fructus eius colligere donec euincatur; quo casu habet sibi venditorem obligatum, & aduersùm illum actionem ex empto, & de euictione.

6 Magna tamen & grauis etiam inter veteres, & Martinum ac Ioannem dissensio fuit, hodiéque perseuerat circa hanc traditionem, an videlicet venditor cogi possit rem ipsam tradere si possit, an verò præstando id quod intererit emptoris, liberetur & rem sibi retinere iure queat. Primum illud passim contendunt DD. Martini sententiæ adhærentes, quos adducit Couuar. *lib. 2. variar. cap. 19. num. 1.* Anton. Gomes. *tom. 2. cap. 2. n. 20. §. secundò, in fine*, definitumque fuisse à Paulo dixit Cuiac. *ad lib. 1. sent. tit. 13. de iudicat. §. 4* & latiùs explicuit Anton. Faber, *lib. 6. coniectur. cap. 17.* Nihilominus in arbitrio esse venditoris vel rem ipsam venditam tradere, vel id quod intererit creditoris, quod affirmabat Ioannes, plures alij sentiunt, nec illos improbat Couar. sequitur verò Alciat. *in l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest, cap. 1. à num. 22.* quem & alios refert ac sequitur Faching. *lib. 2. controuers. c. 30.* & omnium nouissimè Anton. Faber *decade 85. de errorib. pragmatic. errore 4.* Hanc sententiam eruditè confirmauit priore illa, quam in suis coniecturis docuerat, reiecta. Non quærimus verò an venditor obligetur rem tradere emptori, id enim apertissimi iuris est, vti iamdiu monemus, *l. ex empto. 11. in princ. Digest. de action. empt. §. pretium, inst. de emptionibus. §. perficiuntur. inst. de donation. leg. fistulas 78. §. fundum, Digest. de contrah. emption.* atque alibi sæpius, sed quærimus an venditor cogi possit præcisè vt rem venditam tradat, an verò sub ea tantùm distinctione, & alternatione, nisi quidquid emptoris intererit præstare malit; atque huic secundæ sententiæ nos, vt iuri conformiori insistimus.

7 Obserua verò duplicem esse necessitatem in iure, præcisam vnam, alteram causatiuam. Hæc quidem est verè ad præstandum quidpiam ad quod obligamur, vel ad satisfaciendum causæ propterquam ad id obligamur: qui tibi promisit se pro te Romam iturum, habet necessitatem eundi Romam, qua tamen necessitate liberabitur, neque Romam ire cogeretur, si quidquid ex tua causa interest præstare maluerit: neque enim vlla vi adhibita assequi poteris vt Romam inuitus eat, si ire nolit; quia tam liberum est homini vt velit, aut nolit, quàm necesse est vt homo sit. Necessitas igitur causatiua ita obligat, vt vel præstandum nobis sit id ad quod obligamur, vel implenda causa propterquam obligamur: sic enim dicimur illi necessitati satisfecisse, de eaque necessitate duntaxat loquuntur ferè omnia iura quæ de necessitate quidpiam faciendi agunt, *vt l. mulier 21. §. si metu. D. quod met. caus. l. si patre cogente 22. D. de ritu nuptiar.*

Necessitas autem præcisa est, qua cogimur illud ipsum ad quod obligamur ita præstare, vt non liberemur quidlibet aliud præstando, aut quouis alio modo huiusmodi obligationis causę satisfaciendo. Itaque præcisa dicitur obligatio, aut vt alij loquuntur, ad vnguem, quia non est sub aliqua distinctione, & velut alternatione, vt quidpiam eius vice poni & præstari possit, quo impleatur obligatio, & idcircò hæc necessitas dicitur habere semper aliquid inciuile propter admixtam violentiam. Hanc igitur necessitatem præcisam tradendi rem venditam emptori negamus esse in venditore, & illi tantùm causatiuam tribuimus, cui satisfaciat vel tradendo rem ipsam, vel præstando quidquid intererit emptoris, quod docet secunda sententia nuper relata, quæ.

Probatur primò quia numquam iura necessitatem illam præcisam imponunt venditori, sed disertè affirmant si rem non tradat teneri ad id omne quod interest emptoris, *l. 1. l. ex empto 11. §. & in primis & §. idem ait, l. si iactum retis 12. l. quintus 40. D. de action. empt. l. si traditio 4. C. eod. l. qui tibi 6. C. de hæredit. vel action. vend.* & omnium disertissimè Iustinian. *in l. contractus 17. C. de fide instrum. Necessitas venditori imponatur vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest persoluere.* Vides igitur permitti ab Imperatore electionem venditori vel perficiendi contractum, tradendo nimirum rem venditam, vel soluendi quod interfuerit emptoris, ita vt nō possit cogi nisi ad alterorum, adeóque eiusmodi necessitatem non esse nisi alternatiuam: Quare frustra afferunt aduersarij iura quæ obligant venditorem ad rem tradendam; neque enim nos hoc negamus, & idcircò asserimus si rem non tradat teneri ad totum interesse emptoris, ad quod reuerà non teneretur, nisi fuisset obligatus non tradere, aut eius loco soluere emptoris interesse. Itaque, vt sæpius monuimus, ea obligatio tradendi rem venditam non est præcisa, sed causatiua, & illi satisfaciet soluendo quod intererit emptoris: neque quidquam ex iure possunt adducere quod eam præcisam necessitatem, de qua solùm disputamus, imponat, vt expendenti quæ hactenus adducta sunt, facilè constabit. 8

Affertur igitur in primis, *§. pretium, instit. de empt. & vend.* vbi Imperator agens de venditione cuius pretium tertij cuiusdam arbitratu definiendum relinquitur, atque contra veteres quosdam constare eam venditionem, ita vt cùm tertius ille nominatus pretium definierit; *tunc omnimodo secundùm eius æstimationem & pretium persoluatur & res tradatur.* Vides igitur omnimodam esse necessitatem rem venditam tradendi sicut & persoluendi pretium. 9

Resp. non agere Imperatorem de præcisa necessitate tradendæ rei venditæ, sed adimplendæ venditionis, quod ex quæstione, quam versat facilè colligitur, dubitabatur enim apud veteres, vt ipsemet refert, an constaret venditio cuius pretium arbitratoris certi & nominati iudicio relictum erat, & an impleri deberet talis cōtractus, ex eoque nasceretur actio ex empto & vēdito, quod totū definit imperator: cōstituitque eiusmodi venditionem constare, atque statim atque definitū fuerit pretium adimplēdam esse venditionem ab vtroque contrahēte, persoluendo pretium & tradendo rē, & nasci actionem ex empto & vendito. *Venditio*, inquit, *ad effectum*

per

perducatur emptore quidem ex empto actione, vẽditore ex vendito agente. Habet itaque emptor actionem vt venditor contractum adimpleat, quod fit vel tradẽdo rem venditam, vel quidquid eius intererit ob rẽ non traditam persoluat: neque aliud postulare iure poterit emptor, quàm vt ipsi præstetur quidquid ex ea emptione ipsius interesse potest. Est igitur præcisa necessitas adimplendi contractum validæ venditionis, quod fit ab emptore persoluendo pretiũ, à venditore tradendo rem venditã, aut præstando emptori quidquid eius interest; neque ex Iustin. verbis & mente colligi potest præcisa necessitas tradendi rem venditam; quod contendunt aduersarij, sed implendi venditionem, vel præstandi totum interesse emptoris. Et sanè idem Imperator *in l. vlt. C. de contrab. empt.* vbi eandem veterum dubitationem decidit, & ex qua desumptus est *ille §. instit. Sancimus*, inquit, *omnimodo secundùm eius æstimationem, & pretia persolui, & venditionem ad effectum peruenire.* Vbi vides nihil dici de rei traditione, sed de impletione venditionis secundùm eius effectum, quamquã si iis locis loqueretur de necessitate traditionis, illũ liceret interpretari de obligatione tradendi, quę ex perfecta tunc venditione nascitur, non autem de obligatione præcisa tradendi. Obligatio siquidem omnis inducit aliquam necessitatem; est siquidem ex vulgata definitione, Iuris aliquod vinculũ, quo necessitare adstringimur alicuius rei soluendæ secundùm nostræ ciuitatis iura: illa verò res solui potest variis modis, & illi obligationi satisfieri aliter quàm præstando rem ipsam, seu soluendo duntaxat, siue tradendo rem ipsam, siue qun alio modo secundum nostræ ciuitatis iura; & multò magis secundùm ius ipsum commune, quod sæpius dat vẽditori electionem tradendi rem venditã, aut præstandi quidquid interest emptoris, atque adeò necessitatem & obligationem implendæ vẽditionis, & ad effectum perducendi, de obligatione sub distinctione & alternatione tradendi rem venditam, nisi præstare malit quidquid intererit emptoris, interpretatur. Neque aliter accipias *§. perficiuntur, inst. de donat.* vbi Imperator ait post perfectam modo illic assignato donationem ad exemplum venditionis habere necessitatẽ traditionis; quia nimirũ est obligatio tradendi vi perfectæ donationis, sicut venditionis; non tamẽ est obligatio illa præcisa de qua loquimur, vt vides.

10 Afferunt secundò *l. si cum fundum 68. §. vlt. D. de contrab. empt.* vbi Proculus ait solitos plerosque addere in venditionibus hanc clausulam: *Si dolus malus à venditore aberit*: quæ clausula videtur superflua cùm semper dolum abesse oporteat, etsi de eo nihil adiectum sit: non videri autem dolum abesse si per venditorem factum sit, fietue quominùs fundum venditum emptor possideat. *Erit ergo*, inquit, *ex empto actio, non vt venditor vacuam possessionem tradat, cùm multis modis accidere poterit ne tradere possit, sed vt si quid dolo malo fecit, aut facit, dolus malus eius æstimaretur.* Quibus verbis significat euidenter Proculus se non dubitare quin cogendus sit venditor vacuam rei venditæ possessionem tradere, si in eius potestate est vt tradat, nec deueniẽdum esse ad æstimationem doli, hoc est, ad præstationem eius quod interest, tum quoque cùm dolus vẽditoris intercessit, nisi cùm aliqua de causa impeditur venditor ne rem tradere possit. Alioquin cur diceret Proculus venditorem dolo malo videri facere, cùm per eum fit ne venditam rem possit, aut velit tradere; si quod nos asserimus, & si maximè posset, & vellet tradere, cogi tamen nequeat ad præcisam traditionem; è cõtrariò verò si venditor vellet rem tradere, nec tamẽ posset ex aliqua causa, teneretur tamen ex natura contractus & actionis ex empto ad id quod emptoris interesset, licèt nullus fuisset eius malus dolus; vt si rem alienam ignorans vendidisset, quæ à domino aut aliquo creditore ante traditionem iure pignoris euicta proponeretur, *l. ex empto 11. §. 1. D. de action. empt. l. si in venditione 60. D. de euict.* Non itaque dolus venditoris, sed natura contractus & actionis ex empto facit, vt venditor ob nõ factam traditionem rei venditæ condemnandus sit ad id quod emptoris interest. Cùm igitur Proculus ait hoc loco dandam esse actionem ex empto contra venditorem propter dolum malum, dolum omnino constituit in eo quod venditor causam posuerit per quam impeditur ne rem venditam tradat, aut tradere possit. Igitur rem venditam præcisè tradere tenetur: quod si volens non faciat cùm possit, aut ipsemet ponat causam ne possit; dolum malum committere dicitur, qui æstimari & præstari debet à venditore.

Resp. in primis Proculum affirmare, venditorem obligari tradere rem venditã si possit, & si id nõ faciat, tenebitur ad emptoris interesse: si enim tradere non possit, non obligatur illam tradere, neque ad id quod interest: id enim iuris æquitas non patitur, vt si homo vẽdens mortuus fuerit ante moram, *l. si homo mortuus 66. D. de verb. obligat.* aut fundus venditus fuerit publicatus, aut assignatus militibus, vt *in leg. Lucius 11. Digest. de euict.* quia nulla est impossibilium obligatio, quod verius est in contractu bonæ fidei, qualis est venditio. An enim bona fides ferre potest aliquem condemnari, quia non facit id quod licet, si maximè facere velit, facere tamen non potest.

Ait secundò Proculus, si dolo malo venditoris factum sit ne rem venditam tradere possit, dandam esse actionem ex empto contra venditorem, non vt vacuam possessionem tradat, quæ tradi amplius non potest; neque etiam ad æstimandam obligationem tradendi, illa enim intercidit statim atque res tradi non potuit, sed ad hoc solum vt dolus vẽditoris ęstimetur, cùm æquitas & bona fides postulet illum nõ manere impunitum, maximè si venditor cauerit dolum malum abesse, absuturumue esse. Deinde cùm ex prima obligatione rei venditæ tradendæ nulla possit sequi condemnatio, neque ad rem tradendam, neque ad id quod interest eo quod res non tradatur, si illa traditio reddita est impossibilis venditori, æquum est dolum per quem facta est impossibilis traditio, & ne propter non traditionem sequatur alia quæpiam condemnatio, puniti grauiùs, & æstimari: si autem dolo malo & per contumaciam venditoris res vendita non traderetur, quam tamen si vellet tradere posset, non esset opus agere de dolo æstimando, & sufficeret æstimari quanti reipsa interesset emptoris, nec augeretur condemnatio ratione doli, qui interuenisse probaretur: quinimmò si propria actione de dolo hîc, de quo agimus, vindicaretur, non posset dari actio, nisi ad id quod interesset emptoris, *l. si traditio 4. C. de action. empt. iuncta l. arbitrio 18. in princ. D. de dolo.* Estque ratio euidens in iure, quia vt res æstimetur supra verum pretium, & id quod interest, quàm verè intersit, id fieri nequit nisi per iusiurandum in litem *l. tutor rem adulti 8. D. de in lit. iur.* atqui in actione empti nunquam iuratur in litem, vt fusiùs ostendit Anton. Faber *lib. 6. coniectur. cap. 27.* quia in actione empti actor non petit rem quæ iam sua sit, sed eam quæ adhuc est aliena, licèt vendita: quare non habet actionem in rem, sed in personam emptoris. Denique quoties id quod actoris interest,

tunc ille emptor, siue quis alius sit, æstimatur, officio vel arbitrio æstimatur absque iureiurando in litem, vt fit in actionibus empti; nulla alia fit doli æstimatio, siue reuerà interuenerit, siue non: quare condemnationem, quæ etiam nullo dolo interueniente facienda erit, dolus augere numquam potest. Si tamen nulla alia condemnatio inueniri posset, tunc solus dolus qui commissus fuisse probabatur, condemnationem omninò inducet, ne dolus malus impunitus relinquatur. Nihil igitur aliud voluit Proculus, quàm dolum venditoris æstimandum esse, qui fecit ne posset rem tradere: quę æstimatio doli, siue eius quod interest propter dolum commissum, facienda erit arbitrio Iudicis, non emptoris *l. si traditio 4. C. de act. empt.* ac proinde non per iusiurandum in litem, quod amplius explicat Anton. Fab. *in l. si cum fundum 68. §. 2. D. de contr. empt.* Vides itaque Proculū nō obligare precisè venditorem ad rei venditæ traditionem, vti contendebant aduersarij.

11 Afferunt tertiò *l. si quis alienā. 46. de act. empt.* vbi Paul. ait venditorem rei alienæ, qui post venditionem & ante traditionem illius dominij factus est hæres, cogendum esse implere venditionem. Igitur ex mente Pauli præcisa est venditori necessitas tradendi rem venditam.

Resp. longè aliam esse Pauli mentem constare ex quæstione illi proposita, an videlicet venditor rei alienæ si factus fuerit eius dominus, vel hereditate, vel quapiā alia ratione ante traditionē, teneatur nihilominus venditionem perficere, hoc est rem tradere. Ratio dubitandi erat quia cùm venditor rei alienæ teneretur duntaxat tradere vacuam possessionem emptori, non autem dominium, vti sæpius diximus; cum autem venditor traditione rei venditę transferat necessariò in emptorem totum ius, ac proinde dominium quod in illam habet; igitur si teneatur iste venditor tradere rem venditam post quā factus est eius dominus, tenebitur consequenter non solam vacuam possessionem, sed etiam dominium tradere emptori, ad quod tamen eùm rem vendidit, ea vi venditionis non obligabatur. Itaque vel modò plus obligatur, vel à traditione liberatur. Respondet nihilominus Paulus hunc venditorem obligari ad perficiendam venditionem, nimirum tradendo rem, vel præstando id quod interesset emptoris. Neque quidquam officit quod rei vacuam possessionem tradendo, simul transferat dominium quod modò habet, & quod tempore venditionis non habebat, ideòque transferre non poterat; quia natura venditionis est, vt vnà cum traditione rei venditæ transeat in emptorem totum ius, quod venditor in illam habet: quare si eùm rem tradit maius aliquod ius acquisiuit, quàm cum vendidit, totum illud ius transfert. Neque dici potest obligari vi venditionis ad aliquid ad quod vi venditionis non obligabatur; quia vi venditionis obligabatur ad trāsferendum totum ius quod habebat in rem venditam, ipsam tradendo, neque ad aliud modò obligatur: quod autem creuerit, aut minotum fuerit illud ius venditoris, per accidens est ipsi venditioni, neque magis grauari dicitur venditor; quia si res aliena à se vendita, ad cuius traditionem obligabatur, euincatur, tenetur de euictione, & ad prestandum totum interesse emptoris quod periculum aut onus æquè graue est, atque trāslatio dominij, si illud habeat. Vult igitur Paulus æquè obligari venditorem ad tradēdam rem, atque ita perficiendam venditionem, siue res sit aliena, siue propria, dum vendidit, aut deinceps facta fuerit: quod si non tradat in vtroque casu, damnabitur ad

interesse emptoris, in quo continetur semper rei pretium siue proprium, siue rem alienam vendiderit, nisi conuenerit vt euictio nulla præstaretur, tunc enim sufficiet reddi à venditore pretium, quod accepit *leg. ex empto 11. §. vltim. D. de action. empt.*

Quæ omnia confirmantur, quia Paul. dicit hunc venditorem cogendum esse ad implendam venditionem. Atqui venditio æquè impletur, cùm præstatur emptori totum quod eius interest causâ venditionis, atque cùm res ipsa vēdita traditur: cùm in vtroque casu consulatur emptoris vtilitati, præstita ipsi omnimoda indemnitate, licèt eius aliquando voluntati & desiderio non satisfaciat. Sic sæpius venditor damnatus à Iudice ad rem tradendam, satisfacit iudicio præstando totum interesse: quāquam aliquod inter hos casus discrimen esse non diffiteamur, quòd venditor ex natura vēditionis habeat liberam electionem vel tradendi rem, vel soluendi quod interest, vt ab ea obligatione liberetur, atque ita possit pro suo arbitrio pecuniam offerre pro re vendita. Quando autem post condemnationem pecunia pro re dari potest, id fit beneficio Iudicis, qui debitum non pecuniarium mutat in pecuniarium, vt iudicati facilior existat executio. Denique ex obligationibus faciendi, qualem esse obligationem tradendi statim demonstrabimus, nulla nisi pecuniaria petitio sequi potest; quia statim atque quod fieri debuit & potuit, factum non est, & mora in non faciendo commissa fuit, succedit in locum facti eius obligatio, & præstatio eius quod interest; ita vt nihil nisi pecunia deduci possit in condemnationem: imò neque in pe. tionem, *l. stipulat. D. de verb. oblig.* immò in ipsis etiam dandi obligationibus non cōdemnatur ad speciem ipsam, aut mercedem dandam, sed semper ad pecuniam; quia ad illam semper agitur, siue agatur condictione certi, vt constat *ex l. vni 22. & l. cum fundus 30. D. de rebus cred. & l. vlt. D. de cōdict. triticar.* siue actione bonæ fidei, aut arbitria; siue in ea iurari possit in litem, siue non, excepta sola cōdictione triticaria, ea qua ipsa res debita deducitur in petitionem, & deduceretur etiam in condemnationem, nisi hoc quoque casu necesse foret litem æstimari, hoc est in pecuniariam condemnationem deduci ad iudicati execurionem.

Afferunt denique aduersarij manifestam, vti existimauit, Cuiacius, Pauli definitionē. Sic enim *libro sent. tit. 13. de iudic. §. 4.* pronuntiat: *Si id quod emptū est neque tradatur, neque mancipetur, venditorem cogi posse vt tradat aut mancipet.* 12

Resp. nihilominus Paulum aliud nihil affirmare, quàm quod omnes fatentur, venditorem ex natura contractus obligari ad rem venditam tradendam, quod non negamus, quodque alibi sæpius in iure affirmatur, si rem nō tradat condemnandum esse ad id quod interest emptoris. Itaque non agit Paulus de præcisa illa coactione, quam contra aperta iura inducunt aduersarij.

Dices nihil reconditi esse in hoc Pauli casu, neque quod in Pauli sententias & effata referretur.

Resp. dubitatum fuisse an ex pacto venditionis & emptionis sequeretur actio per quam cogendus esset venditor ad rem tradendam, aut mancipandam, quia cùm emptio & venditio successerit in locū permutationis, & ex pacto permutationis nulla re sequuta nemini actio competeret, nisi stipulatio subiecta quæsiuerit paciscentibus ex verborum obligatione actionem *l. ex placito 3. C. de rerum permutat. & l. 1. D. eod.* quæri meritò poterat, an ideò de pacto venditionis & permutationis sentiendum esset; an re nō secuta, & nulla stipulatione interposita,

tá, ex eiusmodi pacto nasceretur aliqua obligatio efficax ad pariendam actionem aliter quàm ex nudo pacto contingat Hanc igitur dubitationem tollit Paul. & ait ex eiusmodi iusta conuentione nasci mutuas obligationes, & ex obligationibus actiones empti & vendiri; empti quidem contra venditorem vt rem tradat vel mancipet offerente pretium emptore, vt ipse possit agere ex eo contractu, qui vltro citróque obligatorius est *l. Iul. 13. §. fer D. de act. empt.* & tunc venditor non indiget vlla actione contra emptorem, qui contractum compleuit ex sua parte, vt posset agere, ideóque Paulus ibi egit de sola actione empti, quæ competit emptori contra venditorem. Itaque nihil Paul. facit pro aduersariis, vt vides.

Hactenus pugnauimus ex iure quod, vti initio diximus, & nostram sententiam adstruit, & nihil habet quod contrariæ faueat. Accedit apertissima ratio; quia in obligationibus faciendi constans & perpetuum est, vt ex illis oon alia nascatur actio, quàm in id quod interest, *l. si quis ab alio 13. in fin. D. de re indic. l. stipulationes 72. l. quoties quis aliam 81. D. de verb. oblig.* Atqui nemo negarit tradendi obligationem non tam ad ius quàm ad factum pertinere *l. 4. D. de vsur. l. si rem tradi 28. D. de verb. oblig.* cùm traditio sit facti, *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios.*

Dices non posse aliud pro alio inuito creditore tradi *l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* aliud autem est rem tradere, aliud præstare quod interest. Igitur vnom pro alio inuito emptori dari non poterit.

Resp. primò ex hoc argumento sequi in omnibus obligationibus ad factum præcisè agi posse contra certam, & constantem ioris regulam, alioqui vnum pro alio inuito creditori cui factum aliquod debetur, obtruderetur.

Resp. secundò his obligationibus facti non solui aliud pro alio inuito creditore, quia soluitur id ipsũ quod petitur quando pecunia pro facto præstatur; quia is cui factum debetur, nihil nisi pecuniam petere potest: ita siquidem leges voluerunt ne contra publicam honestatem peccaretur, si facti debitor præcisè ad factum cogeretur, quia id sine vi & impressione fieri nequit; quare queri non debet de debitore creditor, qoi inuitus pecuniam pro facto accipere cogitur, sed de legibus quarũ authoritate cõstitutum est ne aliud pro alio inuitus petere cogatur, quod illi deinde petenti & volenti soluitur, licèt enim inuitus petat, accipit tamẽ volẽs, & recusare non potest qoin accipiat id ipsum quod petit.

15 Dices secundò factum quod consistit in traditione de qua agimus, non esse eiusmodi, vt sine vi & impressione fieri nno possit: nam per obligationem tradendi non tam agitur vt factum aliquod tradentis interueniat, quàm vt possessio rei quæ tradi debet, traosferatur in illum cui res tradenda est, quoquo modo fiat ea translatio. Potest autem iudicis authoritate auocari possessio, & in eum cui debita erat trãsferri, etiã manu militari, si non super sit alia ratio exequendi iudicis sententiam, vt *in l. qui restituere 68. D. de rei vendicat.*

Resp. traditionem ad quam venditor tenetur nõ eò tantùm spectare, vt possessio rei venditæ trãseat in emptorem, sed vt eius quoque dominium, si venditor illius dominus fuerit, transferatur, vti sæpius diximus. Si enim ageretur vt dominium rei venditę non traosirer ad emptorem, nulla esset venditio: atqui hoc dominium in emptorem transferri nequit nisi per traditionem, aut mancipationem ab eo qui sit dominus, cùm idcirco traditio sit translatiua dominij iure gentium & Quiritium: quia æquum est voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. qua ratione 9. § hæ quoque res. D. de acq. rer. dõ. l. traditio 10. l. numquã nuda 39. D. eod.* & fieri omninò nequit; vt siue manu militari, siue quo alio modo transferatur rei venditæ dominium in emptorẽ sine traditione, vt neque ipso Prętoris alteriusue Magistratus imperio fieri id possit, quod ostendit Anton. Faber. *err. 4. cit.* Vnde colligit traditionem omninò necessariam esse, eamque à venditore ipso faciendam, vt rei venditæ dominiũ, quod penes ipsum fuit in emptorem transferatur: & consequenter fatendum esse obligationem istam tradendi esse meri facti, nec magis fieri posse sine vi & impressione vt venditor præcisè cogatur rem tradere, quàm vt pro te Romam eat, aut tabulam pingat. Maneat itaque tandem venditorem cogi ad rem tradendam, aut præstandum quod intererit emptoris, rem non fuisse ipsi traditam, quod etiam amplius confirmat Alciat. *in l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest. c. 2.* Moneo tamen consulendos esse priuatos mores, qui aliquando derogant in hac controuersia iuri communi, & obligant venditorem perfecta venditione, & vbi de illa authentico scripto constabit, tradere rem emptori si in eius potestate sit, nisi venditor doceat se fraude, & dolo emptoris circumuentom esse. Ita passim obseruatur in hoc Lugdunensi emporio, & sic iudicant conseruatores iudices, qui mercatorum controuersiis præsunt.

Porrò circa traditionem istam quærendum restat 16
quomodo facienda sit, eius enim pro rerum tradendarum varietate varia ratio existit. Alia enim est rei mobilis, alia immobilis, alia earum quæ põdere, numero, & mensura constant, alia verò aliarum. Res igitur mobilis, quæ facilè transferri potest, de manu in manom tradenda est, nisi fortè apud emptorẽ iã fuerit, quia tunc pro tradita habetur, & traditio retrotrahitur, *l. si rem 62 D. de evict.* Si grauior res sit quæ difficilè moueri possit, vt colũna, demonstratio rei presentis pro traditione valebit *l. 1. §. pen. D. de acq poss.* aut etiam obsignatio, vt in lignis & trabibus, *l. quod si 14. D. de peric. & com.* Res quę põdere numero & mensura constant, vel venduntur per auersionem, hoc est vniuersaliter vno pretio, & cõfusè; vel singillatim, hoc est ad numerum, ad mensuram, ad pondera: in primo casu traditio fit modò per degustationem, vt in vino *l. 1. l. 4 §. 1. D. de peric. & com. rei vend.* modò per clauium vel annuli obsignatorij traditionem, dummodò apud horreum vel armarium tradantur, *l. clauib. 74 D. de contr. emp. l. 2. C. de peric. & com. l. 1. §. pen. D. de acq. poss.* Quæ verò singillatim venduntur tum demùm tradita intelliguntur, cum admensa, adpensa, annomerata sunt; *l. 2. C. de peric. l. quod sæpè 35. §. in his, D. de contrah. empt.* Rerum immobiliũ traditio facta intelligitur, cùm vacua, ac noo occupata, certa, ac non litigiosa, perpetua, & non temporaria earũ possessio est. Primò igitur vacua possessio tradi debet, vt constat ex *l. qui prædiũ 23. C. de distr. pig. l. 8. C. de act. empt. l. 2. D. eod. l. cùm res 12. C. de prob.* Quare si quis alius legatorũ, fideiuecommissorum causa sit io possessione; aut si creditor, aut venter sit in possessione, non traditur vacua possessio; nam talis possessio tradenda est emptori, vt neque auocari ei possit, neque soperior quisquam esse in possessionis caosa possit, vt ex Iuliano loquitur Vlpian. *l. ex empt. 11. §. idẽ Neratius. D. de act. empt.* Et sanè parum est possidere si fructuum perceptionẽ, & cõmodum à possessione ipsa separetur: neque is qui emit fundum id agit, vt litem emat aduersus eum, qui possessionem detinet; sed vt sibi

sibi fundum, & cum ipso omnia possessionis cōmoda comparet, *l. Iulianus* 13. §. *possess. C. de act. empt.* Secundò certa non litigiosa tradi debet possessio *l.* 3. *D. de action. empt.* in qua non *ratio possessionis*, sed *traditio possessionis*, vt Hotmā. vel *datio possessionis*, vt Anton. Fab. legendum esse ait. Itaque Pomponius talem volt esse oportere traditionem possessionis à venditore faciēdam, vt si quis eam iure auocauerit, non intelligatur tradita possessio. Et sanè quamuis solutione tollatur omnis obligatio §. 1. *inst. quib. mod. toll. oblig.* non tamen solutio parit liberationē, quā-diu res soluta auocari potest, licèt nondum auocata sit, *l. si rem meam* 26. *D. de sol.* Tertiò debet *esse perpetua & non temporaria*, *l. non videtur* 22. *D. de acquir. possess.* nam non potest videri res tradita, quæ non durat tradita *l. Manius* 86. §. *pen. D. de legat.* 2. *l. qui concubinam* 29. §. *si heres. Digest. de legat.* 2. *l. si libert.* 16. *D. de iure patr. l. si credit.* 26. *D. de solut. l. non videtur* 51. *D. de reg. iur.* Sic non videtur in rem versum, quod non durat in rem versum, *l. si pro patre* 10. §. *versum. D. de in rem verso*, neque solutum quod non durat solutum, *l. si rem* 20. *C. si quis aliam* 41. *D. de solut.*

Dices *l. quisquis* 18. *C. de donat.* rei donatæ vel venditæ dominium transferri dicitur sine traditione, solo eius vsufructu retento, quem textum Azo *in sum.* ait. esse vnum è mirabilibus mundi, sed hunc textum à Triboniano corruptum esse contendit Hotman. *qq. illustrium. quæstion.* 11. vbi, *vel vendendo*, verba Tribonian. inseruit; cùm tamen ibi de solis donationibus agatur. Cùm enim antiqua lege Cincia cautum fuisset, vt tum demùm res donatæ intelligerentur, cùm traditæ, vel mancipatæ essent, institutum deinde est, vt qui rei donatæ, vel in dotem datæ vsumfructum retineret, ipsam proprietatem tradidisse videretur; quia qui dominus est, vsufructuarius esse non potest, cùm res sua nemini seruiat; cùm autem ius illud primum abrogatum, deinde restitutum ab Honorio & Theodosio fuisset, *l. pen. & vlt. C. Theod. de donat.* Tribonian. ad illa verba legis *quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vsumfructum eius retinuerit*; contra omnem iuris veteris rationem adiecit, *vel vendendo*. Ex hac igitur Imperatoria constitutione à Triboniano falsata nihil contra assertionem nostram colligi potest ab aduersariis. Atque hactenus de obligatione venditoris ad tradendam rem à se venditam, qua traditione dominium transfertur necessariò in emptorem si ipse venditor eius rei dominus esset.

Altera eaque grauis obligatio venditoris est occultos mercis defectus emptori aperire, aut pro eo vitio pretium minuere; quandonam autem pretium sit minuendum, & quando vitium manifestandum, longis ambagibus disputāt Theologi; ego sic statuerim, vbi prius aduerteris aliud vitium afficere ipsam rei substantiam, vt si vitrum pro gemma vendatur; aliud quantitatem, vt dum vnum pondus, aut mensura pro alia datur, aliud ipsa tantùm accidentia, vt si equus ignauus pro generoso væneat. Denique hæc omnia vitia vel manifesta, vel occulta sunt, de quibus omnibus sic statuo.

18 In primis quoties vitium opponitur directè & absolutè, vel etiam conditionaliter tantùm intentioni ementis, qui nō esset omninò empturus, si vitium illud nosset, venditio nulla est defectu consensus, & quia dolus occultati vitij causam dedit contractui; quare aut vitium debuit aperire venditor, aut à venditione abstinere; alioquin tenebitur ad restitutionem, & ad omnia damna consequuta. Hæc assertio nullam pati potest difficultatem, cùm apertissimum sit defectu consensus contractum nullum esse.

Directè verò & absolutè vitium rei venditæ opponitur intentioni emptoris. Primò quando ea res illi noxia, aut periculosa est, vt equus ferox, domus ruinam agens, vinum fugiens, quod tamen ad seruandum emebat. Secundò quando res est inutilis ad vsum, ad quem emitur, vt pharmaca euanida pro recentibus; semina corrupta pro sanis, pannus adustus pro firmo. Tertiò quando emptor emit ad reuendendum; quo tamen casu S. Thom. 22. *q.* 77. *art.* 3. Rebell, 2. *part. lib.* 9. *q.* 9. & alij satis esse existimant post celebratum contractum monere emptorem de eo vitio, ne maiori pretio reuendat rem, quàm valeat affecta illo vitio.

Conditionaliter vitium opponitur intentioni ementis, quando non esset rem illam cum eo vitio empturus, & non solùm tanto pretio, sed nullo modo: quia noluit omninò rem emere, nisi cum ea conditione, si eiusmodi vitio careret, & non aliter; quam suam mentem verbis vel alia quapiam ratione expressit, vel ex variis circumstantiis illam conijcere licet. Obseruat autem sapienter Valent. 2. 2. *disp.* 5. *quæst.* 20. *punct.* 4. aliud esse hominem ita quidpiā velle, vt si sciuisset aliquam circumstātiam, quæ inest, aut non inest, illud non voluisset; & aliud, velle conditionaliter, si talis circumstantia subsit, & non aliter; quia primum illud significat tantùm hominem non fuisse aliquid voliturum, si sciuisset quidpiam, quod nesciuit, non se nolle tali circūstantia aliter se habente: in secundo autē modo volendi conditionaliter continetur expressus modus nolendi rem sublata circumstantia, aut conditione, quam requirit in re, & quam abesse nescit. Quare lariùs patet illud *si sciuissem, voluissem*, quàm istud, *volo tantum conditionaliter.* Primum ex istis sequitur ex secundo, non tamen secundum ex primo, nam si volo aliquid emere conditionaliter, bene seqoitur si sciuissem aliter se habere conditionem, non voloissem, non tamen valet hæc consequentia; si scioissem aliquid aliter se habere, non voluissem; ergo conditionaliter tantùm volo; alioqoin omnis ferè voluntas humana foret conditionalis, & nihil firmum haberemus in humanis commerciis, sed illæ voluntates verè conditionales essent, ac proinde irritæ, conditione aliter se habente, prout fert natura voluntatis conditionalis; quia cum volitione est simul expressa nolitio, non posita conditione, vti aliàs explicuimus, eademque est Molinæ. mens *tract.* 2. *disp.* 352. *num.* 7. & *disp.* 353. *num.* 21. Neque alia probatione eget hæc regula.

Secundò quoties vitium non opponitur inten- 19
tioni ementis vel directè & absolutè, quia res vendita nō est notabiliter noxia, & inutilis, vel conditionaliter, quia non emitur res cum ea conditione, vt vitio illo careat, & alioquin eam emere nolit emptor, non tenetur venditor occultum vitium manifestare, etiamsi emptor non fuisset empturus, si illud sciuisset. Ita Valent. *loc. c.* Molina *disp.* 355. *numer.* 20. & alij passim cum S. Thom. 2. 2. *q.* 77. *art.* 3. Debet tamen venditor descendere in pretio vt loquuntur, pro ratione vitij: probatur quia tunc seruatur æquitas pretij cum re, neque vlla aliunde committitur iniustitia, aut iniuria fie emptori, omnisque fraus abest, quæ causet inuoluntarium, vti ostendimus; ergo non apparet vnde contractus fiat nullus, aut iniustus. Et sanè si emptor sua culpa non aduerteret vitium manifestum,

contractus

contractus tamen esset validus; neque tenetur venditor indicare, vti S. Thom. *artic.3. citato*, & alij passim docent; saltem quoties vitium illud manifestum non opponitur emptoris intentioni modo explicato: & tamen sæpius si defectum illum aduertisset, non fuisset empturus. Et sanè grauis omninò imponeretur obligatio vendentibus, si omnia mercis vitia etiam manifesta tenerentur vltrò aperire emptoribus; sic enim illos ab emendo & à se auerterent. Neque placet Rebelli restrictio, posse in hoc casu tegi vitia mercis, modò non vendatur nisi pretio iusto infimo; nam cùm pretium summum iustum quoque sit, non video cur ad infimum descendere teneatur eo casu venditor cùm non violet iustitiam.

20 Tertiò quando venditor ignorabat mercis vitia, non tenetur emptori ad damna inde consequuta, cùm non fuerit ipsorum causa voluntaria. Imò si dixerit se nolle teneri de occulte ditio, illudq; ignoret in neutru foro tenebitur, & si deinde vitium compertum fuerit que dum venditio celebrabatur pretium rei æquale, ad nihil tenebitur; quia vendidit rem quantum valebat id temporis, & emptor suscepit in se periculum vitij occulti: si autem venditor sciebat vitium, & illud occultet, alia vitia detegendo, aut dicat in genere se nolle teneri de vitio, tenebitur tamen in vtroque foro æquè atque si nihil dixisset, *l. quaro 39. D. de actionib. empti*; vbi Modestin. definit fundi venditorem, qui expressè cauit vt id demùm venditum esse intelligatur, quod ipse intra terminos & fines demonstratos possedit, sciatque tamen certum locum intra illus fines se non possidere: & eum qui sciens seruitutem deberi à fundo quem vendit, conueniat expressè *vt si qua seruitutes debentur, debebuntur*, teneri iudicio ex empto; quia dolus abesse ab omni contractu maximè bonæ fidei qualis est emptio, debet: dolus verò est quoties emptor à venditore decipitur celato eo, quod si sciuisset, vel minoris empturus, vel omninò non empturus fuisset. Si igitur sciens venditor celauerit emptorem siue in modo agri, quem sciebat esse minorem, siue in seruitute, quam debitam esse non ignorabat, dicendum est venditorem teneri, quamuis generali illa adiectione, & exceptione sibi prospectum esse voluerit; quoniam generales eiusmodi exceptiones ad ea tantùm, quæ venditor ignorauit, pertinent, & non ad ea quæ sciuit, & quæ non nisi insidiosè dissimulare potuit, vt Florentinus loquitur *in l. ea qua 43. §. vlt. D. de contrah. empt.* & quæ ideò specialiter exprimere debuit; alioquin non tam præcautio hæc venditoris dicenda esset, vt sibi consuleret aduersùs oneris improuisi periculum, quàm captio emptoris, qui ea generali exceptione & adiectione deciperetur, *l. 1. §. 1. D. de action. empt. l. quaritur 14. §. si venditor, D. de Ædilit. edict. l. qui libertatis 69. D. de euiction.* Præsumitur siquidem dolus, & animus circumueniendi ex sola taciturnitate scientis, cùm ea nihil aliud sit, quàm callida & insidiosa dissimulatio, *l. si fine 5. C. ad S.C. Vell. l. 2. C. de rebus alien. non alien. l. mulier 11. C. de distract. pignor.* His adde verba generalia facilè recipere interpretationem restrictiuam, quam non facilè capiunt verba specialia, atque adeò in generali illa exceptione, quando specialis adhiberi poſset, iure meritò præsumi dolum. Vide *l. 1. §. 1. D. de action. empt.* & ibi Anton. Fab.

21 Quartò in foro externo si emptor cognito rei vitio non fuisset empturus, modo nuper explicato, & vitium illud notabile fit, datur actio redhibitoria, hoc est, ad redhibendum suum pretium, & rem restituendam: si autem non esset empturus tanto pretio, datur actio quanti minoris, *l. sciendum 19. §. vlt. & l. si tamen 48. §. non uocebit. D. de adilit. edict. l. cùm proponas 2. C. de adilit. actionib. l. quaro 39. l. Iulianum 13 initio, D. de action. empt.* Imò ipse Ambros. *lib. 3. offic. c. 10.* meminit actionis huius redhibitoriæ: *Non solùm itaque*, inquit, *in contractibus cum quibus etiam vitia eorum, qua veneunt prodi iubentur, ac nisi intimauerit venditor, quamuis in ius emptoris transcripserit, doli actione vacuantur; sed etiam generaliter in omnibus dolus abesse debet, aperienda simplicitas, intimanda veritas est.* Ex quibus tamen verbis, & hactenus dictis malè colligunt aliqui contractum illum fuisse validum; quia per hanc actionem rescindendus est: nam optimè obseruat glossa *in l. elegdnter, D. de dolo*, rescissionem non semper dari ad annullandum contractum prius validum, sed aliquando ad reuocandum factum, v. g. ad cogendum venditorem, vt pretium reddat, & rem suam recipiat. Dixi porrò vitium occultatum notabile esse debere, simile quoque damnum afferre ad pariendam hanc actionem; quia de paruis non datur hæc actio *l. 1. §. proinde, l. ob qua vitia, 4. & l. cui dens. D. de adilit. edict.* Sed de his actionibus quæ ab ædilibus inductæ sunt ad vitandas fraudes vendentium, & de vitiis mercis propter quæ dantur, plura dicemus *art. 8. & 9.*

Tertia obligatio venditoris est, vt teneatur emptori de euictione, & si ab illo monitus ipsum non defendat, ferret omnes expensas, quas idem emptor fecerit in iudicio, siue causam obtinuerit, siue non, ex Sylu. *verb. empt. quæst. 25.* gloſſa & Panormit. *in cap. fin. de empt. & vendition.* excipiuntur tamen hi casus. Primò si emptor iudicio contentus non vocauerit venditorem ad defendendam litem. Secundò si vocauit, sed in iudicio contumax fuit, ita vt potiùs ob contumaciam, quam ob malam causam videatur victus. Tertiò si per iniuriam Iudicis causa cecidit: licèt autem venditor in pactum deduxerit ne teneretur de euictione, tenebitur nihilominus ad pretium re euicta, vt ait *ibid.* Sylu. *ex l. ex empto 11. D. de action. empt.* si pactio fit generalis, vt à quocumque euinceretur; si verò fuit specialis, & cum conditione si euinceretur à certa persona, non tenebitur venditor, *l. qui libertatis. D. de euiction.* iuncta glossa; sed de euictionibus plura inferiùs. 22

ARTICVLVS VI.

De obligationibus emptoris.

Iura emptoris. 1.
Obligatio emptoris quoad pretium. 2.
Quid de virtutibus occultis rei empta. 3.
Quid si sit in mora soluendi. 4.
Quid si emit aliena pecunia. 5.

Pauca dicenda sunt hoc loco, & ferè vniuersalia; nam casus singulares ex illis deducentur in consectariis; & quidem quod attinet ad emptoris iura, colligenda ea sunt ex obligationibus venditoris, quibus emptoris iura respondent; eadem siquidem est correlatiuorum cognitio. Ius igitur habet emptor vt sibi venditor rem venditam tradat modo 1

modo nuper explicato, atque vnà cum ipsa transferat in se dominium, si venditor illud habeat; ante eam tamen traditionem non fit ipse dominus rei sibi venditæ, & ius duntaxat ad illam habet. Deinde potest petere compensationem omnium damnorum quæ ipsi creat venditor, siue non tradendo rem tempore præscripto, siue non manifestando vitia occulta notabilia rei, siue vendendo ipsi rem alienam, si illa euincatur, quæ omnia demonstrauimus explicando venditoris obligationes. Denique vbi læditur à venditore, habet aduersus eum actiones varias ex empto scilicet, & redhibitoriam, & quanti minoris, de quibus dicemus *artic*.8.

2 Obligationes emptoris propriæ sunt primò soluere iustum mercium pretium tempore præscripto, illudque integrum, & probum, hoc est, in proba & vsuali moneta. De variis autem defectibus, qui in pretio contingunt, vide Conrad. *quæst*. 55. *de contractib*. peccat enim aliquando nummus in substantia, quia non est probi metalli, in quantitate; videlicet pondere, vel numero, demum in qualitate, si non sit legitimum, & vt loquuntur, eo loco in quo fit solutio vsuale; de quibus omnibus defectibus diximus *lib*.1. *cap*. *vlt*. fusiùs. Tenetur verò emptor non solùm omnes istos defectus pretij vitare, sed etiam si sciat, & occulti sint venditori, eos illi manifestare, eodemque iure, quo dicebamus venditorem obligari ad manifestanda vitia occulta suæ mercis, ne & ipse venditorem decipiat, & damno afficiat; atque ita vel iniustitiam committat, vel etiam faciat emptionem nullam, in quam videlicet non consentit venditor, nisi dolo & errore delusus. Nihil verò magis contrarium est consensui quàm dolus & error, vti sæpius monuimus. Quare sapienter statim Conrad. *q*. *cit*. si pretium aliquo ex defectibus numeratis in substantia, quantitate, vel qualitate deficiat, idque emptor sciat, ignorante venditore, sine dubio peccat, & damnum quod affert compensare tenetur venditori, quod æquitas naturalis apertè demonstrat. Si verò defectus ipsos ignoret emptor ignorantia neque affectata, neque crassa, non peccabit emendo aut soluendo, & non manifestando defectum, quem ignorat: quod verius multò erit si ille defectus pretij non ita illud minuat vt non remaneat adhuc intra limites iusti pretij saltem infimi, ratione habita mercis, & quantitatis quæ emitur. Si tamen post celebratam emptionem comperiat defectum illius pretij, debebit vel rescindere venditionem, si venditor velit, & nullatenus eo pretio emisset, aut saltem supplere illum defectum, si emptor sciat defectum pretij, & venditor quoque, aut saltem scire illum existimetur, eo quod manifestus sit, non peccabit emptor, modò illum defectum suppleat, augendo pretium, vel minus mercis accipiendo, ita vt eiusmodi pretium retento illo defectu maneat adhuc iustum comparatione mercis, quæ emitur: Neque enim si quid deesset de iusto pretio propter illius aliquem defectum præsumendum facilè erit id totum condemnari à venditore, nisi certæ coniecturæ id vehementer persuadeant, vti diximus aliàs.

3 Secundò obligatur emptor occultas virtutes rei emptæ aut manifestare, aut pro eis augere pretium, si eæ in communi hominum æstimatione valorem augeant, vti dicebamus de venditione circa vitia rei venditæ. Itaque qui emit gemmam pro vitro tenetur ad restitutionem. Ita omnes vulgò apud Salam *de empt*. *dub*. 36. qui reiiciunt tam quam parùm tutam sententiam Caiet. *verb*. *emptio*, posse à rustico emi gemmam, quam nihil facit, aut vitrum esse existimat. Neque si dicas te, etsi aliquid amplius valeat non aliud tamen dare velle; quia illa condonatio pretij maioris à rustico inuoluntaria est ob ignorantiam, & in pactum deducitur; ac proinde non est liberalis, sic enim vsurarius, qui daret mutuum cum pacto vt aliquid supra sortem sibi donaretur, excusaretur ab vsura, quod nemo dixerit, quia illa donatio non est gratuita cùm fiat ex pacto, ex vi eius: si tamen tum emptor, tum venditor rei valorem ignorarent, & de certo pretio paciscerentur, illud & non amplius, aut minus seruandum foret siue res deinde plus aut minus valere comperiretur; quia in eo contractu fuit æqualis vtriusque sors, & æquale periculum. Denique si merx tanti communiter æstimatur, quanti emitur licèt propter aliquam occultam virtutem quam peritus emptor solus, aut ferè solus nouit, pluris valeat, poterit illam emere pretio vulgari & communi, neque tenebitur detegere valorem illum occultum, indeque augere pretium, sed suæ peritiæ gratulabitur. Sic lapidarius qui nouit lapidis alicuius virtutem, quam alij etiam periti illius artis ignorant, poterit communi pretio lapidem illum emere. Ratio omnium illorum est, quia iustum pretium censetur, quod communis sapientum æstimatio imposuit, & quo passim res distrahi solet, quæ omnia in casibus singularibus explicabuntur *art*. *proximo*.

Tertiò si emptor fuerit in culpabili mora pretium soluendi tempore præscripto, tenebitur perinde ac venditor tam de leui culpa, quàm de lata & dolo, *l*. *custodiam* 3. & *l*. *si vendita* 11. *D*. *de peric*. *& commo*. *rei vend*. vti explicabimus *art*. 7. Ratio est quia hic contractus fit in bonum vtriusque contrahentis, vnde quisque tenetur eam diligentiam adhibere, quam adhiberet in re sua, immò & exactione, nam licèt aliquando homines soleant esse negligentes in re sua, non tamen illi possunt circa rem venditam. 4

Quartò denique si emptor emat rem aliquam aliena pecuniâ, sibi eam, non illi cuius est pecunia emit, *l*. *si ex ea*, *C*. *de rei vendicat*. ita Sylu. *verb*. *emptio*, *num*. 12. Azor 3. *part*. *lib*. 8. *cap*. 27. *quæst*. 5. Rebell. *lib*. 12. *quæst*. 4. *num*. 12. Reginal. *lib*. 25. *num*. 349. estque euidens ratio, quia cùm pecunia functionem acceperit in genere, potest alia eius domino reddi, quod dicebamus in re vendita non contingere, si aliena est. Nam transfertur eius dominium in emptorem, vt ostendimus; quare nisi ius aliud constituat, res empta aliena pecunia fit nihilominus emptoris. 5

Excipiunt passim DD. quæ empta sunt pecuniis Ecclesiæ; illa siquidem Ecclesiæ sunt *cap*. *fixum* 12. *quæst*. 5. quod tamen nihil simile habet, prohibent enim duntaxat Patres siue in Concilio Hispalensi, primo nempe, vt citant Burchard Iuo, & Gratian. siue Parisino *lib*. 1. *cap*. 14. & *lib*. 5. *capitul*. *cap*. 175. Episcopo, ne quæ de facultatibus Ecclesiæ sibi comparauerit propinquis, aliisue conferat, sed ea omnia voluit in Ecclesiæ iura peruenire; vnde non licèt ad omnia, quæ ex pecuniis Ecclesiæ comparantur ab alio quocumque argumentari, & ea Ecclesiæ vindicare. Idem nihilominus statuit Synod. Parisina illo Capitulari relata de presbyteris, qui de rebus Ecclesiarum, quibus præsunt, prædia emunt. *Quoniam*, inquiunt, *multos ea occasione Ecclesias quibus præsunt expoliasse*, *& à suo ministerio multis modis exorbitasse*, *& se diabolo mancipasse*, *& hac occasione*

casione multos Laicorum in scandalum damnationis per perditionem prorniße comperimus : sed de his alias.

Secundò quæ emuntur pecuniâ militis, fiunt militis, *l. si vt proponis 8. C. de rei vindicat.* hoc tamen ius in Gallia non seruari testatur Mornac. *in l.6. C. de rei vindic.* contrarium tamen velle videtur *in l. 55. D. de iure dotium*; qui enim in castris regiis militant, vtuntur priuilegiis iure Romano inductis; itáque sæpius ordo amplissimus iudicauit in testamentis militum. Vide Louetium *lit. T. num.*8. De his alibi disputabimus.

Tertiò empta pecuniâ pupilli vel minoris fiunt pupilli, aut minoris, non tutoris, aut curatoris ementis, & pupillus aut minor sibi rem ita emptam vindicare poterit, *l. 2. D. quando ex facto tutoris.* Hanc legem in Gallia seruari negat Mornac. *in l. 55. D. de iure dotium*; tutor enim quod ita credidit tueri poterit vt suum, numerando minori pretium, etiam cum vsuris, nisi tamen minus soluendo sit, quo casu minori subuenitur. Afferunt *& l. 3. C. arbitrium tutelæ*, sed malè omninò, vt enim sapienter obseruauit Anton. Faber *lib. 5. coniect. cap. 9. n. 2.* illius responsi thema specialem quandam rationem habet; nam ibi Præsidis decreto deposita fuerat pecunia ad comparandam quandam possessionem nomine minoris, quam tamen curator mala fide, suo nomine comparauerat; sapienter itaque Antoninus Augustus dat electationé minori, vtrum pecuniam suam cum legitimis vsuris à curatore iudicio tutelæ recipere malit, an verò negotium sibi à curatore gestum fuisse, pacto scilicet eo quod curator gerere debuit potiùs, quàm quod mala fide, & contra Prætoris decretum gessit. Non rectè quoque obiicitur *l. ex facto 52. §. planè, D. de pecul.* ibi enim datur pupillo vindicatio nummorum, quos tutor crediderat, aut si consumpti sunt, condictio; quia eos tutor non suo, sed pupilli nomine crediderat; & quamuis suo nomine credidisset, sibi tamen actionem acquirere non potuisset, cùm seruus esse ex facto proponeretur.

Quartò res quæ ex pecunia dotali comparatæ sunt, dotales esse videntur, inquit Caius *l. 55. D. de iure dotium*, quod clariùs exprimit Harmenop. *lib. 4. tit. 8. num. 28.* τὰ ἐκ τῶν προικιμαίων πραγμάτων ἀγορασθέντα προικιμαῖα ἐστιν. Paul. *in l. vxor marito 55. D. de donat. inter vir. & vxor.* censet si maritus quidpiam emerit ex pecunia, quam illi vxor donauerit, posse vxorem quod comparatum erat vindicare, si donationem reuocauerit; cum his tamen pugnat omninò *l. ex pecunia dotali 12. C. de iure dotium*, quare in hac antinomia concilianda multi sunt DD. Vide Tiraq. *de retractu §. 32. gloss. vnic. à num. 10. ad 26.* Mornac. *in l. 55. D. de iure dotium. & in l. 6. C. de rei vindicat.* Louetij annotatorem *lit. H. num. 25.* qui ius Gallicum & Curiæ decreta referunt. Cuiac. *lib. 5. obseruat. c. 29.* quæstio prorsus forensis est & à nobis aliena, satis nobis fuerit obseruare cum Anton. Fab. *lib. 5. coniect. cap. 9.* in primis rem quam maritus ex pecunia dotali suo nomine comparauit, eius fieri, non vxoris, neque ab vxore aut directa aut vtili actione in rem vindicari posse siue ipsius voluntate, siue inscia & absente ea comparata fuerit, quod disertè affirmat *l. ex pecun. dotal. 12. C. de iure dotium*, ex certa & vniuersalissima iuris ratione, quæ postulat, vt qui ex aliena pecunia quidpiam comparat, non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi tam actionem empti, quàm dominium si ei traditum fuerit, acquirat, adeò vt nec si velit, vxori tamen acquirere possit, *l. si ex pecunia. C. de rei vindicat. l. qui aliena 8. C. si quis alteri vel sibi, l. si patruus 4. C. comm. vtriusque iudic. l. 1. C. pro socio*, & alibi.

Huic certæ & vniuersali regulæ neque Caius neque Paulus nuper adducti repugnant, vti passim obiicitur: nam Caius *in illa l. res quæ 55. D. de iure dot.* loquitur apertissimè de re vxoris, non mariti nomine comparata, eamque dotalem videri dicit. Neque obiicias non fuisse vllum quæstioni locum, si res comparata supponeretur vxoris nomine ex eius dotali pecunia; illa enim iam dotalis fieret, neque tantùm talis esse videretur, neque opus fuerat Iurisconsultum definire eam rem acquiri vxori: nam aliud omninò est rem dotali pecunia vxoris nomine comparatam acquiri vxori, & aliud dotalem fieri. Prius illud certissimum est, neque de eo dubitabat, aut respondebat Iurisconsultus: de secundo quærebatur, quia cùm quidquid vxoris est, non continuò dotale fieri, aut dici queat, sapienter dubitari potuit, an res quæ post dotem iam constitutam acquisita fuisset, quamuis ex pecunia dotali, statim dotalis fieret; nam pretium ex re furtiua collectum non propterea furtiuum dicimus *l. qui vas 45. §. vlt. D. de furt.* neque rem pignoratam quæ ex nummis pignoratis empta est, *l. idemque 7. §. vlt. D. qui potior. in pignor. habeant*, nec communem vsuram quæ ex pecunia communi ab altero ex sociis proprio nomine fœnerata debetur, *l. si vnus 67. D. pro socio.* Et sanè res ex pecunia dotali empta dotalis reipsa non est, sed talis esse videtur: quia perinde atque si in dotem data fuisset, iudicio dotis peti potest siue maritus soluendo sit, siue non, eiusque fructus ad maritum pertineant; quoniam vxoris, & mariti voluntate communi, ex pecunia dotali & in eius locum veluti subrogata est, dicique poterit adhuc extare pecuniam, quæ in rem & corpus versa est, *l. Imperator 70. cum seq. D. de legat. 2.* Si autem inter virum & vxorem conuenisset vt dos quæ in pecunia numerata erat, permutaretur & transferretur in corpora, non tantùm valebit pactio si mulieri prosit, sed etiam corpora verè dotalia efficientur, si ex pecunia vxoris empta fuerint, *l. ita constante 26. cum l. seq. D. de iure dot. l. si mulier 21. D. de pactis dotalib.*

Dices saltem si maritus soluendo non sit, posse rem quam maritus suo nomine emerit ex pecunia dotali vindicari ab vxore vtili in rem actione, idque velle Paul. *in l. vxor. marito 55. D. de donat. inter vir. & vxor.* quod deinde DD. passim extendunt ad eos omnes, quorum pecuniâ empta res est, si emptor soluendo non sit.

Respond. hanc extensionem sine lege ex ratione fieri, cùm creditor non habeat ius tacitæ hypothecæ, sed si expressam habeat hypothecam, habet ius prælationis in illa, quod alias explicuimus *in opere de vsuris lib. 3. cap. 7. art. 10. & art. 4. n. 7. & num. 12.* Secundò Paul. loco citato loquitur de re empta, non solùm ex pecunia dotali, sed etiam ex pecunia donata ab vxore; aitque videri maritum locupletiorem esse factum ex donatione, si res empta pecuniâ donata ab vxore extet, licèt maritus soluendo non sit, quia hîc non quærimus quid ille deducto ære alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat, ideóque vult eum teneri condictitia actione, si mulier donationem reuocet, quia nihil interest an ei pecuniam, an rem ipsam donauerit; nisi quod priore casu vindicare rem directè potest, non posteriore, quia maritus sibi, non vxori rem emisse proponitur, nec erit mariti deterior

terior conditio si ei pecunia quatenus valet res, non vltra id tamen quod donatum est, condicatur, quàm si dotis iudicio conueniatur; nam certè deterior non est conditio mariti in vno casu, quàm in altero, si soluendo non est: quare vbi legitur *deterior*, præponenda est negatiua *nec erit*, vt obseruat quoque Gottofred. Duplici porrò ratione maritum in hoc casu teneri condictitia demonstrat Paul Primò quia maritus qui ex pecunia sibi ab vxore donata rem emit, comparandus est ei qui rem ipsam ex donatione accepit, quem certum est reuocata donatione teneri condictitia. Secundò quia vti iam monuimus, illius nihil interest, vtrum iudicio dotis, an condictitia cum ipso agatur, cùm in vtroque casu par illius causa futura sit; quod extremum subiicit Paul. nihil prohiberi quominus vtilis actio in rem emptam mulieri accommodetur, cùm nihil intersit an res ipsa vindicetur, an ei pecunia quatenus res valet, nec vltra id quod sibi donatum est condicatur. Ita intelligendum esse sapienter monet Faber, vt maritus prohibere nequeat quin ea actio vtilis in rem accommodetur vxori aduersùs ipsum: nam si maritus ante reuocatam donationem alteri rem emptam vendiderit, non erit aduersus illum extraneum concedenda mulieri vindicatio siue directa, siue vtilis: nam & à domino emit, & ipse dominus factus est, neque aliquid amplius requiritur ad elidendam mulieris actionem.

ARTICVLVS VII.

Consectaria ex proximis Articulis.

QVæ hactenus in vniuersum disputauimus de emptore, & venditore, non exiguam lucem accipient ex subiectis consectariis, doctrina siquidem vniuersalis ex casibus singularibus confirmatur.

CONSECTARIVM PRIMVM.

Casus singulares ex doctrina tradita de obligationibus venditoris & emptoris.

QVi vendit mercem impuratam mixtione deterioris materiæ, ea tamen arte vt non reddat mercem deteriorem aliâ, quæ communiter venditur, posset illam communi eo pretio distrahere, quia in communi æstimatione tantùm valet, cùm sit æquè bona, atque alia quæ passim tantùm æstimatur. Ita Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *num.* 83. Solon. 2. 2. *quæst.* 77. *art.* 2. *controuers.* 2. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 17. §. 2. *num.* 15. Lopes. 2. *part. instruct. cap.* 14. *aliàs* 19. & 1. *instructor. negotiant. cap.* 19. Sapienter tamen aduertit Ferdinand. à Castro *de instit. disp.* 5. *punct.* 22. *num.* 2. vix possibilem esse hanc suppositionem, immixtione deterioris materiæ mercem non fieri deteriorem alterâ eiusdem speciei pura & impermiata, & propterea viam aperiri pluribus fraudibus; ideóque reiiciendam esse hanc sententiam. Sanè numquam consulendam esse censerem, quare qui vinum aqua dilutum vendunt ferè grauiter peccant, licèt pretium minuant; quia vendunt pro vino quod vinum non est, & quia sic dilutum faciliùs accrescit, corrumpitur, & fit vappa, quod nuper laudati DD. aduertunt; si tamen aliqua modica mixtio aquæ necessaria foret ad vini coctionem, aut confectionem, aut ad vini vendibilitatem, quia propter nimiam meracitatem difficilius venderetur, hanc mixtionem aquæ probant Rebell. *lib.* 9. *cap.* 10. & Layman. *citato cap.* 17. *numero* 15. 1 2

Qui mensuram diminuit vt iustum pretium rei consequatur, aliàs non consecuturus propter iniquitatem vel Iudicis taxantis, vel emptorum monopolium, & conuentionem, ne nisi certum pretium quod minus æquo & iusto est, offeratur, non peccat, neque obligatur ad restitutionem; quia seruatur omnimoda æqualitas inter datum & acceptum, itáque affirmant Molina *tract.* 2. *disp.* 353. *fin.* Rebell. *lib.* 9. *quæst.* 10. Salas, *de emption. dub.* 35. *num.* 4. vbi plures adducit Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *capit.* 17. *num.* 15. & alij passim. Non facilè tamen supponendam esse illam hypothesim monet Ferdinand. *punct.* 22. *numero* 5. neque præsumenda est iniquitas in Iudice, aut fraudulenta conuentio in emptoribus, nisi vehementes coniecturæ id postulent. 3

Qui vendit mercem æquè bonam emptori, atque aliam quam postulabat, vt vinum Græcum pro Hispano, seruum Toletanum pro Granatensi, valida & iusta est emptio. Ita Valent. 2. 2. *disp.* 5. *q.* 20. *punct.* 4. Henriq. *lib.* 11. *cap* 10. §. 2. *littera L.* Sanch. *lib.* 7. *de matrim. c.* 18. *num.* 13. Salas *de empt. dub.* 34. *num.* 1. vbi adducit Toletum, Ledesmam, Lopes, Solon. Bann. Aragon. Rodrig. Sotum. contra Medin. *c. sum. capit.* 14. §. 25. *regul.* 2. qui tamen nostram sententiam probabilem esse fatetur: quia cùm res existat æquè bona, & vtilis ementi, non est rationabiliter fundatus si à contractu discedere velit; seruatur enim æqualitas pretij, nullum damnum creatur emptori, aut alteri cuipiam, & denique res vitiosa non est in substantia. Non apparet igitur vnde contractus ille fiat inualidus & iniustus, & licèt fortassis venditor mentiatur, mendacium illud cùm perniciosum non sit, leue omninò futurum esse dicunt Tolet. Lopes, Vega, & alij. 4

Qui vendit rem quam scit esse noxiam, vel inutilem emptori secus æstimanti, & ignaro, peccat, & venditionem rescindere tenetur, nisi de eo vitio monuerit emptorem, licèt pro ratione vitij pretium minuerit, 5

minuerit, vt si vendat equum ferocem, medicamenta euanida, & alia eiusm. di. Ita passim omnes, quia vt obseruat S. Thom. *quodlib. 2. art. 10.* & 2. 2. *quaest. 7. art. 3.* emptor est inuoluntarius, & praesumitur errore quodam ad emendum inductus: eius enim intentio fuerat res sibi vtiles & proficuas emere, illi tamen ignaro venditur noxia & inutilis à venditore sciente. Quare tota ea venditio verè nulla est ratione emptoris si velit à contractu discedere; dolus siquidem in ea, vt loquuntur imbibitus perinde se haber atque si dolo fuisset emptor inductus & persuasus, ideóque perinde valebit ad irritandum contractum. Neque dicas cum Antonino 2. *part. tit.* 17. *cap.* 17. §. 6. Gab. *in* 4. *dist.* 15. *quaest.* 10. *art.* 3. *dub.* 1. & Armilla *verb. emptio num.* 17. id verum quidem esse quando merx prorsus & absolutè noxia vel inutilis est; non autem si solùm sit inutilis vel noxia emptori ad finem ab illo intentum, quem spectare non debet venditor, sed mercem bonam, & simpliciter vtilem, quam aequo pretio vendit ad quemcumque vsum illam emptor postulet. Resp. enim cum Sala *citato dub.* 34. & Ferdinand. *punct.* 22. *citato n.* 10. etiam tunc inualidam esse venditionem respectu emptoris, cui nihil proficit rem emptam alteri vtilem esse, si sibi inutilis existat; tunc enim vel pretium amittere cogitur, vel alterum emptorem quaerere, vel vsu rei priuari; quod tamen intelligendum esse monet Ferdinand. de vsu ad quem res refertur, & passim emi solet; alium enim vsum particularem ad quem illam destinauit emptor, neque scire, neq; spectare tenetur venditor. Deinde si damnum vitare facilè posset emptor, quia res vendita cuipiam vsui aequè ipsi commoda erit, aut quia eam aequali pretio vendere illi licèt, excusat venditorem Salas.

6 Quare si vaccam inutilem ad arandum vendas illi, qui ad aratrum se emere significat, licèt eam vendas quantum valet ad macellum, teneberis rescindere contractum, si emptor velit; quia cùm significauerit se emere non ad macellum, sed ad aratrum vaccam illam, eius intentioni sese aptare debuit venditor, & vaccam vtilem aratro dare. Ita Rebell. *lib.* 9. *quaest.* 9. *dub.* 36. *num.* 9. & Ferdinand. *punct.* 22. *n.* 11.

7 Si merx vitiosa & inutilis ad finem ad quem vulgò emi solet, sit tamen per accidens vtilis ementi, vt equus subuancus ieni: nihilominus contractus in vtroque foro rescindi poterit; quia non est spectanda vtilitas aut inutilitas emptori per accidens contingens, sed in ordine ad finem ad quem vulgò solet emi. Ita Molin. *tract.* 2. *disp.* 353. Rebell. *citata quaest.* 9. *num.* 5. Ferdinand. *num.* 12. Addiderim ego posse aliquando emptorem scire sibi mercem fore vtilem, etiam ad illum ipsum vsum, propter quem aliis inutilis foret, & ideò eam emere vult; sperat enim viliori pretio comparare se posse, quo casu valebit contractus, & venditor ad nihil obligabitur emptori, licèt delusus fuerit, quia sibi ipse volens illusit.

8 Quando res vendita leuiter noxia vel inutilis erit ementi, qui si sciret hoc vitium, vel illam omninò non emisset, vel non nisi viliori pretio, non tenetur venditor illud leue vitium manifestare, est- que valida venditio, modò seruetur aequalitas pretij, fuisseque videtur ea S. Thomae mens 2. 2. q. 77. *art.* 3. vbi Aragon. *dicto* 5. Solon. *controu.* 5. Bann. *dub.* 2. Valent. *disp.* 5. *quaest.* 20. *punct.* 4. *conc.* 2. & 4. Sotus *lib.* 6. *de iustit. quaest.* 3. *art.* 2. *conc.* 5. Graffis 1. *part. decision. libro* 2. *capit.* 116. *numer.* 8. Petrus Nauarr. *lib.* 3. *de restitut. cap.* 2. *num.* 59. Molin. *tract.* 2. *disp.* 352. *conc.* 3. & *disp.* 353. *concl.* 7. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 17. *num.* 15. Ferdinand. *disp.* 5. *de iustit. punct.* 22. *num.* 14. qui tamen contrariam sententiam probabilem existimat, quam tradunt Panorm. *in cap. iniustum, de rerum permutat.* Nauar. *cap.* 23. *numer.* 89. Gab. *in* 4. *dist.* 15. *quaest.* 3. *art.* 3. *dub.* 1. Medina *C. de restit. quaest.* 34. Rebell. *lib.* 9. *quaest.* 9. *num.* 3. Ratio nostrae sententiae est, quia modica ista deceptio neque inualidat contractum venditionis iure naturali, neque iure positiuo, si aliunde pretij aequalitas seruata fuerit. Et quidem ius positiuum nullum afferri potest ab aduersariis; nam quae leges ob occultata vitia à venditore concedunt emptori actionem redhibitoriam, aut quanti minoris, non agunt de quolibet leui vitio celato, sed illud notabile esse supponunt, vt constabit consectario proximo; iure verò naturali quælibet leuis iactura rei emptae non dissoluit contractus, alioquin mera rerum omnium & commerciorum perturbatio foret. Neque dicas contractum inuoluntarium iure naturali esse nullum, istum autem esse eiusmodi, quia emptor non fuisset empturus, vel non tanto pretio: nam monuimus aliàs ex Valentia, inde non colligi inuoluntariam venditionem, nisi includatur conditio, qua deficiente emptor noluit emere, & non tantùm non fuisset voliturus emere; alioquin omnes ferè contractus dissolubiles essent, quia ferè semper contrahentes si omnes circumstantias praeuidissent, non fuissent contracturi, cùm tamen simpliciter & absolutè contraxerint nulla posita conditione, qua deficiente nolint reuerà contrahere; quare contractus est simpliciter voluntarius, atque ea ex parte firmus: emptor quidem habet ius contendendi de infimo pretio, inde tamen non sequitur venditorem teneri manifestare omnia vitia rei etiam leuissima, sed illa duntaxat quae ex natura rei, & communi bonorum praxi manifestari solent, qualia sunt quae reddunt mercem notabiliter noxiam, aut inutilem. Et sicut emptor habet ius contendendi de pretio infimo, ita & venditor de pretio rigoroso; quare si emptor potest infimo pretio iusto comparare rem à venditore ignorante eius vtilitatem, ita potest venditor ab emptore exigere pretium rigorosum iuxta aestimationem rei vitiatae, nulla enim tunc committitur iniustitia, & aliunde emptio est sufficienter voluntaria, vti ostendimus.

Qui vendit aurum chymicum pro naturali, si sit eiusdem bonitatis ad omnes humanos vsus, non peccat, vt docet Salas *dub.* 35. *num.* 3. ex Bann. Solonio, Aragonio, Conrad. de *contractibus q.* 54. atque etiam D. Thom. 2. 2. *quaest.* 77. *art.* 2. *ad* 1. disertè id tradit, an verò possibilis sit ea suppositio, dubiae quaestionis est, ad quam hoc loco digredi esset ineptire, & lectoris abuti otio. 9

Quae res alicubi parui aestimantur, quia ignorantur alibi eas magni fieri, possunt ex ibi paruo emi: atque ita licuit aurū, & gemmas cum rebus quibusdam vilioribus, vt cultellis, tintinnabulis, speculis, aliisque eiusmodi permutare apud Indos, sicut & gemmas, quae alicubi etiam à peritis minoris fiunt, pretio currenti emere, quamuis gemmarius peritior, qui earum pretium nouerit, vti nuper dicebamus, illas emat. 10

Qui fascem herbarum emit prout vulgò vendi solet pretio communi, licèt in eo quasdam magni pretij contineri sciat, non peccat; quia totus ille fasciculus ad vsum ad quem vendi solet, v. g. pastum animalium, non plus vendi solet. Less. c. 21. numero 89. 11

12 Qui mangonis arte rei vitia tegit, & tanquam integram vendit, licèt non affirmet talem esse, cùm tamen ipso facto rei bonitatem mentiatur, peccat, & tenetur ad omnia damna consequuta, nisi tempestiuè moneat emptorem; quia dolus tunc dat causam contractui, quem etiam rescindere tenetur, si emptor monitus de fraude id velit. Sic qui in equi strenosi & segnis aures mercurij guttas stillauit, vt aliquamdiu segnitem excutiat, dolosam venditionem celebrat. Qui morbidas oues pro sanis vendidit, quibus totus grex infectus est. Qui ligna vitiosa propter quæ domus ruinam passa est, tenetur ad ea omnia damna reparanda: quia ex ea dolosa venditione secuta sunt, & facilè secutura esse prævideri poterat, *l. Iulianus. D. de actionib. empt.* Si verò nullum inde notabile damnum timeretur emptori, & illi res vendita foret vtilis pro ratione pretij, non obligaretur ad contractus rescissionem, aut damni reparationem, saltem sub peccato mortali, propter leuitatem damni, licèt emptorem decipiendo peccauerit. Denique si res vendita consumpta fuit, neque amplius extat, & emptor nullum damnum sensit, ad nihil ex hac deceptione venditor obligatur, cùm fuerit æqualitas pretij seruata; alioquin illa æqualitas ponenda erit, quod per occultam compensationem præstari poterit. Ita Lopes *de contract. 2. part. cap. 41.* & ex illo Less. *cit. cap. 21. n. 89.*

13 Venditor qui suæ mercis dignitatem & bonitatem supra verum prædicat, iisque laudibus prouocat emptorem ad emendum, qui aliàs non fuisset empturus, validè tamen vendit, neque tenetur aut ad restitutionem, aut ad rescindendum contractum, modò res vendita non sit notabiliter inutilior quàm asseruerit emptor, quia illa mercis prædicatio solemnis est mercatoribus, quare Florentinus *in l. 43. D. de contrah. empt.* scribit ea quæ commendandi causâ in venditionibus dicuntur, si palàm appareant, venditorem non obligare: v. g. seruum esse speciosum, domum benè ædificatam. Cic. *lib. 3. de offic. Vbi iudicium emptoris est, ibi fraus venditoris, quæ potest esse? Quid verò stultius quàm venditorem eius rei quam vendit vitia narrare.* Et Horat. Laudat vænales qui vult extrudere merces. Ad vitandas tamen omnes fraudes lex illa erat Athenis ἄπαιστον δὲ ὀρθὸς τὰ περὶ ...... τῇ ἀγορᾷ ...... Laus & iusiurandum à vendente prorsus abesto. Et sanè in *ead. l.* Florentinus non solùm dolum malum abesse à venditore vult, sed etiam omnem obscuram locutionem fallendi causâ, & omnem insidiosam dissimulationem. Sed quod commendandi tantùm gratia dicitur, sic habendum est, quasi neque dictum, neque promissum esset, *l. quod venditor 37. D. de dolo.* Si tamen ea commendatio sit rei occultæ, & quam ignorare potest emptor, qui ea de causa aut emit, aut pluris emit, reuerà decipietur emptor. Vt si seruum litteratum vel artificem dicat venditor, cùm tamen contrarium sciat, tenebitur emptori, sicut & si promittat aliquod ad decipiendum. Nam si emptor seipsum præsupinitate decipit, ad nihil tenebitur venditor; vt si seruum emat quem videt esse effossis oculis, & nihilominus de sanitate stipuletur: nam censetur de cætera corporis parte stipulatus, non de eo in quo se ipse decipit; quare sapienter monet Iulianus *l. Iulianus 13. §. 3. D. de action. empt.* non debere emptorem *facilem esse ad temerariam indicationem*: hoc est ad verbosam & scurrilem vænalium commendationem, vt enim ait Cicer. *lib. 1. officior.* mercatores nihil proficiunt nisi admodum mentiantur, & sunt verè καὶ ἀλλόφορτοι κακόφορτοι καὶ δόλιοι: quo scommate corripi Vlyssem notat Eusthat. *Iliad. δ.* Ex his tamen omnibus de vitando dolo à venditore, non propterea ad singulorum, etiam minimorum vitiorum mercis manifestationem obligandi sunt mercatores; maximè cùm non interrogantur singillatim de vitiis eius, & sibi cauere debet emptor, qui illum venditorum morem nouit, & qui seipsa bonam & vtilem mercē accipit. Ita ex Victoria Lopes affirmat, consentitque Less. *num. 90. cap. 21.* quod veriùs multò magis est, quoties emptor ex pluribus similibus mercibus inspectis vnam sibi eligit, neque aliud rogat quàm eius pretij sit: nam si venditor vitium non detegat, eius tamen causâ quidpiam detrahat de pretio pro ratione vitij, non peccat contra iustitiam, neque in ipso contractu, vt patet, neque in modo contrahendi, cùm nulla fraude ei conueniat vt alliciat emptorem, neque queri iure potest emptor se deceptum fuisse à venditore qui vitia mercis non aperuit, neque enim ad id non rogatus tenebatur ex iustitia, sibique qui rem explorauit, neque aliud, suo iudicio fidens quæsiuit, imputare suam deceptionem debet. Quod autem dicitur *l. Iulianus 13. D. de edilit. edict.* concedi actionem redhibitoriam vbi venditor non aperuit omnia vitia occulta emptori, non obligat nisi post sententiam Iudicis, & pertinet ad ius positiuum non vbique receptum: non verò agimus de obligatione naturali, sed de illa lege plura inferiùs. Si tamen venditor videret emptorem nimia simplicitate decipi, & rem fore ipsi inutilem, tenebitur ex charitate saltem illum monere, imò & ex iustitia, saltem post contractum, si mercem noxiam futuram esse nouit; quia qui exponit rem suam venalem cum occulto vitio, tenetur officij sui lege cauere ne quis inde capiat detrimentum, alioquin censebitur illi damno causam dedisse; quare si damna illa possit amoliri monendo de vitio post contractum, tunc monere sufficiet; quod si illa monitio consequens contractum non sufficiat ad cauenda incommoda, quæ causat emptori, debebit monere ante contractum; quæ omnia veriora sunt si arte mangonia, vti nuper dicebam, vitium texit, aut rem vitiosam ita cum aliis similibus integria exposuit, vt ab emptore vix distingui potuerit; tunc enim fraude elusit emptorem.

Ex eo quod merx vitiosa, aliquem nihilominus 14 vsum ad finem propter quem emitur, habeat, vnde tamen non est aliud damnum emptori timendum, non teneri venditorem illud occultum vitium manifestare diximus nuper *ex l. 1. D. de ædilit. edict.* & constabit amplius ex proximo consectario, docentque S. Thom. *quodlibet. 2. art. 10.* aliique quos dabit Layman. *lib. 3. tract. 4. cap. 17. §. 2. num. 15.* & cæteri recentiores; quia alioquin mercatores non possent nisi meliores merces distrahere, cùm tamen spsimas omnis generis, & conditionis emere soleant, & satis est si descendant in pretio, vt loquuntur, minori videlicet vendant, quàm si potiores essent. Ex hac inquam doctrina colligit Layman. *loco citato*, posse sutorē vendere calceos ex debiliori corio factos, & alium equos minus generosos, modò seruent æquitatem pretij: admiscere quoque merci alienam substantiam, modò idonea maneat vsui consueto, & pretij proportio retineatur, vt dum aqua vino, pix ceræ, tritico secale permiscetur; qua de re vide Angel. *verb. emptio, §. 9.* Sylu. *eod. verb. quæst. 19. dicto 2.* Gabriel. *in 4. dist. 15. quæst. 10. artic. 3. dub. 1.* Conrad. *de contract. quæst. 54. & 55.*

Molin.

Molin. *tract.2.disp.353.* Less. *lib.2.c.21.dub.11.* Lopes *2.part.instr.c.42.* qui duo postremi addunt illum, qui suam mercem deterioris substantiæ admixtione quodam modo deprauatam potest sua arte & industria reddere non minùs idoneam ad vsus cõsuetos, quàm esset sine eiusmodi mixtione, posse quoque communi & consueto pretio vendere; quia est lucrum eius industriæ. Sapienter tamen monet Layman. eam sententiam speculatiuè quidem verã esse, non tamen in praxi ferendam, neque mercatoribus consulendam, aut in illis probandam; quia ferè impossibile est mercem deterioris substantiæ admixtione æquè ad vsus consuetos propter quos emitur, commodam esse, atque si pura & sincera foret; neq; quis eodẽ pretio emere valet mercem sinceram & adulteratam; quare vel minuendum erit adulteratæ pretium, aut maior eius quantitas pro consueto pretio tradenda, alioquin fraus committitur, quam etiam forum externum vlcisceretur, si ad ipsum deferretur; quare quod attinet ad œnopolos, qui magnam aquæ quantitatem vino infundunt, & peccant & damnum inferunt, cùm vinum ita dilutum facilè acrescat, & diutiùs seruari nequeat, vt diximus: quod si vino præstanti ea fiat aquæ mixitio, quę nihil obesse videatur, non peccabit œnopola si pretium minuat; quia si decem amphoris vini præstantis licèt vnam amphoram aquæ infundat, reuerà vendit nouem duntaxat amphoras vini, & vnam aquæ, quæ reuerà æqualis pretij cum vini amphora censeri non debet.

15 Venditor qui existimat emptorem manifestato ei vitio rei plus detracturum de iusto pretio, quàm par sit, poterit vt se indemnem seruet, vitium illud tacere. Ita Conrad. Armilla, & Medina ab Azorio, qui ipsis adhæsit, relati *3.p.lib.8.c.33.q.2.de empt.*

16 Artifices qui auro, vel argento ad illud connectendum, firmandum, solidandumque aliud metallum admiscent, eodem simul pretio cum auro, vel argento vendunt tuta conscientia, ex Cordub. *q.8.fini.* modò non plus misceant quàm fuerit opus; quia id datur in compensationem laboris & pretij. Sic fabri ferrarij ferro arenam ad coniunctionem permiscent, aliàs ferrum cum ære: alij aquam cum mulso, vt decoquatur, & cum vino Græco, ne capiti noceat: quod obseruat Azor *citato c.43.*

17 Titius emens agrum, in quo scit latere thesaurum, neque id aperit venditori, aut agri commune pretium auget; non peccat, neque ad illam restitutionem tenetur; sed totum thesaurum seruare sibi potest. Ita S. Thom. *2.2.quæst.66. art.2. ad 2.* Nauar. *cap.17. num.175.* Solon. *lib.5. de instit. q.3. art.3.ad 1.* Molin. *tract.1. disp.66.* Lessius *lib 2.c.5. dub.6 2.* Layman. *lib.3.tract.1.cap.5. n.23.* Ferdin. à Castro *tract.de instit.disp. vnic. punct.17.n.4.* Vasq. *de restitut. cap.5.§.4.num.35.* Azor *3.part. lib.8. cap.24. quæst.2.* Turrian. *de instit.disp.58.dub.4.num.4.* Valent. *2.2.disp.5.q.28.punct.4.* Sylu. *verb.inuentum, n.8.* contra Angel. *verb.emptio 11.* Armil. *verb.inuentum 2.* Tabiena *verb. restitutio, n.26.* & alios quosdam. Ratio verò nostræ conclusionis non ita facilis redditur; nam quod passim quidam vnà cum sacris interpretibus afferunt illam Christi parabolam *Matth.13.* de eo qui vendit omnia sua, & emit agrũ in quo scit contineri thesaurum, nihil omnino conficiunt. Tum quia parabolę sumuntur ex actionibus nonnumquam non bonis, vt illa de villico iniquitatis; satis est enim si deseruiant ad finem, qui intẽditur, vt in hoc loco, v.g. nullis parcendum esse expensis, vt thesaurus Regni Cœlorum comparetur. Tum quia illa parabola supponeret quidem licitam esse eiusmodi emptionem, non docet verò rationem propter quam licita sit, quam nos rationem inquirimus; illam autem DD. allati ferè desumunt ex eo quod thesaurus ante inuentionem non sit domini agri illum ignorantis, ideóque cùm vendat id solùm quod suum est, vendit duntaxat agrum, qui in se spectatus, & seorsum à thesauro latente, non plus valeat quàm vendatur. Et sanè thesaurus neque pars fundi est, neque illius fructus, neque vllius quamdiu latet dominũ, vtilitatis; idcircò discrimen esse volunt inter thesaurum & mineras quæ sunt partes ipsius fundi, cuius proinde crescere debet pretium: nam venduntur vnà cum fundo. Hanc communem rationem sapienter reiicit Lugo, quia licèt fateamur dominum agri non esse dominum thesauri antequam inuentus sit, habet tamen ex legum scitis ius ad dimidium thesauri post eius extractionem; quod ius est æstimabile pretio, & reddit illum agrum maiori quoque pretio dignum, neque emptor qui id scit, illud dissimulare poterit, & committit iniustitiam, cùm sciens & volens emat rem iniusto pretio; & quamuis ius illud & vtilitas ex eo lateat agri dominum, ac proinde non faciat illi agrum maioris valoris, verè tamen illud ius est in venditore, & ratione illius iuris ager est ipsi vtilior; quare cùm ea vtilitas maior sit reuerà in dominio venditoris, licèt eam ignoret, deberi propter eam augeri pretium ab emptore confirmatur ex eo quod iidem DD. passim velint emptorem, qui scit venam auri latere in fundo, non posse pretio communi fundum illum emere, sed ratione mineræ argenteæ teneri augere pretium, quamuis dominus agri & fundi illam ignoret, eo quod minera vendatur cum agro cuius pars, aut fructus est; nam etiam æquè ius ad dimidium, aut etiam totum thesaurum ibi inuenierit, atque adeò vtilitas ex eo iure proueniens est in fundo, & in dominio vẽditoris, ideóq; ratione illius ęquè debebit fundi pretiũ crescere, atque ratione mineræ latẽtis: cùm & vtraque illa vtilitas sit in fundo, & eodem modo fundi dominum lateat; vel enim, vt res digna sit maiori pretio & æstimatione propter sibi intrinsecam bonitatem & vtilitatẽ, requiritur notitia communis illius, vel nõ requiritur. Si primum affirmes, non debebit crescere pretium agri ex vena minerali in eo latente, quã omnes ipseque dominus agri ignorat. Si verò dicas non requiri hanc communẽ notitiam vtilitatis & bonitatis rei ad augendũ eius pretium, fundus cuius est maior vtilitas propter ius quod habet eius dominus ad dimidiũ thesauri in eo latentis, non poterit emi pretio currẽti ab eo, qui illud ius & vtilitatẽ nouit, licèt vẽditor ignoret: sicut nõ potest eodẽ pretio emere fundũ in quo scit cõtineri venã auri vel argẽti, licèt cæteris omnibus ipsiq; domino ignotã, quod cõtendunt aduersarij. Ratio igitur quã afferũt Molina, Less. Lugo, aliiq; est quia iustum rei pretium humanum non sumitur præcisè ex maiori vtilitate rei; sed ex communi æstimatione hominum; quare licèt res aliqua sit in sese vtilissima, si tamen eam vulgò homines parui æstimant, paruo quoque pretio emi potest, siue ea vtilitas nota, siue incognita sit, modò non sit ignorantia circa rei ipsius substãtiam; quod autem emptor eam vtilitatem nouerit, id non auget communem hominum æstimationem, quæ tamen iusta est regula iusti pretij humani. Quamdiu igitur ignotus erit thesaurus in fundo latens, & ius ad illius dimidium, tamdiu non pluris æstimabitur ille fundus quàm si thesaurum non contineret, neque maiori pretio emere illum obligabitur emptor, qui thesaurum illum nouerit. Quæ

porrò quæri possent hoc loco de inuento thesauro in re mobili, vt in lanis, aut saccis venditis, vel explicatis, & de metallorum venis in alieno fundo repertis, commodius explicabuntur in appendice, vbi de dominio rerum inuentarum.

CONSECTARIVM II.

Ad quem pertineant fructus rei venditæ.

Status quæstionis. 1.
Fructus pendentes sunt emptoris. 2.
Immò & fructus nondum nati, & quomodo. 3.
An quid teneatur emptor qui accepta re nondum soluit pretium. 4.
Ad quid venditor qui est in mora non tradendi rem venditam 5 6.
Ad quem pertineat pensio ex re vendita percipienda 7.
An venditor pacisci possit de pensione annua vsque ad pretij solutionem. 8.

1 Diximus hactenus emptorem non fieri dominũ rei emptę, nisi post factam ipsi traditionem illius à venditore, obligari tamen venditorẽ ad eiusmodi traditionẽ, estque venditor aliquando in mora tradendi, aliàs verò emptor est in mora soluendi pretij; nihilominus ante traditionem illam rei, & pretij solutionem perfecta iam est venditio, & statim post conuentionem, siue post fidem vtrinq; datam & acceptam: in iis tamen quæ ad numerum, mensuram & pondus venduntur, tum demùm perfecta dicitur venditio, cùm res adnumeratæ, adpensæ, & admensæ sunt *l. 2. C. de peric. & cõm. rei vend. l. quod sæpè 35. §. in his. D. de contrab. empt.* Loquimur autem de venditione pura & absoluta; nam si conditionalis sit, siue sub conditione contracta, tum demùm perficitur, cùm conditio euenerit *l. 7. D. de contr. empt.* si conditio defecerit nulla est emptio, *l. 8. D. de peric & comm rei vend.* Aliud verò est, vti notauimus aliàs, venditionem esse perfectam, aliud esse completam, siue mandatam executioni. Primum illud requirit solam conuentionem contrahentium, nisi voluerint illam à conditione aliqua aut facto pendere, vt ab scriptura, & ante illam non consistere: ad complementum autem venditionis requiritur ex parte emptoris, vt vel pretium soluerit, vel fidem de eo dederit, eamque venditor acceperit. Ex parte autem venditoris, vt rem venditam tradiderit. Quamuis autem non fiat emptor dominus rei venditæ ante traditionem, illi tamen res illa debetur, & venditor illã tradere obligatur emptori, atque cum illa traditione dominium, quod adhuc sibi retinet, in emptorem transferre. Hinc oritur illa difficultas apud iuris interpretes celeberrima, ad quem pertineat periculum & commodum rei venditæ post venditionem perfectam, sed nondum vtraque ex parte completam, an ad venditorẽ, an ad emptorẽ. Si omni ex parte perfecta fuerit vẽditio, dubium non est pertinere ad emptorem, qui ipsius iam omninò dominus est. Hanc difficultatem perspicuitatis causâ partior in duas. Prima erit de commodo rei venditæ, altera de periculo: ad cõmodum pertinent tum fructus rei venditæ, siue sint pendẽtes ante venditionem, in ipsaque venditione, siue post venditionem nascantur, tum rei eiusdem incrementa. Quoad fructus sic totam rem definio,

2 Atque in primis fructus rei venditæ pendentes, siue adhęrentes tempore venditionis, seu maturi seu immaturi sint, pertinent ad emptorem, *l. Iulianus 13. §. si fructibus, & § si quis seruo. D. de action. empt. l. fructus 13. l. post perfectam 16. C. eod. l. fin. §. fructus. D. de his quæ in fraud. creditor.* quia illi fructus sunt partes rei venditæ, & vnico pretio, ac simul empti censentur, nisi aliter conuentum fuerit; quare si ex vinea vendita ante vindemiã fructus decerpat venditor, tenebitur tantũ diminuere de pretio, nisi contrarium in pactum deductum sit; quæ ratio demonstrat malè Syluest. *verb. empt q. 1.* & Angel *verb. eod. n. 2.* exigere, vt emptor vel pretiũ soluerit, vel fidem de illo dederit, eo quod ante illud non perficiat vẽditionẽ ex sua parte, neq; dominiũ rei venditæ cõparet. Verùm non diximus emptori deberi fructus istos, quia iam est dominus rei vẽditæ quę illi proinde fructificari debeat, sed quia vnà cũ re vẽdita illi venditi & empti cẽsentur, eo quòd sint illius, aliqua pars, quæ simul cũ toto vænit, & eodẽ pretio, itaq; docent Anton. Gomez *tom 2. variar. c. 2. n. 11.* Couar. *lib. 1. variar. c. 15. n. 2.* Molina *tract. 2. disp. 368. conc. vlt* Rebell. *lib. 9 q. 17. conc. 1.* Less. *lib. 2. c. 21. n. 110.* Layman. *lib. 3 tract. 4. c. 17. n 2.* Ferdin. à Castro Palao *de iustit. di p. 5. pun. 5.* & alij. Sanè *citata l. vlt. §. fructus D. de his quæ in fraud. creditor.* dicitur fundũ, & fundi fructus siue maturos, siue immaturos nõ duas res, sed vnã eandemq; rem. & vnius pretij esse, ideóq; malè nobis obiicitur non esse causã proprietatis confundendã cum vsufructu *l. pen. D de acquir. possess* & multò minus cum perceptione fructuũ, quę etiã distinguitur ab vsufructu, ille enim est quid incorporale, & in iure cõsistit *l. Mænius 66. §. fundo legato. & l. cùm filius 76 § domus. D de leg 2. & l. si à reo. 70. § si reo. D. de fideiussorib* perceptio autem fructuũ in facto cõsistit, & fructus ipsi corporales sunt, *l. si vsusfruct. 66. D. de iure dotiũ*: nam cum ex modo venditionis & natura rei vẽditę fructus simul, vnáque vẽditione ac pretio vendi cẽsentur, simul quoq; venditur ius ad eos percipiendos, nisi aliter cõuenerint cõtrahentes, idq; exploratum esse dixit Vlpian. *in citata l. Iulian. 13. § si fructib. D. de actionib. empt.* 3

Secundò fructus nondũ natos, & adhærẽtes pertinere ad venditorẽ, nisi vel rem venditã iam tradiderit, aut si in mora tradendi emptori pretiũ offerẽti fuerit, atque adeò posse vẽditorẽ fructus illos colligere ante pretiũ sibi oblatũ, aut fidẽ de illo habitã, docent passim iuris interpretes *in l. curabit 5. D. de act. emp l. Iulian. 13. §. vt vendito. D. eod. & l. fin. D. de peric. & comm. rei vend.* Couar. *lib. 1. var. c. 15. n. 2. & lib. 3. c. 4. coroll. 14.* Ant. Gom. *to. 2 variar. c... n. 11.* Molina *tr. 2. disp. 368.* Rebell. *2. part. lib. 9. q. 1. n. 5.* & alij permulti probã; quia res domino suo fructificare debet, dominiũ autẽ rei venditæ penes venditorẽ manet quãdiu vel pretiũ ab emptore nõ accepit, vel ipsius de illo fidẽ non est sequutus, quod re etiã tradita verum est, *§. vendita. instit. de rerum diuis.* Deinde reciproca est emptoris, & venditoris obligatio; quare dum emptor non cõplet contractũ soluendo pretium, neq; illius vsum & commodũ tradens venditori, non tenetur quoq; venditor emptori rem vẽditam, eiusque fructuum perceptionem concedere: illius igitur fructus licèt rem ipsam tradiderit, iure sibi sumet, aut retinebit. Denique non patitur æquitas, vt emptor rei simul venditæ fructibus, & pretij commodo fruatur, quamdiu venditor his omnibus absque sua culpa priuetur.

Perstandum tamen nobis est in contraria, eaque communiori Theologorum sententia quam docuimus *in opere de vsuris lib. 2. cap. 3. art. 5. n. 24. sub fin.* & docent Sylu. *verb. vsura 2. q. 11.* Rosella *verb. eod. num. 47.*

num. 47. Atm. *n.* 15. Lopes *lib.* 1. *de contract. c.* 36. *ad* 1. Less. *lib.* 2. *c.* 21. *n.* 109. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 17. *n.* 18. Ferdinan. *de iustit. commut. disp.* 5. *punct.* 26. *n.* 4. quia emptor emit reuerà & rem ipsam & totam eius vim ac potentiã naturalem frugiferam, & licèt ille nondum persoluerit pretium, tota tamen illa res ipsi debita est perfectâ vẽditione, debiti igitur quoque sunt fructus qui illam consequuntur. Et sanè si res venditoris fiat deterior, aut pereat absque culpa venditoris, totum periculum erit emptoris, vt dicemus inferius, eiusdem igitur commodum esse debebit. Verum quidem est rem quamque domino suo fructificare, non tamen quando alteri quam à quãta est, debetur; tunc enim & illius fructus simul debentur. Obligatio quoque venditoris & emptoris reciproca est, ideóque emptori non tradenti aut offerenti pretium res vendita tradenda non est, neque enim tradenti rem pretium soluendum est; debetur tamen & pretium venditori, & res vnà cum suis naturalibus fructibus, potentiaque frugifera emptori, neque isti fructus compensari possunt vsu pretij ab emptore nondum soluti: quia illi fructus pretij non sunt fructus pecuniæ, sed industriæ emptoris: fructus autem rei frugiferæ, illam naturaliter consequuntur. Denique concedimus non videri æquum venditorem simul & re, eiusque fructibus, atque pretio priuari, dum emptor hæc omnia sibi retinet; ideóque si ex dilatione solutionis damnum aliquod patiatur, illud ipsi compensandum erit ab emptore. Quare.

4 Dicimus tertiò emptorem qui post sibi traditam rem venditam, est in mora culpabili soluendi pretij, aut alicuius partis illius, teneri venditori ad vsuras pretij non soluti, quod passim probant cum Couar. *lib.* 3. *variar. c.* 4. & aliis *ex l. curabit* 5. *C. de act. empt.* easq; vsuras nõ esse lucratorias, sed compensatorias. Sed quàm malè afferatur eo loco ea lex quæ iubet vsuras illas solui pro ratione fructuum perceptorum, ita vt non plures debeat vsuras emptor, quàm quæ ęquare debent fructus, quos ex re vẽdita & sibi tradita toto tẽpore moræ in qua fuit, percepit, aut percipere potuit, nisi eius negligentia obstitisset; quare si dominiũ pretij soluit, tenebitur ad mediam partẽ fructuum, quàm malè inquam adducatur hæc lex, quę ne de vsuris quidẽ cõpensatoriis intelligi valet, déque illius & similium aliquot legũ sententia fusissimè disputauimus *in opere de vsuris lib.* 2. *c.* 5. *art.* 5. *à numer.* 12. *ad* 26. Quare alia ratio nostri dicti hoc loco non est, quàm quod damnũ quod sua culpa intulit emptor venditori, debeat ex æquitate naturali cõpensare soluendo interesse, non pro ratione fructuum quos ex re sibi tradita & iam sua percepit, sed pro ratione damni quod reipsa intulit. Alia vide apud laudatos authores, maximè Ferdinand. *citato punct.* 26.

5 Quartò vbi emptor pretiũ soluit, & venditor est in mora culpabili tradendi rem, fructus omnes qui eo tẽpore percepti sunt, aut qui percipi potuerũt, nisi venditoris negligentia obstitisset, fiunt emptoris, & venditor tenetur ad omne interesse intrinsecum illius rei: vt si decreuit, aut deteriorata est; non tamẽ ad extrinsecum interesse, aut lucrum cessans vel damnum emergens *l. si sterilis* 21. §. *per venditorem. D. de action. empt.* & *l. post perfectam* 16 *C. eod.* quod tamen in foro tantũ externo concedit Lessius, cùm in foro externo obligetur ad omne tum extrinsecũ tũ intrinsecũ interesse, quia quisq; reparare tenetur omne damnum, quod alteri sua negligentia culpabili causat. Verùm de hoc interesse extrinsecu an debeatur fusissimè disputauimus *lib.* 2. *de vsuris, cap.* 5. *art.* 5. vbi & allatas leges explicuimus, quæ videntur negare in æstimando eo quod interest, habendam esse rationem lucri cessantis, & interesse extrinseci, v. g. lucri quod fecisset emptor ex vino vendito si illi fuisset traditum, cùm solitus sit ex illo negotiari.

Quintò si venditor rem tradidit, aut alia ratione dominium transtulit in emptorem habita ratione de pretio, & concesso termino ad solutionem, fructus sunt emptoris, neque debet vsuras pretij. Ita Couar. *lib.* 3. *variar. cap.* 4. *num.* 5. & alij, quia tunc venditor cessit iuri petendi pretium ante terminum præfixum, ac proinde priuilegio *l. curabit.* 6

Sextò pensio quæ percipiebatur ex re locata ante eius venditionem, si pro solo rei vsu exigebatur, vt contingit in locatione domus, diuidenda est pro rata temporis; pensio enim quæ respondet tempori ante venditionem, est venditoris; quæ verò tempori consequenti venditionem, debetur emptori. Si pensio exigebatur pro fructibus, diuidenda quoque est pro ratione fructuum: si enim nihil fructuum ante venditionem perceptum fuerit, integra pensio locationis est emptoris, si pars solùm collecta sit, pensio illi respondet, estque venditoris, partis autem colligendæ pensio fit emptoris. Denique fructus collecti quo tempore res fuit vẽditoris, eiusque quoq; sunt; emptoris autem qui collecti sunt tempore quo res fuit emptoris. Actio denique exigendæ pensionis à conductore pertinet ad venditorem, qui cõtractum locationis fecit, potest tamen eandem actionẽ transferre in emptorem. Restant fructus durante contractu percepti, cuiusnam videlicet fuerunt, vbi deinde dissoluitur. Sed de his dicemus inferiùs vbi de dissolutione venditoris disputabimus. 7

Ex his oritur nouissima controuersia, an venditor possit pacisci cum emptore, vt donec pretium sibi soluat, aut aliam rem frugiferam tradat, pensionem annuam soluat; secludimus verò dãnũ omne emergens, & lucrum cessans, in cuius compensationem detur ista pensio. Hanc controuersiam fusiùs explicuimus, illúmque cõtractum tanquam iniquum & vsurarium damnauimus in opere de vsuris *lib.* 2. *c.* 5. *art.* 5. *n.* 13. & pluribus *lib.* 3. *c.* 8. *art.* 9. *conf.* 1. neque quidquam aut emendandum aut addendum occurrit. Consule tamen Ferdinand. à Castro Palao *de iustit. commut. disp.* 5. *punct.* 26. *n.* 10. & de Lugo *disp.* 25. *num.* 137.

CONSECTARIVM III.

Ad quem pertineant incrementa & melioramenta rei vendita.

HÆc quæstio grauissima quidem videri poterat, neque ab hoc loco aliena; reiicienda tamen in commodiorem disputationem videtur. Suppono verò distingui ab illa quam nuper explicuimus de accessionibus, quæ vnà cum re vendita vendi censentur; quia eiusmodi accessiones sunt quædã cohærentiæ rei iam constitutæ; incrementa verò & meliorationes aliunde adueniunt siue ante, siue post traditionem, sed tamen venditione facta, vt per alluuionem. Quærere autem iure licet, an eiusmodi incrementa pertineant ad emptorem, an ad venditorem; quandoquidem accesserunt rei iam venditæ. Verùm cùm hæc quæstio definiri nequeat nisi prius constet quomodo eiusmodi incrementorum dominium acquiratur, & an necessariò fiat eius, qui dominus est rei quæ incrementum accipit, inde enim

constabit illa pertinere ad venditorem si accedant quamdiu ille rei venditæ dominus manet; ad emptorem verò vbi fuerit dominus. Commodiùs tota controuersia dirimetur in appendice de dominio, vbi de variis modis acquirendi dominij disputabimus. Huc etiam pertinere existimat Ferdinand. à Castro de *instit. commut. disp. 5. punct.* 18. *n. 5.* nobilem illam quæstionem, an ius accrescendi transeat in emptorem hæreditatis: verùm neque ea difficultas explicari potest, nisi prius de iure accrescendi disputauerimus, quod in appẽdice de testamentis exequemur: intereà quoad quæstionem propositam adi eundem Ferdinand. *l.c.* & Anton. Fabrum *de errorib. pragmatic. decade* 50. *errore* 5. De iure verò accrescẽdi in legatis, an & ipsum quoque transeat in emptorem disputat *errore 6.*

CONSECTARIVM IV.

Cui pereat vel deterioretur res vendita, num emptori, an venditori.

Quid quando venditur indiuiduum indefinitum alicuius speciei. 1.
Quid quando res venditur ad mensuram. 2.
Quid vendatur sub disiunctione. 3.
Quid si venditor sit in mora. 4.
Si fisco addicatur ante traditionem. 5.
Si venditor temerè affirmauit de eius bonitate & diuturnitate. 6.
Quid si emptor monitus à venditore non capit rem. 7.
Quid in venditione conditionali. 8.

SVpponimus nondum fuisse traditam emptori rem venditam pretio soluto, vel data fide de illo, quia eo casu constat emptorem iam esse factum dominum rei venditæ, atque adeò totum eius periculum & commodum ad ipsum pertinere, *l. lectos* 12. & *l. quod si neque* 14. *D de peric. & comm. rei vend.* Quærimus itaque de interitu rei ante traditionem perfecta venditione, quod pro vario modo, quo venditio facta fuit definire oportet.

1 Primò igitur quando indiuiduum indefinitum, & indeterminatũ alicuius speciei venditur, vt si venditæ sunt decem oues, neq; sunt in indiuiduo determinatæ, perit res vẽdita venditori, & quibuscũq; illius speciei indiuiduis destructis, debet adhuc illud quod promisit, quia vt loquuntur Iurisconsulti, genus perire non potest, & emptor non comparauit ius in vlla re singulari, neque vllam singularẽ debet venditor, sed aliquam ex omnibus intra illam speciem, aut qualitatem contentis: quare & si nihil eorum apud eum ipsum remansesit, debet aliunde comparare ad implendum contractum, si quid tamen quoad valorẽ accrescat aut decrescat, emptori imputatur: vti quatuor modij tritici empti sunt, tradendi post quatuor menses, valor eorum siue creuerit, siue decreuerit totus cedit emptori.

Secundò si res vendita indeterminata sumẽda sit conuentis pactis, ex quibusdam rebus determinatis, v.g. decem oues ex tali grege, decem modij ex tali aceruo, vel horreo, decem amphoræ ex tali dolio, si hæc omnia perierint absque venditoris culpa, liberabitur ab implendo contractu si velit, sed pretium restituere debebit si illud acceperat.

2 Tertiò si ex rebus determinatis vendatur aliquid indeterminatum, vt mille oues ex grege tali, centum amphoræ vini, aut tota res aliqua determinata venditur ad mensuram, periculum rei emptę antequam tradatur, ponderetur, numeretur, aut mensuretur, pertinet ad venditorẽ, facta autem traditione, aut ponderata, numerata, vel mensurata re, periculum erit emptoris. Ita expressè *l. quod sæpè* 35. *§. in his*, & *l. 2. C. de peric. & comm. rei vend.* Couar. *lib. pract. qq. c. 3. n. 5. 6. 7.* & alij; quia quando res venduntur ad mensuram, singulę censentur venditę cum tacita illa cõditione, si dimensio, ponderatio, aut numeratio fiat; quod fit etiam quãdo ex determinatis rebus aliquid indeterminatũ venditur; pendente autẽ venditione à conditione in futurum, non prius spectat periculũ rei emptæ ad emptorem, quàm impleta conditione venditio facta fuerit absoluta & pura. Idem dico quando aliquid ad corpus est venditum, aut etiã ad mensurã cum ea conditione, vt gustetur, aut vt gustatũ placeat: si tamen constitutus esset in contractu terminus aliquis intra quẽ res ponderanda, mensuranda, numeranda, & gustãda esset, & staret per emptorẽ quominus id fieret, periculũ rei subire ipse deberet. Si autem non sit constitutus eiusmodi terminus, venditor tamen præsentibus testibus moneat emptorem, vt intra certum tempus ad ponderandum, mensurandum, gustandum, & numerandum accedat, idque non faciat emptor, erit emptoris periculum, *l. si quis vina* 4. *§. vlt. D. de pericul. & comm. rei vend. l. 2. C. eod.*

Quartò in rebus sub disiũctione venditis sola vltima perit emptori, cęteræ omnes venditori, qui quãdiu vel vna restabit, illã debebit; quamdiu autẽ aliquæ superfuerint, in eius erit arbitrio quam libuerit soluere, *l. si in emptione* 34. *§. si emptio. D. de contrah. empt.* Itáque affirmat glossa *in §. cùm autem. inst. de empt. & vendit.* 3

Quintò quãdo aliquid venditur definitũ in indiuiduo, & non vẽditur ad mensurã, sed ad corpus, nulla conditione pendente in futurum, periculũ totũ pertinet ad emptorem, *§ cùm autẽ. inst. de empt. & vend. iuncta gloss. l. quod sæpè* 35. *§. in his. D. de cõtrah. empt. l. 1. & 2. C. de peric. & commod. rei vend. l. 1. D. eod.* Ratio huius iuris est, quia cùm tunc emptor ius in rẽ illã solam & determinatã acquirat, meritò leges illã totũ & commodũ, & periculũ tribuerunt: nam tunc perfecta est venditio, & emptor vrgere potest vẽditorẽ ad tradendũ, & venditor nequit rem venditã alij vendere. Excipiuntur aliqui casus in quibus, *in hac venditione* periculũ subire debebit vẽditor. Primò quidẽ si res pereat culpá lata & leui venditoris, nõ tenebitur tamẽ de culpa leuissima; quia quãuis *l. custodiã* 3. *D de peric. & com. rei vẽd.* dicat venditorẽ teneri ad diligentiã, ad quã cõmodatarius obligatur, atq; adeò ad exactiorẽ, quã in suis rebus, videaturq; ideò cõmodatarius teneri ex culpa leuissima, nõ vult nihilominus Paul. in ea lege, nisi vt vẽditor præstet eam diligentiã exactiorẽ, quã in suis rebus adhiberet vt cõmodatarius, cum quo non cõponit in omnibus venditorẽ, qui quidẽ in custodienda re vẽdita vsq; ad traditionẽ diligentiã adhibere debet, *l. cum qui* 14. *D. de fruct.* etiã maiorẽ, quàm in suis rebus, si fortè in illis esset negligẽs; quia licet cuique in suis rebus negligens esse, non in alienis, ex bona fide; negligẽtia in propriis culpãda est, in alienis coërcẽda, præterquã in deposito, quod cũ nõ fiat nisi in gratiã deponẽtis, imputare sibi debet, qui minus diligentẽ aut etiã negligẽti rem suã custodiendã crediderit, & nõ tam eius negligẽtiæ quã suæ nimię facilitati totum damnũ tribuere *l. 1. § is quoque. D. de obligat. & act.* & *§. præterea. inst. quib. mod. re contrah. obligat.* At verò commodatarius, cùm eius solius gratiã fiat cõmodatũ, diligentiam exactissimam præstare debet,

&

& qualem diligentissimus paterfamilias prestaret, ideóque vulgò tenetur ex culpa leuissima, *l. in rebus* 18. *D. commodati.* Venditio autem cùm fiat vtriusque contrahentis gratiâ, non solius venditoris, non obligat nisi ad diligentiam quam diligens paterfamilias adhibere solet, eaque in re commodatario confertur, sed non in tota latitudine eius obligationis. Quoties igitur ex lata, vel leui culpa venditoris res vendita perierit ante traditionem, eius quoque erit periculum, quia tenetur ad similem diligentiam, ad quam commodatarius tenetur, non tamen ad totam.

4 Secundò tenetur venditor de periculo quando fuit in mora tradendi rem venditam, *l. illud* 17. *D. de peric. & commod. rei vend.* nam proprius est moræ ille effectus, vt semper transferat periculum in eam personam, quæ in mora est, etiamsi de dote agatur, *l. si rem æstimatam* 14. *D de iure dotium. l. si seruum* 91. §. *vlt. D. de verb. oblig. l. qui filium* 21. *D. de manum. testam.* quare si emptor ipse fuerit in mora accipiendi rem sibi oblatam, ipsi peribit. Cuinam verò mora noceat, cùm tum venditor, tum emptor in mora fuit, videndum erit an simul ponatur illa mora ab vtroque, an successiuè: tunc enim posteriori nocet *ex l. illud, citat.* In hac porrò mora venditoris existimat Molin. *tract.* 3. *disp.* 366. *n.* 13. non teneri illum in conscientia præstare illud periculum, si æquè res vendita peritura erat apud emptorem, atque apud ipsum venditorem.

Tertiò aliquando in ipso contractu reiicitur periculum in vendentem, qui ea conuentione illud fert, *l. si in venditione* 10. *D. de peric. & com. rei vend.* vbi pactum eiusmodi etiam in venditione conditionali probatur.

5 Quartò si res vendita fisco addicatur ante traditionem propter crimen venditoris, eius periculo perit, & pretium restituendum erit emptori, si illud iam soluerat, *l. si fundus* 33. *D. locati,* sicut si fundus quem mihi locaueris, publicatus sit, teneris ex conducto, vt mihi frui liceat, quia eodem modo tenetur venditor rem venditam tradere emptori *l. ex empto* 11. §. 1. *D. de action. empt.* quamdiu nempe per rerum naturam tradi poterit. Atqui fundus venditus, quamuis ante traditionem publicatus sit, adhuc tamen per rerum naturam tradi potest publicatio, siquidem mutat dominium rei, ipsam autem non extinguit: poterit enim venditor fundum publicatum redimere vel à fisco, vel à militibus, quibus fuerit assignatus: quod si neque fiscus, neque alius dominus aut possessor velit fundum publicatum vendere, aut non nisi iniusto & immodico pretio, non poterit recusator restituere pretium quod acceperat ab emptore fundi venditi. Ex hac tamen lege & *ex l. quod si neque* 14. *D. de peric. & comm. rei vend.* Cuiacius primus sibi colligere visus est contra cõmunem omnium sententiam periculum rei venditæ ante traditionem, pertinere ad venditorem; non quidem ratione rei, sed ratione pretij, cùm nos ex communi ad emptorem pertinere diximus. Cuiacium pluribus impugnat Anton. Fab. tum *in citat. l. si fundus,* tum fusiùs *lib.* 2. *coniectur. c.* 4. vbi sapienter monet distinguendum esse, an ex aliqua causa intrinseca, an verò per ipsammet rem venditam fiat, quominus tradi possit: hoc enim posteriori casu cùm per ipsam rem fit quominus res prestari possit, cùm omnind ita perempta sit, vt in rerum natura esse desierit, pretium venditori omnind præstandum erit, & periculum interitus rei subeundum; quia quamuis ante traditionem dominium illius apud venditorem remaneat, perfecta tamen venditione in emptoris potestate est, præstita solutione, possessionem ac dominium rei venditæ, quandocumque voluerit capere, sibique imputare debet, quod statim non acceperit; quare iure postulare non potest vt sibi res præstetur quæ per rerum naturam præstari nequit. At verò si ea causa tantùm extrinseca præstari res vendita non pcssit; v.g. quia fundus publicatus fuit, seruus furto subductus, postulare adhuc iure potest emptor sibi præstari rem, quæ per rerum naturam præstari potest; venditor tamen liberabitur si actiones cedere patatus sit, quod si nullas habet, vt contingit, si res aliena vendita furto subtracta est, si fundus venditus publicatus; æqui omninò est eum saltem ad pretij accepti restitutionem teneri, cùm non præstet eam rem, quam per rerum naturam præstare potest si velit, aut eam quæ aliena est emere, aut fundi publicati pretium iis quibus assignatus est, soluere velit. Hanc distinctionem apertè confirmat Iustioian. §. *cùm autem, inst. de emptione,* vbi scribit Imperator, perfecta venditione, quod fit nudo consensu, licet res tradita non sit, periculum omne ad emptorem pertinere; ita vt re perempta quam numquam nactus fuit, pretium nihilominus ab eo peti possit. Ponit exempla rei venditæ, quę aut perempta, aut deterior facta est, ita vt per rerum naturam talis qualis vendita est præstari non possit. Tum subiicit si homo venditus fugerit, aut subreptus sit, non simpliciter liberari venditorem, sed actiones suas emptori cedere compellendum. Vides autem in his casibus rem venditam ex rerum natura præstari adhuc posse, vnde quoque intelligis quamdiu res vendita in rerum natura extat, tamdiu ad eius persecutionem emptori actionem ex empto superesse. Quod si venditor nullam actionem habeat, quam in emptorem transferre possit, (cuius casus non meminit Iustinian.) damnandum esse venditorem scribit Caius *l. quod sæpè* 35. §. *si res vendita. D. de contrah. empt.* eo ipso quod non habeat actionem quam in emptorem transferre possit, nempe vt pretij iacturam sentiat, non autem vt teneatur ad id quod emptoris interest: quæ & alia prosequitur Anton. Fab. *c.* 4. *citato.* Pergo ad cæteros casus, in quibus periculum rei venditæ pertinet ad venditorem, & non ad emptorem.

Quintò igitur si venditor aliquid affirmauit, quo 6
emptor sibi iure persuasit rem diutiùs duraturam, & in eadem bonitate perseueraturam, & tamen ante traditionem illa mutetur; vt si sciebat vinum corrumpendum, aut deteriorandum, & ante traditionem fiat deterius, perit venditori, *l. si vina* 13. *D. de peric. & comm. rei vend.* vbi Caius scribit, si vina in doliis væniérint, & antequam tollerentur ab emptore, sua natura corrupta fuerint, si quid de bonitate eorum affirmauerit venditor, teneri illum emptori: quod si nihil affirmauerit, emptoris erit periculum, siue non degustauerit, siue degustando malè probauerit: de se enim queri tantùm potest. Et sanè quod quis sua culpa damnum sentit, sentire non videtur *l. quod quis* 203. *D. de regul. iur.* quod si vẽditor affirmauit duratura vina vsque ad tempus quo tollenda erant, & ea sua natura corrupta sint, tenebitur emptori, quæ obligatio non tam ea vi & potestate contractus oritur, quàm ea sua conuentione & adfirmatione, quamuis illa bona fide, & sine dolo malo facta fuerit; quia culpa quædam est tam faciiè affirmare quod nescias, vel quod ea incerto & futuro euentu pendet *l. Iulianus* 15. §. *quid tamen. D. de actionib. empt.* Addit Caius hunc venditorem licèt nihil affirmauerit, si tamen sciuit non duratura vina vsque ad tempus quo tolli deberent, & emptorẽ

L 3 non

nō admonuit, teneri quāti interetit emptoris monitū fuisse; quia nempe callida dissimulatio dolo ptopior est, quàm temeraria affirmatio *l. Quintus* 40. *D. de action. empt. l. si fine* 5. *C. ad S. C. velleian. l. mulier* 11. *C. de distract pignor.* Quare nihil interest affirmauerit, aut non affirmauerit de bonitate, sed an sciuerit, an ignorauerit; quia si nihil sciuit, neque affirmauerit, nulla ratione tenebitur emptori, si vina intra diem quo tollenda erant, natura sua corrupta fuerint, quod adde quia aliud esset, si propter negligentiam, aut minus diligentem custodiam, quam venditor vsque ad traditionem debet *l.* 1. *§. custodiam.* & *l.* 3. *D. de peric. & comm. rei vend.* aliud verò quando sua natura corrumputtur, cùm ea corruptio nihil commune habeat cum custodia, ac proinde ex ea corruptione non tenetur venditor, si de bonitate nihil affirmauit, neque sciuit, sed ea ferenda erit emptori ex vniuersali regula, quandoquidem plenissimè iam perfecta est venditio, licèt dies sit præstitus tollendis vinis, quod secus contingit in die præstito gustationi, vti nuper monuimus *ex l.* 1. & *l.* 4. *§.* 1. *D. de peric. & com. rei vend.*

7 Sextò si res vendita siue ad corpus, siue ad mensuram contineatur vase, aut alio loco, quo venditor indigeat, elapso tempore quo tenebitur emptor inde extrahere, monitus à venditore coram testibus, vt inde extrahat, sin minus se proiecturum in via publica, si emptor sit in mora tollendi, poterit venditor rem venditam in via publica proiicere, aut tertio vendere, ne primus emptor tantum damnum patiatur, vel alia vasa, siue locum sumptibus emptoris conducere, aut denique si in eodem loco & vase relinquat, mercedem accipere tanquam locationis; quoties autem terminus non est præfixus emptori ad rem venditam asportandam, si vinum sit venditum, intelligitur ante vindemiam dolia vacua relinquenda esse; aut si venditor mercator sit, & vinum aliud reponere solitus sit, vacuanda erunt priusquàm illis indigeat; quæ omnia traduntur *l.* 1. *&* 2. & *l.* 4. *§. vlt. D. de peric. & comm. rei vend.*

8 Septimò in venditione sub conditione in futurum pendente, in casibus, in quibus diximus periculum pertinere ad emptorem, si res interea deterior aut melior reddatur, & conditio impleatur, id cedit in damnum aut commodum emptoris. Si verò omninò perit, emptori perit *l. necessariò* 8. *D. de peric. & comm. rei vend.* vbi Paul. addit, si pendente conditione vel emptor vel venditor decessefit, impleta deinde conditione perinde obligari hæredem, atque obligaretur ipse venditor, vel emptor si non decessisset. Ratio est quia licèt pendente conditione nulla præsens obligatio nascatur, ita tamen illa pendet, vt qui promisit & contraxit non possit effugere quominus ex eo contractu obligetur, quandocumque posteà conditio existet, *l. qui balneum* 9. *D. qui potior. in pignor.* quare spes illa futuræ obligationis, siue passiuæ, siue actiuæ ad hæredes transmittitur *l. is cui* 42. *D. de obligat. & action. §. ex conditionali, instit. de verbor. obligat.* Confirmatur quia conditionalis venditio existente demùm conditione perinde habenda est, atque si initio pura fuisset, *l. potior* 11. *§. videamus. D. qui potior. in pignor.* inde tamen non fit, vt si pendente conditione res tradita sit, emptor possit illam *titulo, pro tempore*, vsurpare vti obseruat idem Paul. *in citata l. necessariò*, estque aperta ratio, quia vsucapio sine iusto titulo fieri nequit, neque sufficit putatiuus *l. Celsus* 27. *D. de vsucap.* & causa ex qua res nostra esse possit, debet semper præcedere *l. nullo* 24. *C. de rei vindicat. l.* 4. *l.* 10. *& l.* 11. *C. de long. tempor. prascr.* Quare non sufficit sola rei traditio, licèt bona fide id faciat, quia nequidem ad transferendum dominium sufficeret, quamuis à vero domino facta, si nuda foret, neque iustam vllam causam haberet; vt si venditio nulla præcessisset *l. numquam nuda* 31. *D de acquir. rer. dom. l.* 3. *D. si vsusfruct. petat.* At verò conditionalis venditio quamdiu conditio pendet, nec venditio perfecta est, nec iustam causam possidendi tribuere potest; quod enim pendet, non habetur pro eo quod iam sit *l. is damnum dat* 169. *§.* 1. *D de regul. iur.* non dabit igitur causam vsucapiendi pro emptore, cùm in eo statu sit, vt nec emisse vnquam videretur, si conditionem deficere contingeret, *l. si quis fundum* 37. *D. de contrah. empt. l. vbi autem* 4. *D. de in diem addiction. l.* 2. *§ si sub conditione D de emptore.* Quare sapienter subiicit Paul. si quid emptor pretij nomine soluerit, illud posse repetere tanquam prorsus indebitum, quod non nisi sub conditione debitum fuit, *l. sub conditione* 16. *D. de condition. indeb. l. cùm ab eo* 41. *§.* 1. *iuncta l. & quod soluerit* 23. *l. domum* 57. *D. contrah. empt.* fructus quoque medij temporis ad venditorem pertinebunt, cùm emptori acquiri non potuerint, nec iure soli & dominij, *l. qui scit* 25. *§.* 1. *D. de vsur.* nec ratione bonæ fidei, quam quippe nollus titulus comitatur, *l. bona fidei* 48. *D. de acquir. rerum dom.* Pergit Paul. vultque pendente conditione, & interim perempta re vendita perimi quoque venditionem conditionalem, deficiente eius materia & termino à quo venditio possit retrahi ad tempus contractus *l. nec emptio* 8. *D. de contrah. empt.* vnde vides decedente venditore, vel emptore, quamdiu pendet conditio, vbi tamen illa deinde ponetur perfici venditionem & eius obligationem ad venditoris & emptoris hæredes transmitti, cùm tamen perempta re vendita, & ex impleta deinde conditione, venditio nulla fit. Ratio discriminis manifesta est, quia mortuo ante conditionis euentum venditore, vel emptore, non deficit nihilominus persona in qua venditio & emptio consistat, nimirum hæres qui personam defuncti repræsentat, imò eadem cum illo persona censetur. At verò perempta re vendita, nihil omninò superest quod venditum dici possit, cùm tamen venditio intelligi nequeat sine aliqua re, quæ væneat, *l. nec emptio, citata.* Eadem ratio est stipulationum & legatorum conditionalium, quæ perimuntur extincta re legata ante conditionis euentum; imò nequidem mortuo inde legatario subsistunt, *l.* 75. *l. is cui* 42. *D. de obligat. & action.* Nihilominus si pendente conditione res fiat deterior, deteriorabitur emptori, vt diximus initio, quia dum res perimitur, nihil est quod væneat, dum deterioratur, restat adhuc materia venditionis. Quod si res vendatur ad mensuram, atque adeò sub conditione, vt mensuretur, ponderetur, vel numeretur, venditori deterior redditur; quia vti iam monuimus, nondum est perfecta venditio, nisi facta mensuratione, ponderatione, vel numeratione; quod idem de degustatione cùm de ipsa conuentum est, dicebamus.

CONSECT.

CONSECTARIVM V.

Quis ex duobus emptoribus quibus eadem res vendita fuit præferri debeat.

Regula vniuersalis.1.2.
Exceptiones.3.4.

1 SI duobus emptoribus vna eademque res vendita fuerit ex interuallo, siue successiuè, & neutri tradita fuerit, debetur priori, quia potior est iure; quod dicendum quoque est, si vterque rem sibi traditam esse affirmet, neque constet cui prius fuerit tradita, valet enim communis regula *leg.56. Digest. de regul. iur. Qui prior est tempore, potior est iure.*

2 Si posteriori emptori tradita fuerit, illi debebitur, & non primo, *l. quoties C. de rei vindicat.* & *l. traditionibus* 20. *D. de pactis*. Ita Couar. *lib.2. variar. cap* 19. cæterique omnes, quos nihil attinet recensere, quia in illum cui tradita fuit res, dominium vnà cum illa traditione collatum est qui proinde cùm iam dominus rei existat, præferendus omninò est, atque hanc l. in Gallia seruari tradit Guido Pap. *decision*.112. *numer*.1. in Curia Delphinatus. Maynard *tom.1. lib.2. cap*.61. *&* 62. in Tholosana. Chopin. *lib.3. in consuetud. Andium cap*.2. *tit*.1. *num*.2. Louet. *littera V. numer*.1. de Parisiensi. Consule quoque Molinæ. *consil*.50. *num*.22. & Cuiac. *lib*.18. *cap*.31. Idem denique seruandum esse in omnibus aliis contractibus, in quibus dominium non transfertur sine traditione monent DD. vnde Carol. Mag. *lib.7. capitul. cap*.279. ait in donationibus non quærendum esse quis primus, quis posterior sit, sed quis rem tradente donatore possederit: eaque sanè fuit olim celeberrimi Iurisconsulti Pauli sententia *lib.5. tit.11. de donat.* §.4. Hanc denique doctrinam veram esse etiam in contractibus iuratis, ita vt licèt prima venditio iurata fuerit, posterior tamen sequuta traditione præferenda sit, docent Couar. *de pactis*. 1. *part*. §.4. *numer*.2. Anton. Gomes. *tom.2. variar. capit*.20. Gutier. 1. *part. de iurament. cap*.30. *numer*.4. Molina *tract.2. disp*.369. Rebell. *lib.9. quæst*.17. *num*.22. Lessi. *lib.2. cap.22. dub*.19. Ratio euidens est quia licèt iuramentum faciat periurum hunc secundò vendentem, qui iurauerat se non vendíturum, non impedit tamen dominij translationem, quæ fit per traditionem in secundum emptorem. Hanc eandem legem seruari volunt laudati DD. vnà cum Ferdinand. à Castro, *sæpius citata disp.5. punct*.27. vbi & alios dabit in contractu locationis, ita vt secundus conductor, si rei locatæ detentionem habeat, tueri se possit aduersus primum conductorem, qui tunc habebit solam actionem personalem in locatorem, cùm hic iam obtineat ipsam rem collatam. Vlpian. quidem *l. in operis* 26. *D. locati*: præfert primum conductorem, sed non eo loco constabat secundo rem esse traditam, quo casu primum quoque emptorem potiori iure esse monoimos initio, quamquam in citata lege agatur de satisfactione præstanda operarum conductoribus, cùm vtrique simul satisfieri nequit, quæ alia longè facti species est à nostra, de qua vide Anton. Fab. *in eam legem*.

3 Ab hac porrò vniuersali regula excipitur casus in quo sine traditione dominium transfertur, quod contingit in donatione vel venditione facta Ecclesiæ, cui id priuilegium factum esse *l. fin. C. de sacros. Eccles.* docent ex communi sententia Couar. *lib.2. variar. cap*.19. *num*.2. Gomes. *tom.2. variar. capit*.2. *numer*. 20. Molina. *tract. disp*.369. *numer*.2. Lessi. *lib* 2. *capit*.22. *numer*.142. Rebell. *lib.9. q*.17. *numer*.20. Layman. *libro 3. tract. 4. capit*.17. §.4. Salas *de empt. dub*.46. *numer*.4. Ferdinand. *citat. punct*.27. *numer*.2. Cùm igitur dominium ea venditione facta Ecclesiæ, aut alij pio loco statim translatum fuerit absque traditione, secunda venditio non potest dominium illud aufferre à primo emptore, qui idcircò posteriori præhabendus omninò est.

Idem contingit in collatione beneficiorum, quia 4
in his ad ius acquirendum non attenditur traditio aut possessio, sed titulus, vt in glossa 1. *princ. cap*.1. *de regul. iur. in* 6. Ille igitur cui primo collatum est beneficium, alium excludit; si tamen non constaret de prioritate collationis, qui iam possessionem legitime prehenderit, præfertur, *cap. si à sede* 31. *de prebend. in* 6. quia qui prius adeptus est possessionem, præsumitur prius habuisse collationem; quæ præsumptio cùm sit turpis de iure, non admittit probationem in contrarium, vt ait Rebuff. *tract de pacif. possession. numer*.297. *& in praxi tit. de prescrip. ad benef. numer*.30. Valet autem in Gallia definitio illius *cap. si à sede*, licet *lib*.6. decretalium neget esse receptum in Gallia Loueti Commentator *lit.P. numer*.41. atque ita iudicatum fuisse refert idem Commentator *littera V. numero* 1. *sub fin.* Vide Mornac. *in leg. quoties* 15. *Cod. de rei vindicat.*

Secundò in donationibus à Rege factis is cui primo donatum est, præfertur posteriori, licèt iam possessionem fuerit adeptus, vt contendit Bacquet *tractat. de Iure Regio succedendi in bona decedentis sine vllo successore*; quod ius vocamus, *Droict de desherance*, *cap*.5. vbi & Curiæ iudicatum fusiùs refert, quia solo verbo perficitur gratia: quare ad Principes illud de Ioue apud Homerum νεῦσε Κρονίων, refert Eusthat. Si voluntas censetur firma & Constans, sequentes quoque donationes subreptitiæ præsumuntur, quod dixit etiam Andr. Gaill. *lib.* 2. *obseru*.55. & Layman. *capit.17. cit.* contra Ferdinand. à Castro.

Tertiò quando primo emptori res vendita, fuerit in securitatem contractus hypothecata, nequit secundus emptor firmum dominium rei venditæ comparare, sed tantùm reuocabile ab emptore, *leg. si creditor. §. fin. Digest. qui potior. in pignoribus*. Ita Couar. Gomes. Gutier, Lessi. Molina, Ferdinand. citati.

Quartò si secundus emptor erat in mala fide, &
conscius prioris contractus, primus poterit ab eo 5
euincere rem in fraudem alienatam. Ita Glossa *in cap. si tibi absenti, de regul. iur.* quam pluribus aliis relatis sequitur Couar. *lib.2. variar. capit*.19. *numer*.5. non tenebitur tamen secundus emptor rem tradere ante euictionem, nisi ipse induxerit venditorem vt sibi venderet, tunc enim est causa iniusta damni quod inde prior emptor patitur; non poterit verò euinci à secundo, nisi conscius fuerit, vt dixi prioris venditionis, aut nisi prior haberet rem titulo oneroso, v.g. venditionis, & posterior titulo gratuito, vt donationis, sed donatarius non tenetur ante sententiam rem tradere. Ita omnes quos dabit Ferdinand, *punct*.27. *citat*. Hanc communem sententiam pluribus sapienter reiicit Anton. Faber in hoc casu, neque secundum emptorem esse in mala fide, neque si esset, impediri ne acquirat rei sibi venditæ & traditæ dominium, neque

primo emptori vllo iure posse concedi reuocatoriã, *decade* 86. *error*.8. Idem de emptore & donatore ostendit *errore* 9. & 10.

Consectarium VI.

An aliquis inuitus cogi possit emere vel vendere.

Status quæstionis.1.
Regula vniuersalis.2.
Prima causa, publica necessitas.3.
Casus singulares.4.5.6.7.
Fauor Principis.8.
Secunda causa fauor religionis.9.
Tertia causa ius alterius.10.

1 CErtum nobis est ex *art*. 2. *numer*. 2. & 3. neminem inuitum cogendum esse ad rem suam vendendam, vel emendam alienam, cùm id & naturalis æquitas, quæ postulat quemque rei suæ dominum de illa pro arbitrio disponere, & apertissima iura suadeant; *l. inuitum* 11. *l*.13. & *l*.14. *C. de contrah. empt. leg. si filiusfamilias* 25. §.1. *D. soluto matrim. l. quamuis* 6. *C. de pignor. action. l. non enim* 9. *D. de actione rerum amotar. non enim aequum est inuitum suo pretio res suas vendere.* Gothofredus reponi vult, *non suo pretio*: quia licèt iniquum sit inuitum cogi res suas vendere, sed multò iniquius cogi vendere iniquo & iniusto pretio; vel illud suo pretio esse interpretandum, suo, id est, aduersarij cogentis pretio. Diximus tamen quosdam casus excipi à communi illa & vniuersali regula, in iisque posse aliquando quemque etiam inuitum superiori potestate cogi rem suam vendere, de quibus agunt Couarr. *lib*. 3. *variar. cap*.14. Boër. *decis*.322. Molinæ. *ad consuetud. Paris. tit*.2. §.77.*numer*.27. 28. 29. nouissimæ editionis Oldrad. *consil*.161. Fornerius Aurelian. *lib*.1.*cap*.9. *selectar*. Tiraq. *tract. de pœnis temperand. in præfat. num*.33. & *lib*.1. *de retract. in præfat. numer*.15. & *in* §.3. *glossa* 3. *num*.1. Ferronus *ad consuetud. Burdegal. tit. de feudo*. §.10. & alij quos dabit Mornac. *ad l*. 11. *C. de contrah. empt*. Louet. *littera A. numer*.6. & *littera C.num*.1. & Couarr. *cap. cit*. & alij deinceps in singulis difficultatibus, quas hic expendimus, afferendi. Verum infinitæ foret operæ singulos eiusmodi casus percensere, quare placet eos omnes ad tria capita reuocare, quę cõtinẽt causas ob quas poterit vis ista fieri, aut necessitas imponi domino vendendi suam rem.

2 Eæ porrò sunt bonum communitatis, ipsiusque aliquando Principis, fauor religionis, & naturalis æquitas seruandi proximum illæsum sine nostro dispendio. Ratio vniuersalis horum omnium manifesta est; nulla enim fit iniuria venditori, & domino rei dum cogitur ad implendam obligationem, ad quam naturali lege, & pietate tenetur, vti quoties occurrunt istæ causæ, teneri nemo negabit, cùm & bonum commune priuato præferendum sit, & res sacras aliis præhabendas esse, atque etiam cum aliquo incommodo procurandas esse concedunt omnes. Denique naturalis hominum necessitudo, ac coniunctus, insitaque naturæ lex hoc officium postulat, vt non modò proximum non lædamus ipsi, sed eius etiam damnum & iniuriam amoliamur, aut saltè vitemus, quando id nullo nostro incommodo & dispendio vitare possumus, vti contingit aliquando.

Prima igitur causa propter quam compelli pos- 3
sunt aliqui suam rem, etiam inuiti vendere, est publicæ rei necessitas, vel ingens vtilitas, ad quam procurandam singuli ciues ex pietate naturali tenentur, etiam cum sua aliqua molestia, & incommodo. Vnde fit primo, vt rerum ad victum vestitumque pertinentium mercatores possint à Republica cogi ad illas iusto pretio vendendas, quamuis non sit aut grauior annonæ caritas, aut inopia rei illius, tradunt DD. quos benè multos allegat & sequitur Couar. *cap*.14. *cit. num*.1. qui idcircò eam opinionem communem esse dicit: probant passim *ex cap*. 1. *de emption*. vbi PP. Concilij cuiusdam Prouincialis, cuius nomen admodum incertum est, cùm alij aliter legunt, vt videbis apud Antonium August. *in notis ad* 1.*collection*. iubent presbiterum admonere plebes ne cariùs vendant externis transeuntibus quàm in mercato, sed cum humanitate hospitibus vendant; verùm non video quomodo inde colligatur assertio posita; volunt enim duntaxat Patres coërcere eam aduersùs hospites inhumanitatem, & prohibent illis cariùs quàm indigenis vendi, quæ erat manifesta iniustitia. Vnde non sequitur eiusmodi mercatores teneri etiam inuitos vendere suas merces, sed duntaxat teneri illas iusto & communi pretio distrahere æquè exteris atque incolis; neque aliud probat quam passim allegant Valentiniani & Valentis constitutio *in l*.1. *C. de Episcopal. audient*. vbi dicitur Episcopalis prouidentiæ esse ne mercatores cariùs vendant quàm par sit merces suas, est enim seruandus modus in pretio, & eius officij pauperes adiuuare. Verùm quid inde conficitur ad probandum cogi quempiam posse ad vendendam rem suam, aut publicos annonæ mercatores compelli posse, etiam inuitos, ad vendendam annonam, quam habent sepositam, aut expositam etiam nulla vrgente inopia, vti volunt laudati DD. Et sanè ex hac constitutione colligi aliud nihil posset, quàm cognitionem de politia & re annonaria tributam Episcopis fuisse à Valentiniano & Valente. Verùm hanc constitutionem ineptè à Triboniano concinnatam, & in hoc caput relatam ait Cuiac. *ad l*.1. *C. de commerc*. vel vt alij existimant à compositoribus interpolatam, ac denique non de sacris Antistibus agi sed de illis Episcopis, quorum munus & operam describit Arcad. Charisius *in l. vlt*. §. *Hirenarchæ. D. de numerib. & honorib*. vt animaduerterit Duarenus *lib*.1. *animaduers. disp. cap*.57. sic enim habet Arcad. *Item Episcopi qui præsunt pani & cæteris venalibus rebus, quæ ciuitatum populis ad quotidianum victum vsui sunt, personalibus muneribus funguntur*. Nos Ædiles Cereales appellare possemus cum Dyonisio *lib*.43. Præerant illi, frumento, vt ait Caius *in l*.2. §.32. *D. de origine iuris*. Ἐπισκοπεῖν verò idem est, quod ἐφορᾶν, vt annotat Budæus ex Xenophon. quare Episcopi & Ephori sunt quibus non solùm oculis lustrandi potestas, sed etiam prouidentia & cognitio mandata est. Imò & vsurpatur aliquando Episcopus pro eo qui summum rerum arbitratum habet. Cic. *lib*.7. *ad Attic. Ep*.10. *Ego negotio præsum non turbulento: vult enim me Pompeius esse quem tota hæc campana & maritima ora habeat ἐπίσκοπον, ad quem delectus & negotij summa deferatur*. Appellauit itaque Charisius Episcopos inspectores, qui de panificis & venalibus pro potestate cognoscebant, de quibus sine dubio lata est constitutio Valentiniani & Valentis, quam siue Tribonianus, siue quis alius ad sacros nostros Antistites ineptè retulit. Verùm de quocumque agatur Episcopo, ex ea non sequitur quod vulgus

gus Iuristarum colligit, posse mercatorem eiusmodi mercium cogi, etiam inuitum ad eas vendendas, vbi illas publicè exposuit, seclusa graui ciuitatis inopia, sed duntaxat definiri posse harum vænalium rerum pretium, quod & pluribus in locis prudenter fieri sæpius diximus, & obseruat Straccha *de mercat. part.4. numer.41.* Ratio igitur communis sententiæ petenda mihi videtur ex eo quod eiusmodi vænalitij mercatores officio quodam publico vtantur, neque alia de causa publicè suas merces victuales exponere permittantur à Republica, quàm vt sit cuique facultas illas emendi. Quare non possunt accedentes reiicere, aut merces sine aliqua iusta causa negare absque ipsorum iniuria: maximè si magno ipsorũ incommodo denegent; ideóque Ancharanus *consil.* 157. ait mercatoribus habentibus publicè tabernam, aut pergulam, non licere repellere accedentes emendi causâ, quod tum maximè verum erit, si id fiat magno incommodo accedentium; vt si vnus tantùm panum, aut pannorum venditor foret: si verò vel leui, vel nullo omnino damno reiiciatur emptor, non damnarem nisi inurbanitatis hanc repulsam, vt vides.

4 Secundò posse Aduocatum etiam sub pœnâ muneris & officij amittendi cogi ad patrocinium præstandum, constat *ex l. prouidendum 7. C. de postulando*, non sanè ea de causa quòd olim Aduocatis publica salaria & honoraria cõstituta fuissent, id enim numquam factum esse legitur, vti sapienter aduertit Couart. sed Iudicis officio iusta merces laboris à litigantibus exigebatur *leg. properandum* 13. *§. illa proculdubio. C. de iudiciis*, & Plin. *lib.5. epist. vlt.* ait qui quid negotij haberent iussos esse iurare priusquam agerent, nihil se ob aduocationem cuiquam dedisse, promisisse, cauisse; peractis tamen negotiis permittebant pecuniam duntaxat decem millium dare, quam summam Lipsius *in libro* 11. *Ann. Tacit.* facit esse decem millium dena sestertia, quæ centum aureos hodiernæ monetæ vix attingunt. Sed de honorariis Aduocatorum alibi commodius: interim adi Mornaei. *in l. qui operas* 38. *D. locati.* Videtur igitur non ea de causa Iudicem cogere posse Aduocatum præstare suas operas clienti, quòd stipendia capiat à Republica. Ratio igitur est, quam indicat citata nuper constitutio, ne clientes & Rei maneant indefensi, & sine patrocinio, quod Reipublicæ sine dubio interest; ideóque qui publicæ aduocationis munus susceperint, ad illud præstandum cogi poterunt, vbi nempe Rei alioquin indefensi necessitas ita postulabit.

5 Tertiò caupo & stabularius, qui id officium publicè suscepit, cogitur etiam inuitus hospites suscipere. Ita contendit Bartol. *in l. 1. D. furti aduersùs naut.* & *in l.1.§.1. D. naut. caupon.* quod autem in hac lege postremùm allata dicitur, in eorum esse arbitrio ne quem recipiant, intelligendum est, ne quidquam seruandum recipiant; possunt enim prædicere, vt vnusquisque viatorum, & hospitum res suas seruet, neque damnum se præstaturos, *l. vlt. D. eod.* Et sanè Caius ait *in l.5. D. eod.* nauta, caupo & stabularius mercedem accipiunt, non pro custodia, sed nauta vt traiiciat vectores, caupo vt viatores manere in caupona patiatur, stabularius vt permittat iumenta apud eum stabulari, & tamen custodiæ nomine tenentur: *in l.* verò *vn. D. furti aduers. naut.* dicitur non posse caupones viatores repellere, sed id intelligendum est, de cauponibus qui id munus publicum à Republica susceperunt, quia postulat commerciorum ratio, & vitæ ciuilis inter diuersas vrbes ac prouincias consuetudo, vt sint eiusmodi aliquot hospitia ad quæ externi diuertere possint: neque enim habent semper amicos ad quos hospitij iure diuertere valeant. Quoties itaque non erunt plures caupones apud quos hospitari possint, poterunt qui publicè cauponam exercent, cogi à magistratu hospitio excipere viatores.

Quartò Decius *in l. inuitus. D. de regul. iur.* existimauit, cogi posse publicam meretricem prostituere se postulanti vsum eius corporis, oblata iusta mercede, quia *l. item apud Labeonem* 15. *§. si quis virgines. D. de iniuriis*; negatur meretrici actio aduersùs illum qui eam causâ libidinis interpellarit. 6
Et *l. verum* 39. & *l. qui iniuria* 53. *D. de furtis*, non tenetur actione furti, qui meretricis ostium causâ libidinis fregerit, licèt inde furtum commissum fuerit. Et denique glossa *in l. vnic. C. de raptu virginum*, & *in §. item, instit. de public. iud.* ait raptum & vim illatam meretrici non puniri pœnis aduersùs raptores statutis: verùm hæc Decij sententia falsa & erronea est, quod etiam obseruauit Couarr. *lib. 3. variar. cap.14. numer.* 2. quia nemo iure cogi potest ad committendum peccatum mortale, neque iura à Decio relata conficiunt quod intendit; quamuis enim daremus omnem actionem iniuriarum negari meretrici, de quo tamen disputat Couar. *loc. cit.* inde tantùm sequeretur eiusmodi prostibula publica censeri indigna propter turpitudinem vitæ, quæ à Iudice audiantur aduersùs eos à quibus impetuntur, quamuis non propterea fas sit illas absque culpa violare.

Quintò licèt quis suam rem vænalem non exposuerit, si tamen inopia publica id exigat, cogi poterit à Republica illam iusto pretio vendere. Ita communiter DD. qui tamen loquuntur duntaxat de graui inopia rerum ad victum vestitumque pertinentium: deinde monent Magistratus caueant diligenter, ne ex hac coactione crescat potiùs quàm minuatur inopia publica; dum qui eiusmodi merces habent, eas occultabunt, ne ad venditionem compellantur. Denique vt iustum pretium definiant, quod maius omnino esse debebit, quàm si nulla esset inopia, & vt mercatores spe lucri inuitentur ad comparandam aliunde annonam, & ad illam vbi comparauerint, distrahendam. Huic communi certæque sententiæ fauet ratio & æquitas naturalis, quæ bonum commune præferendum esse priuato docet. Iura quoque illam confirmant *leg. 2. D. de nundinis.* Haberi textum optimum in hanc rem dixit Couarr. *cap. cit. numer. 3.* qui tamen inutiliter afferri mihi videtur, cùm dicat duntaxat non esse cogendos rusticos à dominis deferro iure nundinis, ciuitati interesse, in eamque merces suas importare, ne intereà cesset agrorum cultura & annona destituatur. Efficaciùs itaque affertur *l. 1. C. vt nemini liceat à coëmption. specier se excusar.* coëmebat enim vndique fiscus à Prouincialibus species annonarias vsui publico vel exercitui necessarias. Boët. *libro* 11. *de consolat. Cùm acerbi funeris tempore grauis atque inexplicabilis indicta coëmptio profligatura inopiâ Campaniam videretur, certamen aduersum præfectum pretorij communis commodi ratione suscepti, Rege cognoscente contendi, & ne coëmptio exigeretur euici.* 7

Hanc coëmptionem Græci συνωνὴν nominabãt, eiusque indictionem, quæ non nisi vigente necessitate, veluti exercitus, aut vrbis inopiæ subleuandæ causâ fiebat, dicebant συνωνήτον. Indicto verò synonito, neminem ab eo onere excusari, omnesque cogi species fisco vendere, rescripsit Anastasius *loco citato*, licèt per sacros apices, hoc est, sacras admonitiones,

monitiones, siue vt loquuntur Græci *σιταρχία, κεφαλὰ, σιταρχίας, καὶ διωκτῆς κεφαλὰς*, videatur quis exceptus fuisse. Ipsos demùm actores & procuratores diuinarum domoum, Imperatoris videlicet & Augustæ, eadem lege teneri mandat. Non fiebat autem hæc coëmptio sine authoritate Principis, nisi si qua mancipia annonæ caritate laborarent. Reputabantur pretia venditarum specierum in collationem fisco inferendam; sicut de sumptibus factis in transitu militum constituitur *Nouella* 129. vel statim admunerabantur. Denique coëmptio exigebatur pro numero iugorum & capitum *πρὸς τὴν ἀναλογίαν τῶν ζυγοκεφάλων*. Curatori autem coëmptio frumenti, qui *σιτώνης* dicebatur, permittebatur arbitrio possessorum, & Episcopi. Non ex quibuslibet, sed ex cohortalibus indemnes seruabuntur isti sitonæ; quæ omnia colliguntur ex constitutionibus relatis *lib.* 58. Basilicon. Vides igitur cõpelli vrgente necessitate ciues ad vendendas species annonarias iusto pretio, quod vnum contendebamus. Sapienter igitur Masuer. *tit.* 28. *de empt. & vend. num.* 8. ait *Senescallum posse compellere vendere bladum tempore necessitatis eos, qui habent in abundantia*: nam Salomon, vt omnia alia sapienter, illud quoque pronunitat *Prouerb. cap.* 11. *vers.* 26. *Qui abscondit frumenta maledicetur in populis: benedictio autem super caput vendentium* Hi, quod aiebat Michæ. *cap.* 3. *vers.* 2. comedunt carnem populi, quales sont Dardanarij, qui vt loquebatur Plaut. annonam flagellant, accendunt, & excalefaciunt, atque ita annonæ inducunt caritatem, vt fecit Cleander Phrix imperante Commodo apud Herodian. *lib.* 1. *cap.* 13. Conon à militibus occisus est, quòd frumentum, ac cæteros commeatus cum eorum iactura coëmeret, vt cariùs venditaret. Ita Procop. *lib.* 3. *de bello Goth.* Audiendus Ambros. *lib.* 3. *cap.* 6. *de Iosepho*: *Famis tempore subueniendum est, non pretia captanda*: *& frumenti largitorem esse decet, non pretij captorem.* Addiderim cum Couarruuia has leges obligare in conscientia, sicut & eas quæ definiunt iustum pretium; qua de rediximus articul. 3. nuper; & cogendi erunt violatores legem seruare, atque pretium restituere.

Sextò quoties aliquis tenetur iure diuino & naturali in grauissima proximi necessitate eleemosinam erogare, ad id poterit cogi à Iudice, modò illa coactio fiat Iudicis officio, non iure actionis. Ita Couarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 14. *numer.* 5. vbi plures omninò Canonistas allegat; qui eo modo interpretantur glossam *in cap. si cui. vers. esurientium*, 47. *distinct.* Rationem affert Caietan. 2.2. *quæst.* 118. *in art.* 3. & 4. ex eo quod Sanct. Thom. dicat *ibid. art.* 4. *ad* 2. diuitem teneri erogare eleemosinam ex quodam debito legali, quod in paupere existente in extrema necessitate facilè ostenditur, cùm ita bonum commune postulet, & de aliis ostendit *ibid.* Caietan. & Dominic. Soto *in tractat. deliberat. in causa pauperum, capit.* 4. *ratione* 2. Potest verò Iudex compellere ad ea quæ quis debet debito legali, & ratione iustitiæ ad bonum commune pertinentis, modò tamen, vt dixi agat ex proprio officio, non autem interpellatus actione, cùm nullus habeat ius strictum tunc ad rem alterius, quam sibi eripi aut detineri queri possit. Quandonam vero teneatur quis iure naturali ac diuino, ac denique ex debito legali pauperibus eleemosinam facere, disputat eo loco. Couarr. & Theologi in 2.2. nos ab ea quæstione abstinemus modò, ne longiùs digrediamur: sufficit instituto nostro posse Principem laborante grauissima inopia republicâ cogere ditiores, etiam inuitos, pauperibus erogare stipem, vt ait Caietan. illamque singulis pro modo diuitiarum imperare, & nisi pareant aufferre, ne fame pereunte plebe ciuitas vniuersa pereat, idque præter naturalem æquitatem suadet Christiana pietas.

Septimò publicæ quoque necessitatis & pietatis intuitu statuere poterit Princeps, aut Magistratus, vt merces & annonæ victui necessaria eodem exteris hospitibus, quo incolis ipsis pretio distrahantur; vti nuper monuimus, quia illud omninò necessarium est ad fouenda cum exteris commercia.

Octauò vrgente annonæ penuria cogi possunt ciues ex agris illius ciuitatis collectum frumentum ciuibus potius, quàm exteris vendere iusto pretio, & saltem eodem de quo cum exteris conuenerant: quinimò frumentum eiusmodi iam exteris venditum poterunt ciues oblato eodem pretio sibi retinere, inuitis licèt emptoribus: ordo enim charitatis postulat, vt domesticis priori loco succurramus: qua de causa PP. in Concilio Turonensi, Pelagio I. Romano Pontifice, sic edicunt *Canon. V. Vt vnaquaque ciuitas pauperes & egenos incolas alimentis congruis pascat secundùm vires, vt tam vicini presbiteri, quàm ciues omnes pauperem pascant; quo fiet vt ipsi pauperes per ciuitates alienas non fatigentur.* Id autem fieri non poterit si vrgente annona species annonariæ distrahantur externis, illisque ciues carere cogantur.

Nonò in eadem publica inopia prohibere poterit Respublica ne singuli ciues plura coëmant, quàm necessaria sint ad suæ familiæ sustentationem. Ita Gomes. *tom.* 2. *variar. cap.* 2. *numer.* 51. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 17. *numer.* 34. & alij, ne videlicet cęteri pecunia grauiori vexetur. Et sanè si cogi possunt vendere, multò magis impediri poterunt, ne plura eiusdem generis cum aliorum grauissimo incommodo sibi comparent.

Decimò ingruente periculo obsidionis poterit ciuitas imperare & cogere singulos ciues emere, quæ ad victum necessaria erunt, atque ad tolerandam obsidionem, & sese tuendos; quod ex dictis hactenus sequitur. Istorum omnium ratio est obligatio vitandæ publicæ famis, qua nihil miserius est, inquit Tull. *lib.* 5. *ad Attic. Ep.* 21. & Homer. *Odyss* 12. *λιμῷ δ᾽ οἴκτιστον θανεῖν*; in quam rem plura congerit Tiraquel. *de retract. gentilit.* §. 26. *glossa.* 1. *num* 5. Ioannes Baptista Lupus Geminian. *comment.* 1. *de vsuris* §. 5. *num.* 95. & Expilæus *in suis Arrestis cap.* 6.

Vndecimò ad publica ædificia construenda cogi possunt priuati suos fundos aut propria ædificia vendere, quia id ad publicam vtilitatem pertinet: ita cum aliis Molinæ. *ad consuetud. Paris.* §. 77. *numer.* 27. & *sequent.* Imò Oldrad. *in cons.* 161. ait ob publicam vtilitatem cogi posse dominum vendere suum fundum, vt in eo erigantur furcæ patibulares.

Duodecimò ad decorationem & commoditatem ciuitatis cogi possunt priuati vt ædes nouas ædificando tres pedes amplificandæ viæ relinquant, itáque iudicatum à Patrum Senatu refert annotator Lonet. *littera A. n.* 6.

Quia verò præcipua communitatis pars est 8
Princeps ipse, eius causa, communitatis quoque causa dicitur, ideóque quæ communitati indulgentur, Principi etiam præcipuo iure conceduntur sæpius. Quare fauore Principis aliquando quis compelli poterit, etiam inuitus, rem suam vendere.

Primò igitur ad pacem aliámue publicam vtilitatem

tatem poterit Princeps castrum, fundum vel rem aliam priuati ciuis compensato damno sibi tollere; quod pluribus iuris vtriusque interpretibus adductis confirmat Molinæ. *ad consuetud. Paris.* §.77. *numer.*19.

Secundò ipsam Ecclesiam compelli posse ad mutandam suam rem cum Principe conditionibus æquis, si publica res ita postulat, iudicatum esse refert Annotator Louet. *littera A. numer.*6. *artic.*3. Ad ædificationem Basilicæ & Palatij vicinas domos, & fundos iusto sibi pretio Principem ab inuitis dominis comparare posse traditur ibidem. Immò idem quoque ius concedunt Castellano Dynastæ cui summa in subditos iurisdictio competit. Poterit siquidem ad dominicarum ædium constructionem fundos necessarios inuitis dominis emere, æquis tamen, vt monui, conditionibus. Laudatur tamen August. à Sueton. *cap.*56. *qui forum suum Augustius fecerit, non ausus extorquere possessoribus proximas domos:* & Iulius Cæsar assignauit militibus agros, sed non continuos, ne quis possessorum expelleretur. Et sanè in his omnibus debet vera & non ficta, eaque ingens esse publicæ rei vel vtilitas vel necessitas, quam priuati cum suo etiam incommodo curare teneantur; alioquin iniuriosa illa erit vis, quam Princeps inferet subditis quos inuitos suis rebus spoliabit. Scimus quàm magnis animis Chrysostomus inuectus sit in Eudoxiam Augustam, quæ villam suburbanam viduæ Theognosti optimi viri sibi abstulerat, oblata eius æstimatione. Rem gestam narrat Georgius Alexandrinus Episcopus in vita Chrisostomi, cui non notum Achabi & Iesabelis crimen in vindicanda Nabothe vinea, iisque diuinitus inflictum supplicium *lib.* 3. *Reg. capit.*21. de quo Vide Ambros. *lib.* 3. *officior. cap.*9. & *in libro Nabuthe cap.* 2. & 3. Neque enim sibi blandiri debent Principes, quasi iure valeant priuatorum prædia & facultates, refuso eis iusto pretio pro arbitrio comparare, & inuitis auferre. Qua verò in re peccauerit Achabus, & cur non teneretur Nabuthe obsequi imperanti Regi, consule diuinarum rerum Interpretes, & in vno Iesabilis & Achabi facinore plurima scelera deprehendes; quæ hoc loco persequi nihil attinet.

9 Secunda causa propter quam licebit cogere aliquem ad vendendum suam rem, est fauor religionis, & pietatis, quia publica vtilitas maximè in religione colenda consistit, ideóque sapienter Vlpian. *in l.*1. §. *huius studij*, *D. de iust & iure*, ius publicum in Sacris, in Sacerdotibus & in Magistratibus consistere dixit; quare vbi de extruenda aut amplificanda Ecclesia, Monasterio, aut alio pio & sacro loco agitur, si vicinæ domus aut fundi necessaria sunt, cogi poterunt eorum domini refusa iusta æstimatione ad ipsorum venditionẽ, quod vnanimi consensu doctores ita affirmant, vt neminem sigillatim appellare necesse sit; illam verò efficaciter probari ex iure contendunt.

Afferunt primò *l.*17. *D. de vsufructu*, vbi Vlpian. ait locum religiosum fieri posse à proprietario absque consensu vsufructuarij, immò & cum eius aliquo damno, *inferendo*, scilicet, *testatorem; cùm non esset tam oportunè vbi sepeliretur*: fauore nimirum religionis. Cur igitur eodem fauore non licebit domum priuatam, oblato iusto pretio ab eius domino auferre, vbi de construenda, aut amplificanda Ecclesia, Monasterio alióue religioso loco faciendo agetur? *leg.* 2. §. *si vsumfructum. Digest. de religiosis.* Et idem Iurisconsultus scribit fieri posse non locum religiosum à proprietario, non consentiente vsufructuario, *nisi fortè ipsum qui vsumfructum legauit intulerit:* nempe tunc etiam inuito vsufructuario locus religiosus fiet. Respondet Couar. *lib.* 3. *variar. cap.*14. *num.*1. his locis non cogi priuatum inuitum ius suum, aut rem suam vendere, quam prorsus retinet; neque ab eo inuito dominium tollitur, cogitur que duntaxat vsufructuarius permittere hæredi proprietario corpus testatoris in fundum inferre, ac illi inibi sepulchrum constituere; cum alibi commodè non possit; cùm illud beneficium grati animi causâ debeat vsufructuarius, qui idcircò neque ius vsusfructus amittit, neque illud vendere cogitur. Adde proprietarium habere dominium directum in re quam religiosam facere potest titulo sepulchri in aliquo casu, inuito etiam vsufructuario: quare vsufructuarij ius, vbi agetur de inferendo cadauere testatoris, qui vsumfructum legauerit, imminutum est: quamquam poscere possit sui iuris, ea ratione imminuti compensationem, *l. vlt. D. de Religios.* Verùm cùm locus qui religiosus fit eximatur commercio hominum, fiatque in nullius bonis, hoc ipso quod fit diui iuris *l.*1. *l. in tantum* 6. §. *sacræ res. D. de rerum diuision.* non potest fieri locus religiosus, quin vsusfructus qui in eo est amittatur. Locus igitur religiosus fieri per illationem mortui nequit, & simul saluus manere vsusfructus, etiamsi vsufructuarius consenserit, excepto & reseruato suo iure, *in leg.* 4. §. 1. *D. quib. mod. pign. vel hypot. solu.* In cæteris quidem rebus manebit saluus vsusfructus fructuario, qui consensit, sed non in eo præcisè loco, qui religiosus factus est; quare nemo facere potest locum religiosum qui seruit, siue personalis sit seruitus, siue realis, nisi consentiat cui seruitus debetur *l.*2. §. *locum. D. de religios.* Estque euidens illa ratio, quia dominus fundi seruientis nihil facere potest per quod impediatur, aut deterior fiat vsus seruitutis, alioqnin vindicari ab eo seruitus potest, *l. inter seruitutes* 15. & *l. si arborem* 17. *D. vrban. præd. & toto tit. si seruit. vind.* Seruitus autem in certo loco constituta, non solùm fit deterior; sed amittitur, si locus religiosus fiat, cùm iam, vt dixi, in nullius bonis fiat, & extra commercium ac vsum hominum ponatur, neque proinde seruitutem vllam debere possit. Quoties igitur inuito vsufructuario locus aliquis fit religiosus per illationem mortui, vsufructuarius amittit ius suum, & vsumfructum quoad illam sepulchri partem, quod malè negabat Couarru. quare non licet damno seruientis fundi in eum inferre mortuum, atque locum facere religiosum, vt dicitur *leg.*2. *citata*, aut si intulerit non fier locus religiosus, neque iustum sepulchrum, *leg. sunt personæ* 43. *Digest. de religiosis*, nisi tamen æquè commodè per alium locum vti possit seruitute dominus seruitutis. Cùm igitur liceat proprietario inuito vsufructuario inferre in eius fundum cadauer testatoris, atque ita locum illum Religiosum facere, vt dixit Vlpian. *leg. locum* 17. *D. de vsufruct.* tum fauore religionis, tum fauore sepulturæ, & publicæ vtilitatis, ad quam maximè pertinet ne cadauera insepulta iaceant; ideóque necessariò locus parandus sit in quo corpus condatur *leg. & si quis* 14. §. *funeris causa*, & *leg. sequent. l. funeris* 37. & 48. *Digest. de religiosis domib.* sequitur priuatorum iura ipsis inuitis aut insciis religionis fauore tolli nonnunquam posse, quod ex iure colligi negabat Couar.

Afferunt secundò *l. si quis sepulchrum, D. de religiosis;* qui enim habet sepulchrum ad quod nisi per vicini fundum accedere non potest, si ex Antonini rescripto iter à vicino precariò petiit, neque impetra

impetrauit, licèt non habeat aduersum illum actionem ciuilem, neque honorariam, cùm precarium sit meræ liberalitatis *l.1. & tote tit. D. de precar.* poterit tamen extra ordinem Iudicem interpellare apud Prætorem, vt cognita necessitate petendi & concedendi itineris persuadeat vicino, vt illud liberaliter & humaniter det, quod si pergat denegare, compellat etiam vt iusto pretio iter vendat; pertinet enim ad Prætorem in vrbe, & Præsides in prouincia, ne cadauera maneant insepulta *l.ne corpora 38. D. de religiosis.* Religionis ergo fauore compelli quis poterit ad vendendum rem suam.

Respondet Couar. eo loco agi de itinere sine quo nullus esset sepulchri vsus, in quo non attenditur religio sepulchri, sed eius inutilitas, si ad illud accedere non possit eius dominus; que ratio in quibusdam aliis obligat vicinum ad dandum iter, vt dicemus inferiùs, inde verò non licet colligere cogi quem posse vendere suum fundum illi, qui sepulchrum construere, aut illud amplificare vellet. Neque sanè eam vim probasset Iurisconsultus, cùm addat prouidendum esse Iudici, ne ea itineris venditio magnom pariat detrimentum.

Resp. verum quidem esse ex venditione itineris omninò necessarij ad vsum sepulchri non satis colligi obligationem vendendi fundum ad constructionem priuati sepulchri. Verùm si agcretur de publicis sepulchris, vt cæmeteriis, cogi posset quis vendere suum prædium ad id necessarium, eadem ratione qua compellitur vendere iter ad sepulchrū priuatum, cuius alioquin vsus nullus esset. Quod verò monet Iudicem Vlpian. vt caueat de venditoris detrimento, Triboniani vel alterius imperiti Interpretis additionem esse monet Anton. Faber. cùm ea coactio per Prætorem, non per Iudicem datum & pedaneum, qui solus Iudicis appellatione in Pandectarum libris designatur, fiat. Neque monendus erat ea de re Prætor, quia quoties aliquid fit ex sola necessitate, eatenus tantùm faciendum, & permittendum est, quatenus necesse est; & illi quibus aliquod ius seruitutis, aliudue simile competit, non nisi cum moderatione & ciuiliter eo vti possunt, & quàm minimo rei ac vicini detrimento *l. si cui simpliciter. D. de seruitutib. l. habitatores 27. D. locati. l.1. §.1. D. si vsusfruct. petat.* semper enim plus præstat quàm debeat, qui nihil debet, quantulumcumque sit illud quod præstat, *l. tutori 20. C. de negot. gest.* Hæc itaque imperita additio Vlpiani verbis assuta nihil iuuat Couar. responsum. Maneat igitur communem sententiam non leue fundamentum habere in iure, eam itaque sequitur Cenar. quamuis in quibusdam casibus id ius soli Principi tribuat, in aliis verò etiam Iudicibus, aut Magistratibus, vt cùm agitur de ædificanda Episcopali vel Parrochiali Ecclesia, quia illę sunt moraliter necessariæ sacramentis administrandis & diuino verbo prædicando. Quidquid verò de veteri Iure Romano sentias hac in parte, de Iure Gallico nobis dubitare non licet, cùm ita sæpiùs in fauorem Ecclesiarum & Cœnobiorum iudicatum fuerit. Supremæ Curiæ in hanc rem decreta leges apud Louet. *littera A. num.6.* Monatc. *ad l. inuitum. C. de contrah. empt.* Maynard. *tom. 3. lib. 9. capit. 43.* & alios.

Secundò beneficiarius Dynasta fundi, in Ecclesiæ constructionem vel fundationem assignati cogi potest illum caducariis legibus, & successionum vicissitudine absoluere, præstita tamen illi sua immunitate. Ita edixit Philippus Pulcher anno 1303. constitutione quæ refertur *3. part. styli parlam. tit. 45.* cuius §.17. sic habet: *Ex nunc etiam concedimus, quod possessiones quas pro Ecclesiis aut domibus Ecclesiarum Parrochialium de nouo fundandis aut ampliandis infra villas, nen ad superfluitatem, sed ad conuenientem necessitatem acquiri contingent; de caetero apud Ecclesias remaneant absque coactione vendendi, & extra manum ponendi: quodque possessores illarum possessionum ad eas dimittendum pro iusto pretio compellantur pro Ecclesiis etiam Parrochialibus, cœmeteriis, & domibus parrochialibus Rectorum extra villam fundandis, vel applicandis, illud idem concedimus:* quare Molinæ. ad *consuetud. Paris. §.1. n.98.* existimat posse Principem in hunc fauorem religionis *amortizare* in præiudicium Tertij, & *iubere dominium directum congrua pensatione sui intercesse comentari.*

Imò addit Principem id posse in casu simili, vel meliori, & *pro fundatione Gymnasij Trilinguis Christianæ Republicæ vtilissimi amortizationem concedere prædiis vicinis & necessariis acquirendis, dixe quod hoc posset etiam in præiudicium Dominorum inferiorum à quibus non esset opus aliam impetrare amortizationem, sed solùm illis p. æstanda esset rationabilis futurorum iurium indemnitas, qua vel inuiti hoc casu contentari tenerentur sicut & proprietarius rem suā vendere, & iustum pretium accipere.* Negat tamen hanc amortizationem, siue absolutionem & immunitatem à caduci lege concedi posse à Rege inuito inferiori domino, licèt de monasteriorum erectione agatur, aliud est enim proprietarium cogi ad vendendum prædium ad eam constructionem necessarium, vti sæpius iudicauit Senatus, aliud dominum beneficiarium cogi ad concedendam exolutionem fundi à caducariis conditionibus, neque vnū necessariò sequitur ex alio. Satis mihi verò est quod quis ad vtrumque nonnunquam cogi possit fauore religionis & eius publicæ vtilitatis.

Tertia causa propter quam potest compelli aliquis, etiam inuitus, rem suam nonnunquam vendere 10 est vt ius alterius illæsum præstet, quod vix aliter fieri potest; quisque enim ius habet ne ab suæ rei & loris vsu impediatur, quare cogere potest saltem implorato Iudicis officio, vt alter eum vsum patiatur nullo suo damno, quod fiet refuso ei suæ rei iusto pretio. Commune exemplum habemus in eo qui suo fundo vti nequit nisi per vicini fundum iter habeat, cogetur enim vicinus ille iter iusto pretio vendere *l. si quis sepulchrum 12. D. de religios.* compellitur enim iter per suum fundum vel præbere vel vendere alteri ad vsum sepulchri quod haber, *l. fernum 44. §. vlt. D. de legat. 1. Si duos fundos habens testator, alterius mihi vsumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit, sed hæres cogitur redimere aditum, & præstare.* Vbi vides vsufructu fundi legato intelligi viam ad fundum fructuarium necessariam legatam per alium fundum testatoris; quia fundum fructuarium, aut vsumfructum fundi videtur testator ex ea conditione legasse, quia ipse habuit: non agetur autem eo nomine in legatarium alterius fundi è cuius fundo seruitutem expectamus, sed in ipsum hæredem; quia à legatario fundi nihil mihi legatum est, sed ab hærede: quod si hæres tenetur mihi aditum ad fundum legatum præstare, & ab alio legatario redimere, necesse omninò est vt legatarius teneatur vendere; alioquin legatum mihi inutile foret, & hæres mihi illud præstare non posset, quod tamen debet, liberareturque sua obligatione ex eo quod alter legatarius aditum illum mihi omninò necessarium vendere nollet, neque ad hoc cogi posset:

fet : *l. si fundum* 81. §. *qui fundum*, *D. de legat.* 1. Fundo legato excepto ædificio, iure quidem legati totus fundus vindicabitur : nihilominus hæres consequetur, *vt sibi habitare in villa liceat, in quo inerit vt iter quoque & actum in ea habeat. l. fin. D. de seruitut. vrb. præd.* Cùm nullus hæredi aditus esset ad hortos, & cœnaculum nisi per domum legatam Olympico, aditus per eam domum præstandus esse hæredi dicitur à Scæuola ex necessitate potiùs quàm ea iure seruitutis, cùm nemini res sua seruiat, *l. in re comm.* 26. *D. eod.* & *l.* 5. *D. si vsusfruct. petat.* & in hoc casu legatæ habitationis, & horrei quoad viueret Olympicus proprietas apud hæredem maneat ; aliud enim esset si pro habitatione proprietas domus legata proponeretur, tunc enim etiam sibi seruitutem aduersùs legatarium hæres excipere posset, ac deberet, *l. testatrix*, *pen. D. si seruit. vindic.* & *l. damnas* 15. §. 1. *D. de vsufruct. legat.* nec tantùm hæredi, sed eius quoque successori aditus debebitur. Cauere tamen debet hæres ne noceat legatario, vt *ibid.* monet Scæuola, quia hæc interpretatio non fit in odium legatarij, sed in fauorem hæredis, vt quemadmodum aditus debetur legatario, etiamsi legatus non sit, si nequeat aliter frui re legata : vti iam ostendimus *ex l. damnas*, §. 1. *citato*, & *l. seruum* 44. §. *vlt. D. de legat.* 1. ita & multò magis hæredi, eiusque successori. Huic tam constanti iuri Romano suffragatur nostra iurisprudentia Gallica, plurimaque Senatus decreta in hanc rem dabunt Louet. eiusque annotator *littera C. n.* 1. Mornac. *ad l. si sepulchrum* 12. *D. de religios.* aliique. Insigne est illud quod refert Chopin. *lib.* 2. *de priuileg. rusticor.* 1. *part. cap.* 5. *n.* 2. quod latum est 22. Decemb. an. 1551. fundi vicini domino iter esse à vicino præstandum ; quod tamen ita ciuiliter moderatus est Senatus, ne per medium pratum ire agere vicinus sineretur, sed minore fundi detrimento, quadamque viciniæ familiaritate, & cum onere restituendi cuiuscumque damni ob eum transitum prato datum, dempto quoque anni tempore in prata ingredi prohibitorio, vel quo herbæ fœnisicio sunt paratæ : quæ Senatus moderatio consentit quoque Iuri Romano *in l. si cui simplicius* 9. *D. de seruitut. l. certo* 13. §. *si totus. D. de seruitutib. rusticor. prædior. l. si via* 26. *D. eod.*

Ratio omnium istorum est quia sunt quædam leges & conditiones agrorum quibus constituitur ex quadam necessitate, vt alij aliis quodammodo seruiant ; non quidem ex arbitraria quadam seruitute, sed naturali necessitate, vt inferiora superioribus. De his conditionibus, & legibus consule Hyginum *de limitib. agrorum*, Frontinum, Sicculum Flaccum, atque ea his Brissonium *lib.* 4 *select. cap.* 6. Inde plurimæ inter vicinos excitantur soluunturque controuersiæ, vt videbis apud Vlpian. *in l.* 1. *D. de aqua & aqu. pluu. arc.* & apud Paul. *ibid in l.* 1. de quibus aliisque commodiori loco dicturi sumus; satis erit institutæ disputationi illud Sicculi Flacci. *Ad omnes agros semper iter liberum est : nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter præstatur, quæ etiam conueniat precario, vt seruitutem præstent his agris ad quos necesse habent transmittere peruium.*

Hinc fit secundò, vt quamuis liceat domino facere in re sua quidquid velit, *l. in re mandata* 21. *C. mandati*, & quia res omnes liberæ sunt natura suâ *l.* 4. *D. de instit. & iure*, nisi ipsis imposita fuerit seruitus *l. altius* 8. *C. de seruitut.* quare cui non est imposita illa seruitus altiùs attollendi, poterit tollendo obscurare vicini ædes *l. cum eo* 9. *D. de seruitut. vrban. præd.* id tamen intelligendum est ne quis alteri noceat per inuidiam, aut malitiam, *l. in fundo* 38. *D. de rei vindicat*, & *l. pen.* §. *& hoc quidē* 7. *C. de ædific. priuat.* nequit tamen ita ædificare vt ventum areæ vicini tollat, atque ita fructus ipsos inutiles reddat inutili facta area, *l. vlt. in fine. C. de seruitut.* hoc enim exigit publica vtilitas, cùm rerum natura fructus omnes hominum gratiâ comparauerit, *l. in pecudum* 28. *D. de vsur. l. vetus* 68. *D. de vsufructu.*

Neq; etiā permittitur hęredi siue suas, siue hęreditarias ędes ita altius tollere, vt ędes legatas omninò obscuret; sed tantùm cum quadam moderatione, & vt tantum relinquatur lumen habitantibus quantū sufficit in vsus diutni moderatione, *l. Gaurus Marcello* 10. *D. de seruitut. vrban. præd.* inspecta etiam legatarij dignitate & qualitate, *l. plenum autem* 12. §. 1. *D. de vsu & habitat. l. sed etsi.* §. 2. *D. de iudic.* Ratio est, quia non legatarij tantùm interest, non fieri legatas ædes inhabitabiles, sed etiam testatoris, cuius volūtas & liberalitas facilè eluderetur ab hærede, qui tamē eam seruare, & implere debet, quod interest quoque reipublicæ.

Tertiò ne quis luminibus vicinorum officiat, aut quid aliud contra commodum eorum faciat, formā antiquorū ædificiorum seruare tenetur, *l. qui luminib.* 10. *D. de seruit. vrban. prædior.* id explicat Harmenop. *lib.* 4. *tit.* 4. *cap. de fenestris lumen immittentibus*, quas φωταγωγὰς θυρίδας vocat. Nemini inquit liceat præter veterem formā ædes in sublime tollere, aut fenestras facere, μηδενὶ ἐξέστω παρὰ τὸ παλαιὸν σχῆμα ὑψοῦν τὸν ἴδιον οἶκον ἢ θυρίδας ποιεῖν. Forma autem seruanda vel lege & statuto, vel consuetudine præscripta fuit. De antiquorum Romę ædificiorum forma plura dabit Brisson. *l.* 1. *cap.* 1. *antiquit. iur.* Augustus voluerat ne quis in vicinia publicarum viarum supra 70. pedes ædes attolleret propter frequentes ruinas quæ ex tam altis ædificiis contingebāt. Vide Strabon. *lib.* 5. & Lipsi. *ad lib.* 15. *Tacit.* Traianus deinde eadem de causa ad 60. pedes depressit. In Gallia nostra licet cuique suas ædes quantum velit tollere nullo præfinito statu, nisi quoad proiecta & pergulas, *saillies* dicimus, de quibus summo iure viocuri ex constitutione Aurelianens. *cap.* 90. iudicium exercēt, nullumque hodie reficitur ædificium, aut etiam paries viæ publicæ proximus quin tollantur proiecta vetera.

De fenestris aperiendis in pariete communi, aut etiam in proprio, qui vicinum solum diuidit, & modo, ac forma ipsarum plura habet consuetudo Parisiens. *art.* 199. & 200. Sufficit Monere cum Couar. *cap.* 14. *cit. n.* 8. & Molin. *tract.* 2. *disp.* 709. pluribus aliis relatis, non licere priuato domum ita attollere, aut fenestras aperire, vt prospectum habeat in religiosas domos.

Tertiò si qui seruum communem habent, vnusque velit illum manumittere, cogetur alter libertatis fauore suam partē vendere, si quis illā redimere velit *l.* 1. *C. de communi seruo manum.* vnde quartò infert Gomes. *tom.* 2. *variar. cap.* 2. *n.* 51. si quis in loco communi Ecclesiam ædificare velit sociū cogi posse ad vendendam suam partem.

Quintò Publici litterarū professores cogere possunt importunos quosdam artifices, vt fabrum ferrarium, si molestiam afferant publicis lectionibus, aliò migrare; sed de his omnibus, atque iure, vt quis voluerit, ædificandi, & quando, nihilominus si per inuidiam aut malitiam ædificet, impediri possit ne alteri noceat implorato Iudicis officio, vide Andr. Gaill. *lib. secundo obseruat.* 69. neque ad

eam longiorem disputationem digrediendum est hoc loco.

In omnibus porrò casibus in quibus hactenus diximus cogi posse ad vendendam suam rem, volumus venditori iustum pretium rependi, quod ostendit Couarru. *lib. 2. variar. cap. 3. n. 6.* & *lib. 5. cap.* 14. *numer.* 8. pluribus adductis Doctoribus; ipsaque persuadet naturalis æquitas; minimo enim incommodo suo debet proximum damnum impedire & iure suo non vti, aut illi etiam cedere. Habemus huius rei illustre exemplum in Offa Rege Anglorum apud Matthæ. Paris; predia enim aliqua à subditis emit eo quo ipsi voluerunt pretio, quamuis omnino immodico & iniusto; ne ipsis vim aliquam inferre voluisse videretur.

CONSECTARIVM VII.

Illustrantur aliquot leges.

L. 42. *D. de contrah. empt.* 1.
L. 44. *D. eod.* 2.
L. domum. 83. *C de rei vind.* 3.
L. quoties 15. *C. eod.* 4.
L. 72. *D. de rei vindicat.* 5.
L. 9. §. 4. *D. de public. in rem action.* 6.

1 L. 42. *D. de contrah. emp.* Marcian. negat ex Diuorum fratrum rescripto fas esse dominis seruos criminosos vendere, vt cum bestiis pugnent. Cuius rescripti principalis ratio difficilis videtur; quandoquidem dominis in seruos necis & vitę potestas est, illos multò magis pro iure poterunt malis conditionibus, & ad subeunda criminibus suis debita supplicia vendere.

Resp. tamen voluisse Imperatores seruis, licet pro nullis habeantur *l. quod attinet* 32. *D. de reg. iur.* & quadrupedibus æquiparentur *l.* 3. *D. ad l. Aquiliam*, quia tamē adhuc in illis relucet dignitas oris humani *l. iustissimè* 44. *D. de adilit. edict.* aduersùs acerbiorem dominorum sæuitiam eis succurrēdum est; præterquam quod publicè interest ne quis sua re abutatur *l.* 2. *D. de his qui sui vel alien. iur.* §. *vlt. inst. eod.* Et quamuis serui criminosi sint, non debet tamen relinqui dominorū arbitrio, qua pœna sunt puniendi, sed tota ea cognitio ad Magistratum referenda est, & multò minus permittendum videtur dominis condemnare seruos omnium indignissima mortis pœna, ad pugnandum cum bestiis. Sapienter igitur voluerunt Diui fratres teneri pœnis legis Corneliæ de siccariis, eum, qui seruum criminosum ad bestias dedit aut dandum vendit *l. circumcidere* 10. §. *seruo. D. ad l. Cornel. de siccar.*

2 Secūdò Marcian. ait *l.* 44. *D. de contr. empt.* si quis duos seruos emerit vno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus sit, emptionem non consistere in viuo; sed prorsus nullam esse. Difficultas tamen non leuis apparet circa hoc Marciani pronuntiatum, quia in hoc casu duæ sunt emptiones, tot scilicet quot sunt res venditæ, sicut in stipulationibus tot esse dicuntur stipulationes, quot sunt res de quibus quis stipulatur, *l. scire debemus* 29. *D. de verbor. obligat.* & tot sunt actiones de euictione, quot sunt res emptæ, licèt sit vnum duntaxat emptionis instrumentum *l. cùm plures* 72. *D. de euiction.* qui nihil prohibet ex duabus venditionibus vnam valere, & non aliam; nam etiam aliquando vna re tantum vendita, si eius aliqua pars exusta sit, emptio tamen valebit pro reliqua parte, poteritque cogi emptor venditionem implere æstimatione facta arbitrio boni viri, vt quod ex pretio decreuerit ratione incendij, non præstet *l. domum* 57. *D. de contrah. empt.* Cur igitur emptio duorum seruorum, vno mortuo non consistet in persona superstitis, detracta tamen æstimatione mortui.

Resp. emptionem non consistere sine pretio, vti diximus *art.* 1. ideóque vnitatem pretij pluribus rebus cōstitutam facere vnam emptionem. Si igitur duo serui qui ambo viuere credebantur, vno pretio fuerint empti, & contingat alterum ante venditionem mori, in eóque proinde per rerum naturam valere non possit emptio, nō subsistet in viuente, quia præsumitur emptorē qui ambos simul vno pretio emit, non fuisse empturum alterum sine altero: causa verò venditionis tam indiuisa est, quàm pretij *l. cum ex causa* 139. *D. de verb. oblig. l. quod si vno* 16. §. *Celsus quoque. D. de in diem addict.* Cùm igitur emptio in mortuo consistere non possit, neque in viuo simul cum mortuo vno pretio empto consistet, quia neque totum pretium deberi potest, neque sciri quanta pars pretij pro superstite seruo debeatur.

Obiecta verò facilè diluuntur; concedo enim tot esse actiones de euictione, quot sunt res venditæ, licèt vna tantùm sit emptio: quia actio de euictione rem venditam respicit, non contractum venditionis, & quia cùm vna tātum res vendita est, etiamsi vna tantum pars euincatur, emptor habet regressum aduersùs venditorem *l.* 1. *D. de euict.*

Quoad stipulationes verò fateor tot eas esse quot sunt res de quibus fit stipulatio; quia licèt res illę diuersæ vna verborum conceptione hoc est vnica interrogatione & responsione comprehendātur, cùm tamen illa propter res ipsas in stipulationes interponatur, sic habetur atque si de singulis rebus seorsim interrogatum & responsum esset, nisi fortassis plures illæ res vnica denominatione contineantur, vt qui quatuor equos nomine quadrigæ stipulatus est, aut plures seruos nomine familię *l. scire debemus* 29. *D. de verb. oblig.* plurium autem rerum vnam emptionem facit vnitas pretij, vt monuimus.

Ad *l. domum* 57. *D. de contrah. empt.* quæ vult exusta vna parte venditæ domus valere venditionem pro aliqua parte, imminuto tamen pretio pro ratione detrimenti quod incendium attulit; resp. principio huius legis haberi vendita domo quam combustam esse tum venditor tum emptor ignorabant nullam esse venditionem; quia vendita est ea res quæ in rerum natura esse desierat, & quod inde necessariò sequitur nihil venditum est, & ne area quidem, quæ sanè vendita non est nisi tamquam pars domus quæ amplius nulla est. Qua eadem ratione si quis fundum emerit contemplatione arborum in eo existentium, si arbores euulsæ sunt, aut vi ventorum disiectæ, nullam esse venditionem dixit Papinian. *in sequenti l.* 58. *D. de contrah. empt.* quia non fuerat emptor fundum empturus sine arboribus, quarum contemplatione ad emendum accessit: quod si vterque tum venditor, tum emptor sciuissent domus venditæ combustionem, nulla quoque foret emptio, quia videbitur id actum inter eos vt nihil agerent vendita & empta domo, quam scirent in rerum natura non esse; ideóque nec vendi posse intelligerent *l. non solùm* 31. *D. de obligat. & action. iuncta l. nec emptio* 8. *D. de contrah. empt.* Si solus venditor combustam domum, sciuisset non ideò tamen valeret venditio rei quæ non est, sed ipse condemnandus esset actione ex empto in 3

omne

omne id quod emptoris interesset *l. si sterilis 21. §. quamuis. D. de action. empt.* dandaque præterea esset emptori repetitio soluti pretij. Denique si solus emptor sciuisset combustam domum, nō esset etiam valida venditio, & nulla etiam actio venditori competeret aduersus emptorem ad solutionem pretij, cùm ipse vicissim nihil præstare posset emptori *l. illud 29. D. de ædilit. edict.* Illi tamē Iurisconsulti cōcedunt pretij quod solutum esset, retentionem, quia non posset emptori dari cōdictio indebiti, quia sciēs indebitum, soluendo, id ipsum donasse videbitur ex regula *l. cuius per errorem 53. D. de regul. iur.* neque poterit conqueri se à venditore deceptum esse, cùm seipsum deceperit *leg. in fin. Digest. de action. empt.* In conscientia tamen nisi venditor certus sit de animo donandi, quem habuerit emptor emendo rē quam sciebat non esse in rerum natura, tenebitur ad pretij soluti restitutionē, quia illud non accepit nisi vi venditionis, quæ nulla omninò fuit, ac proinde suum non fecit, neque idcircò tamquam suum retinere potest. Quæ verò in citata lege *domū*, adduntur distinctiones & subdistinctiones, vnde argumētabantur aduersarij, à Triboniano ineptè sunt assuta ex illis verbis *Neratius ait*, vt ostendit Anton. Faber *lib. 12. coniecturar. cap. 17. n. 6. in rationalibus ad hanc ipsam l. domum*, vbi etiam obseruat alia quædā addidisse Papiniani verbis *leg. sequenti, arbores 58.* eundem Tribonianum.

In *l. quoties 15. C. de rei vend.* rescribunt Imperatores Diocletianus & Maximianus; quoties eadem res in solidum duobus vendita est, à domino præferri debere in dominij causa & quæstione eum cui priori res tradita est, quā esse legis istius & Imperatorij rescripti sententiam vulgò fatētur Interpretes, in ea tamen eruenda, & in verbis rescripti explicādis atque statu controuersiæ, de qua consulti fuerāt Imperatores, ponendo, non parū laborant, vti videbis apud Antonium Fabr. *de errorib. pragmatic.* qui totam decadem 86. in ea lege explicanda consumit, ex quo nos hæc pauca pro nostro instituto delibabimus, ne nihil de celeberrimo rescripto dixisse videamur. Sic igitur loquuntur Imperatores. *Quoties duobus in solidum prædium iure distrahitur: manifesti iuris est eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* Nam primò Accursius existimat quæstionem esse de prædio distracto duobus separatim, diuersis temporibus, & contractibus, quasi fieri nequeat vt eodem tempore res pluribus vendatur in solidum; quia cùm plures simul emunt, & eodem contractu: necesse est vt emant coniuncto dominio, siue pro sua quisque & dimidia parte, vt *in l. 2. C. pro socio.* Verum non erat quod interpellarent Imperatorem in tam facili quæstione, quisnam è duobus quibus res eadem diuersis temporibus diuersisque contractibus fuerat in solidū vendita, potior esset in retinendo aut vindicando dominio, an is cui vendita & tradita erat, an verò cui vendita, sed non tradita fuerat; hoc enim erat quærere an in rerum vindicatione rei dominus præferri debeat non domino: quandoquidem certum est sine traditione nondum quæsitum fuisse dominium. Deinde, si de venditione diuersis temporibus pluribus facta separatim agitur in rescripto, frustra additur vēditionē illis fuisse factā *in solidum*: quisquis enim pluribus vendit separatim, & diuersis contractibus, id haud dubiè semper in solidum singulis vendere intelligitur; nisi expressè dicat se partem vni vendere, partem alteri, *l. & quæ nondum, §. 15. §. qui res suas D. de pig.* eamque ob causam Paul. *in leg. qui duobus 21. D. ad leg. Cornel. de falsis* tractans de eo qui propter venditam duobus in solidum eandem rem incidit *in l. Corneliam de falsis*, addidit, *diuersis contractibus*; quia is qui eodem contractu eandem rem duobus in solidum vendit, neque pœna falsi, neque vlla alia coërcetur; cùm nihil faciat illicitum, sed duos sibi correos ex causa emptionis acquirat, quod facere licet, vt statim dicam. Si verò in *l. citata*, non adiecisset illa verba *in solidum*, egissetque simpliciter de illo qui duobus eandem rem vendidisset, non etiam adiecisset, *diuersis contractibus*; cùm enim absolutè dicimus aliquem vendidisse duobus, nullo alio addito, hoc ipso vsitato loquendi more significamus vendidisse separatis cōtractibus, & vtrique in solidum. Quare sicut illa verba *diuersis contractibus*, necessaria sunt cùm ponimus eandem rem duobus venditam esse in solidum, ne duo correi ex causa emptionis constitui existimentur, ita remotis illis verbis, *diuersis contractibus*, adiicienda sunt ista *in solidum*, vt appareat id actum fuisse vt duo correi debendi constituerentur, non autem vt res vendita vnicuique ex emptoribus pro virili tantum ipsius portione acquiratur. Constat igitur ex ipsis rescripti verbis non agi de re pluribus separatim & diuersis temporibus ac contractibus vendita, vti volunt Accursiani.

Secundò volunt alij thema huiusce legis esse de venditione duobus facta simul, expungendaque videri illa verba *in solidū*, aut ea æquiualere particulæ simul, sed inepta esset illa quæstio vter ex emptoribus potior esset in detinendo, & vindicando dominio, quia vterque esset solus dominus in sua portione, nec in alterius parte quidpiam iuris habere posset ex causa emptionis, qui eam non emisset.

Tertiò Cuiac. *lib. 18. obseruat. cap. 31.* existimauit eam ipsam esse rescripti speciem quę tractatur *l. si à Titio 72. D. de rei vindicat. l. 2. D. de except. rei vend. & l. 4. §. si à Titio 32. D. de doli mali exception.* de eo qui eandem rem duobus separatim non solùm vendiderit, sed etiam tradiderit, & quidem priori emptori priùs, posteriori posteriùs, sed priori eo tempore quo nondum dominus erat is qui vendebat, posteriori autē post adeptum eius rei dominiū: in qua facti specie placet prudentibus eum cui priori res tradita est, quamuis à non domino, potiorem esse illo cui posteriori & vendita & tradita sit res à domino; quæ quæstio & difficilis erat & continebat aliquid à communi hominum sensu remotum, atque adeò digna fuit quæ Imperatoribus proponeretur. Reiicitur tamen hæc Cuiacij singularis interpretatio. Primò quia quæstio proposita, *manifesti iuris esse dicitur* ab Imperatoribus, & non abstrusa, atque recondita, vt vult Cuiacius, qui ea de causa nouam speciem illius causæ excogitauit; cùm tamen in rescripti verbis nihil omninò sit ex quo colligere, vel leuiter suspicari possimus prædiū fuisse priori emptori distractum & traditum à non domino; posteà tamen dominium illius prædij obuenisse venditori, subindeque post acquisitum illud nouo iure dominium, alteri venditum fuisse illud prædium, & traditum. Secundò quia rescripti verba non modo non fauent Cuiacio, sed etiam illi repugnant: nam illud *quoties duobus in solidum, prædium iure distrahitur*; consistere nequit, nam non distrahitur iure prædium, quod distrahitur à non domino, qui vendendi ius non habet, siue bona fide, siue mala fide distrahatur. Deinde illa verba *in detinendo dominio potiorem esse*, consistere non possunt: nam cùm impossibile sit dominium transferri per traditionem

factam à non domino, cùm nemo plus iuris in alió transferat, quàm ipse habeat, non poterit dici in detinendo dominio potior, qui illud nunquam habuit. Tertiò volunt Imperatores eum qui priorem suam possessionem fuisse probauerit, *expelli possessione non posse obtentu nondatorum instrumentorum*: quod ita interpretatur Cuiac. vt vtroque emprore fundum vindicante, tam eo qui prior emit, & possessionem accepit à non domino, quàm eo qui posterior à domino emit, ab eoque rem sibi traditam accepit, priorem esse potiorem, qui & ipse, si fundum possideret, venditorem obtentu non datorum instrumentorum, vel quo alio colore fundum vindicantem excluderet; quæ interpretatio ex eo statim falsa demonstratur, quod venditor, qui rei venditæ dominus reperitur eo tempore quo agit & eam dominij iura vindicat, neque obtentu non datorum instrumentorū, neque vllo alió quæsito colore ad id indigeat, cùm ei mero & stricto iure competat vindicatio, quam idcircò necesse est elidi per exceptionem rei venditæ & traditæ *l. 1. D. de except. rei vend. & trad.* Quare si venditor eam rem, cuius nondom erat dominus, vendiderit, sed nondum tradiderit, posteáque dominus factus sit, liberum habebit ius rei vindicandæ, atque sine metu vllius exceptionis, quia nulla est exceptio rei venditæ, nisi addatur, & traditæ. Non igitur tractant Imperatores de venditore, qui rem à seipso venditam, & traditam vindicet, sed de ipso, qui vel simul cum alio, vel prior emerit, rei tamen emptæ possessionem vel numquam, vel saltem posteriùs acceperit. Non disputant autem an emptores defendendi sint aduersùs venditorem vindicantem, aut si rem iis venditam & traditam vindicare velint, ab ipso emptore audiendi sint, sed vter emptorum præferri debeat, & potior esse, siue *in detinendo dominio*, si alter ipsorum possideat, siue in vindicando, si ambo occurrant in vindicatione aduersus aliquem tertium possessorem instituenda, & in vtroque casu rescribunt prò eo cui priori soli res tradita fuit, quæ & alia plura Cuiacio Faber subtiliter obiicit.

Quartò quidam alij volunt in rescripto Imperatorio tractari de eo qui duobus prædium iure distraxit, & vni instrumenta, quæ fortassis à suo authore habuerat, tradiderit; alium autem in vacuam prædij possessionem nullis traditis instrumentis miserit. Quo casu is cui priori tradita est possessio, illi cui instrumenta data sunt præferendus erit.

Reiicitur tamen hæc interpretatio, quia certissimi iuris est traditionem instrumentorum ad rem venditam pertinentium æquipollere traditioni rei ipsius venditæ, saltem si res vendita sit præsens, *l. 1. C. de donation.* vbi Baldus annotat intellectiuam traditionem tantòm posse ad transferendum dominium, quantum corporalem, sicut ea traditione cautionis, & chirographi, exactio debiti concessa, & mandata intelligitur. Inde vulgare illud, qui habet instrumentum censeri habere mandatum *leg. Manius 49. D. soluto matrimonio. l. vlt. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Vide Fabrum *ad §. interdum instit. de rer. diuision.* Si igitur ex duobus emptoribus, quibus simul, & in solidum prædium iure distractum est, vni prius tradita sunt instrumenta; alteri verò deinde res ipsa vendita, potior esse debebit tam in retinendo quàm in vindicando dominio, is cui priori tradita sunt instrumenta, quia eam traditionem instrumentorum dominium rei ipsius consequutus est.

Dicendum igitur est cum Antonio Fabro *decade 87. error. 1. & seq.* agere Imperatores de prædio quod eodem tempore duobus in solidum distractum fuerat; id enim verba illa *in solidum.* ostendūt; nam significant non fuisse venditum singulis pro virili cuiusque portione, nequa etiam vtrique simul, sed singulis & vnicuique in solidum venditionem factam esse; ita vt ex causa emptionis duo correi constituti fuerint. Neque enim in solis stipulationibus, sed in cæteris quoque contractibus, vt emptione, venditione, locatione, deposito & commodato posse fieri duos correos debendi dixit Papinian. *in l. eandem 9. D. de duobus reis.* Non possunt autē fieri duo correi debēdi ex causa emptionis, nisi venditio eiusdē rei simul facta sit duobus in solidū: alioquin singulis emptoribus res vendita esset pro virili cuiusque, vt iam monuimus, non tamen ita accipiendum est quod dicimus ex causa emptionis duos aliquando fieri debēdi correos, vt velimus dominium & possessionem rei vēditæ vtrique emptori separatim in solidum acquiri; cùm neque dominium, neque possessio duorum in solidum esse possit, *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum. D. commodati*: nam neque traditio per quam & possessio & dominium transfertur, fieri pluribus in solidum potest, licèt vel vtrique fieri simpliciter possit, vel vni tantum, nomine tamen vtriusque; ita vt vterque possessor quidem sit & dominus, sed coniuncta possessione, & coniuncto dominio, vt loqoitur *l. 2. C. pro socio.* Quare aliud est eandem rem pluribus sic vendi in solidum, vt vnusquisque ipsorum emptor sit in solidum, ex eaque solidum pretium debere incipiat, ac si solus emisset; aliud verò sic vt vnusquisque in solidum & dominus & possessor sit. Et quēadmodum qoid nobis deberi potest ex pluribus causis, licèt nostrū ex pluribus causis esse non possit, *leg. non vt ex pluribus 159. D. de regul. iur.* Ita nihil prohibet pluribus in solidum eandem rem deberi ex causa venditionis, & è contrario plures in solidum debere singulos pretium eius rei, quam simul & in solidum emerint, quæ tamen simul, & in solidum singulis acquiri non potest. Cùm igitur dicitur plures factos esse correos emendi, non ad ius dominij & possessionis attenditur, sed ad ius obligationis & actionis, quæ ex eiusmodi contractu nascitur, sicut cùm dicitur factos esse duos correos debendi ex causa commodati, non intelligitur de transferenda in eos omnes, & singulos in solidum possessione, sed de vsu singulis in solidum acquirando, ita vt alter per alterum vti videatur, & alter per alterum agere quoque & conueniri. Cum igitur dicitur duobus simul & in solidum idem prædium iure distractum esse, significatur habere quidem singulos ius agendi contra venditorem, vt prædium quod vendidit, tradat in solidum ei qui solus & primus agit, sicut iam id alij tradidit; non ideò tamen fieri potest, vt vtrique simul, & vnicuique ipsorum tradat in solidum, non magis quàm vt vtrumque separatim faciat dominum in solidum, aut possessorem; quare necesse est si consentiant in traditione, vt coniungantur in dominio, & possessione, ac vnosquisque pro dimidia parte & possessor & dominus factus esse intelligatur, siue res vtrique detur, siue quod idem est quoad effectum, vni vtriusque nomine. Si verò dissentiant in ea traditione, & vnusquisque petat sibi soli, & in solidum rem venditam tradi; quia pluribus sic tradi non potest, electionem habebit venditor cuinam tradere maluerit, quod quidem impunè faciet: & cum vni tradiderit inuito altero correo emptionis, ab illo tamen liberatus erit, neque

conueniri

conueniri amplius poterit; ita enim fecit ex lege & natura venditionis, quam simul & in solidum fieri contrahentes voluerunt. Impleta itaque fide contractus, & venditore distractũ prædium vni ex emptoribus tradente, eoque in solidum suo solius nomine accipiente nulla poterit esse querela alterius emptoris, cui prædiũ traditum non est aduersùs vẽditorem, qui fecit id totum ad quod tenebatur vi contractus; quare tota quæstio inter ipsos emptores agitabitur, quisnam ipsorum potior esse debeat in causa vindicationis & dominij, siue alter ipsorũ possideat & conueniatur à correo emptionis, cui numquam res tradita fuit, siue neutro possidente agant ambo rei vindicatione contra tertium possessorem quisquis ille sit.

Rescribunt verò ad vtrumque caput illius quæstionis Imperatores; & ad primũ quidem caput *eum cui priori traditum est prædium, potiorem esse in detinendo dominio*: quod non ita accipiendum est, vt vni priùs emptori, alteri posteriùs traditũ fuerit prędium, nam cùm vnica duntaxat vẽditione distractũ fuisse duobus in solidum dicamus, factosque ex ea causa duos correos emptionis, dicere non possumus traditum prędium posteriori emptori: neuter enim prior aut posterior dici potest, cùm ambo & singuli simul in solidum emerint eodem cõtractu; quamuis oporteat alterum ex illis priorem nominatim fuisse, alterum posteriorem; sed ordo scripturæ non impedit causam iuris, aut voluntatis, quando constat quid actum sit, *l. cùm pater 77. §. fidei tuæ. D. de legat. 2. iuncta l. nec enim 6. D. de solution.* Non fuit itaque vtrique traditum prędiũ, nec vni vtriusque nomine, sed vni tantùm proprio suo nomine, & in solidũ accipienti. Quod autem rescriptum adiudicat illi *cui priori traditum est*, non cogit vt dicamus vtrique fuisse traditum, vni priùs, alteri posteriùs, sed vni tãtùm ex duobus, qui licèt solus hac in parte fuerit, dicitur tamen prior comparatione huius, cui etiam priori fieri poterat traditio, si venditor voluerit, vti velle poterat, vt diximus nuper.

Maior difficultas est in conciliandа secunda parte rescripti cum priori, pugnare siquidem videntur inuicem: vbi enim constituerunt Imperatores quoties eadem res in solidum duobus vendita est à domino, præferendũ esse in quæstione dominij eũ cui priori res tradita est; addunt, *Si igitur antecedẽte tempore te possessionem emisse, ac pecuniam exoluisse apud Præsidẽ prouinciæ probaueris; obtentu non datorum instrumentorum expelli te à possessione non sinet*: quod aliud non significat quàm potiorem in detinendo dominio eũ esse, qui prior rem vẽditam per traditionem habuit, si probet se in emendo priorem fuisse. Hoc autem aliud profectò non est, quàm eum, non cui prius res tradita sit, sed qui prior emerit, potiorem esse, quod negauerat prior rescripti pars. Neque satisfacit Accursius, dum illud *possessionem emisse*, interpretatur *rẽ possessam emptam per traditionem accepisse*: nam possessionem pro re possessa vsurpasse vnquam, aut prudentes Iuris, aut Imperatores negat pluris Anton. Faber *errore 4. decadis citata.* Deinde quis dicat *emisse*, significare rem venditam & corporalem traditionem accepisse, cùm longè aliud sit rem emere, aliud rem accipere; emptio siquidem & venditio non traditione, sed consensu perficiuntur. Sanè cùm quæreretur ab Imperatoribus vter ex duobus emptoribus eiusdem rei vtrique vẽditæ potior esset in causa dominij, an is cui priori fuisset res vendita, an verò, cui priori fuisset tradita; non potuerunt dominij, & possessionis, itemque emptionis, & traditionis nomina cõfundere sine reprehẽsibili iuris perturbatione. Nã si verba ista rescripti capiamus vt sonant, sensus erit; Quoties de iure dominij inter duos emptores contẽditur, non solùm priorem non fore eum cui priori res tradita fuerit, nisi etiam probetur eidem priori venditam esse; quod falsum est; sed quod adhuc absurdius est, ad trãslationem & prolationem dominij duo illa sufficere; vt probet quis priorem se emisse, & pretium exoluisse, quamuis de sequuta rei traditione nihil probetur, cùm nullam aliam conditionem requirant Imperatores, quàm eam quæ verbis allatis cõtinetur, in quibus nullum planè est de traditione, cùm tamen nullus omninò affirmet emptionem & pretij solutionem sufficere ad dominium transferendum, nisi sequuta traditio fuerit, *l. tradit. 20. C. de pactis*, neque pretij solutio quæ ex parte emptoris exigitur, ad illam translationem dominij exigitur, vt suppleat necessitatem traditionis, sed quia lege XII. Tabular. ad transferendum dominium ex causa venditionis, nõ sufficit factam fuisse emptionem, atque sequutam esse traditionem, nisi pretium non fuisset solutum, aut aliter eo nomine satisfactum, vt nuper monuimus *ex l. quod vendidi 19. l. vt res 53. D. de contr. empt.* & alibi. Sapienter itaque rescribunt Imperatores non sufficere emptori, qui se priorem dicit in dominio etiam detinendo, vt probet sibi priori traditam fuisse possessionem, nisi probet etiã se pretium exoluisse venditori, aut alio nomine satisfecisse. Ex quibus vides mendum irrepsisse in ea verba rescripti, & pro *possessionem emisse*, legendum esse *possessionem tenuisse*: qui loquendi modus non est insolens iuri, vt *in l. 11. C. de adq. poss. possessionem corpore teneat.* Atque ita facilè & rectè omnia cohærebunt. Probãda igitur est apud Præsidẽ Prouinciæ anterioritas traditionis, nõ emptionis aut solutionis, nam si prior emptor soluerit pretiũ, ille tamen posterior, cui fuerit res tradita, vincet in retinendo dominio; quia illi priori rẽs fuit tradita, licèt non primus soluerit, modo exoluerit ante traditionẽ alteri factam. E cõtrario verò nihil tibi proderit accepisse rem priore loco, si tãdiu cessasses in solutione pretij, vt interim alij quoque traditio eiusdem rei facta esset; is enim cui posteriori tradita res esse probabitur, potior erit in dominio, si prior pretium soluerit, quia vt is præferatur, nihil aliud exigitur, quàm vt posterioris traditionis tẽpore dominus adhuc fuerit is, qui tradidit, ideóque dominium transferre potuit, & reipsa transtulit. Hoc autem contingit quoties is cui posteriori res tradita fuit, prior soluit pretium, quia licèt priori res tradita fuerit, si tamen nondũ soluit pretium dominium non accepit ex l. XII. Tabul. Itaque illa verba; *Si igitur antecedente tempore te possessionem tenuisse* (vt nos emendamus) *& pretium exoluisse apud Præsidem prouinciæ probaueris*; non ad anterioritatem facti referenda sunt, sed tantùm ad factum ipsum, vt intelligamus nihil profuturã possessionis anterioritatem, si nõ sequuta quoque sit pretij solutio, sed nihil referre quo tẽpore solutio facta sit, id est, vtrũ solutio ab alio emptore facta fuerit, dũmodo ea contigerit priusquã alteri emptori traditio facta ponatur.

Dices mendum videri in iis verbis, *apud Præsidem prouinciæ probaueris*: neque enim eiusmodi Præsides solebant de facto cognoscere, aut pronuntiare, sed Iudices in eam rem dabant *l. 2. C. de ordin. iud.* quod ostendit pluribus Anton. Faber *lib. 4. coniect. cap. 7.* Possessio, igitur rei venditæ, & pretij solutio non erant apud Præsidem prouinciæ probandæ.

Resp. hoc rescriptum esse Diocletiani, & Maximiani, è quibus iam vetus illud ius immutatum erat, & constitutum, vt de quibus causis antea Præsides, Prætores, cæterique Magistratus dare Iudices solebant,

solebant, ipsi in posterum cognoscere ac iudicare cogerentur *l. 2. C. de ped. iudic.* quę cōstitutio anterior fuit rescripto quod interpretamur. Sequitur in rescripto: ***Erit sanè in arbitrio tuo pretium quod dedisti*** *cum vsuris recipere: ita tamen vt perceptorum fructuum & sumptuum ratio habeatur*, quibus verbis Imperatores volunt esse in arbitrio illius ex emptoribus, cui priori tradita res est, si ab alio emptore per directam rei vendicationē cōueniatur, qui prior quidem emerit, sed vel numquam, vel non nisi posteriore loco possessionem rei emptæ acceperit, vtrum velit illum agentem non tam exceptione, quàm iure dominij repellere, aut potius recipere ab eo pretium cum vsuris, perceptorum tamen fructuum, & sumptuum habita ratione. Permittitur enim illi de iure suo remittere si velit; si fortassis illum emptionis pœniteat. Neque probabile est, quod vulgò verba rescripti ita interpretantur, vt quamuis emptor cui prius fuit res tradita possit alium emptorem agentem repellere, atque ita se ab euictione tueri, si tamen non se tueatur, remque euincei patiatur, habet nihilominus regressum euictionis nomine aduersùs venditorem. Verùm ne verbum quidem est in toto rescripto de euictione, neque de illa agendi subest vlla causa, quod multis ostendit Faber *errore 6. decade 86. citata.*

Vltima clausula rescripti sic habet: *Cùm etsi ex causa donationis vtrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, habere potiorem conueniat.* Reddunt rationem Imperatores propter quam dixerunt eum cui priori traditio facta est, potiorem esse in detinendo dominio, si possessor inueniatur eo tempore, quo conuenitur rei vendicatione ab alio emptore; quia etiamsi ex causa eius emptionis ambo rem vindicarent, siue ab ipso venditore, siue ab extraneo quolibet possessore, eum cui priori soli tradita esset, potiorem haberi oporteret; quare priora verba *erit sane in arbitrio*, nuper explicata, per parenthesim legenda sunt, vt prior pars rescripti aptè coniungatur posteriori. Deinde emendanda est vox *donationis*, & reponenda vox *emptionis*: alioquin mutaretur species, quæ erat in priori parte rescripti de duobus emptoribus, qui simul & in solidum emerant, quorum tamen alteri soli tradita prius fuerat possessio, ac proinde in solidum, quæ vtrique simul tradi non potuisset, nisi pro virili cujusque parte. Non poterat autem vindicarè rem ex causa donationis is cui non donata, sed vendita res fuisse dicitur: neque fieri quoque poterat vt causa donationis cum causa emptionis concurreret: cùm id quod ex vna causa iam meum est, ex altera causa magis meum fieri non possit, *l. non vt ex pluribus 91. D. de regul. iur.* & *§. sic itaque. inst. de action.* Nihil igitur de causa donationis hoc loco agi potest, nisi mutetur species, & à specie proposita de pluribus rei eiusdem emptoribus ad aliam speciem de pluribus eiusdem rei donatariis fiat transitus, quod non fieri docent ipsa verba: *Cum & si ex causa donationis vtrique dominium rei vindicetis*, legendum enim esset *vindicarent*, aut *vindicaretis*; verbum autem *vindicetis* ostendit eamdem speciem, easdem personas, eandem actionem, actionisque causam retineri. Deinde quamuis verum sit ex pluribus donatariis, quibus eadem res donata, diuersò tempore tradita fuit, eum præferendum esse in retinendo, vel vindicando dominio, cui prius tradita est, sicut contingeret in pluribus emptoribus, qui diuerso tempore cōtraxissent, cum tamen rescriptū initio ponat idem prædium duobus simul & in solidum iure distractum esse, non potest ponere deinde simili modo rem duobus simul & in solidum donatam, si agatur de donatione per traditionem perfecta, cùm fieri nequeat vt eadem res eadem manu duobus simul & in solidum tradatur, sicut neque vt duo fiant eiusdem rei in solidum possessores, *l. 3. §. ex contrario. D. de acquir. possess. l. duo in solidum 19. D. de precar.* De donatione igitur non loquuntur Imperatores in hac secunda parte rescripti sui, vel loquuntur de donatione quæ fieret per stipulationem, quæ potius dicenda est donationis causa quàm donatio, *l. si ita fuero stipulatus 6 §. 1.* & *l. seq. D. de donat.* De eadem igitur specie agitur in vtraque parte rescripti: in priore quidem de eo qui rem sibi priori traditam possidebat; in posteriore autem de eo casu in quo neuter emptor rem possideat, sed vterque vindicet illam apud tertium possessorem.

In *l. si Titio. D. de rei vindicat.* dicit Vlpian. te 5
potiorem esse in causa dominij si fundum Sempronij emeris à Titio, qui persoluto pretio illum tibi tradiderit, quamuis deinde Titius Sempronii hæres extiterit, & eumdem fundum alteri vendiderit & tradiderit, quæ Iurisconsulti responsio pugnat cum iis quæ hactenus à nobis ex ipso iure pluribus asserta sunt, nimirum in quæstione dominij potiorem eum esse, qui emit à domino: Ille siquidem solus dominus fieri potest; qui rem per traditionem accepit à vero domino, non is qui emit & accepit à domino, quod tamen in proposita specie contingit; emisti siquidem, & pretio soluto accepisti fundum Sempronij à Titio nondum illius fundi domino, qualis deinde factus est dum hæres extitit Sempronij; tunc autem Mæuio fundum eundem vendidit, illique tradidit. Mæuius igitur à vero domino emit, & accepit, & quod inde necessariò consequitur te potior esse debet in hac causa, quia non domino emisti, quod tamen negat in hac lege Iurisconsultus contra iuris apertissima principia.

Resp. stricti iuris rationem exigere vt Mæuius, qui à Titio iam fundi domino emit, & accepit potior te sit, qui illum ab eodem Titio nondum domino eundem emeras, & acceperas, vti volebat obiectio, cùm traditio facta à non domino nihil prodesse potuerit, æquitas tamen postulare videtur, vt cùm idem rem duobus vendidit; vni quidem ante acquisitum illius dominium, alteri post acquisitum, præferatur in causa dominij is qui prior & emit & accepit rem venditam, licèt eo tempore venditor nondum esset dominus, quia licèt sic emptor per eiusmodi emptionem & traditionem à non domino, non fuerit factus dominus: habuit tamen ab initio venditorem sibi obligatum, vt si quando contingeret eum fieri dominum rei venditæ, cogeretur implere venditionem, & eius rei dominium in emptorem transferre, *l. si quis alienam 46. D. de actionib. empt.* hoc enim inter emptorem & venditorem agitur, vt dominium rei venditæ transferatur in emptorem, quoquo modo id fieri quandoque possit, idcóque tum demùm dicitur impleta venditio ex parte venditoris: non cùm rem tradidit, sed cùm in emptorem dominium transtulit, vt vides *in citata l. si quis alienam.* Quare si venditor neque venditionis, neque traditionis tempore dominus erat, postea dominus illius fiat, poterit quidem stricto iure tanquam dominus rem illam vindicare, sed poterit etiam ab emptore exceptione summoueri, vt ait Vlpian. *in l. si à Titio* quam versamus, nimirum exceptione rei venditæ & traditæ, de qua *l. 2. D. de exceptione rei vend. & tradita*: compotit etiam hoc casu

fu doli, vel in factum exceptio *l. 4. §. si à Titio. D. de doli mal. except. met.* Si verò venditor iam factus dominus possessionem illius rei, quam iam, vt diximus, tradiderat obtinuerit, neque ipse indigebit vindicatione, quæ nunquam datur possidenti, sed contra possidentem, neque exceptio erit vtilis emptori, quia illa non est vtilis nisi possidenti, aut ei saltem qui conuenitur vt habeat ius retentionis *l. 1. & 2. D. de except.* Non erit quoque illi danda vindicatio, quia non datur nisi domino qualis non est in hac specie emptor, sed venditor. Restat igitur vt succurratur emptori concessa illi publiciana actione contra venditorem: neque poterit venditor excipere iustum dominium, quæ exceptio solet obstare publicianæ, quia æquum non est exceptionem dominij prodesse illi, qui ex suo proprio contractu est obligatus ad illud ipsum dominium, quod excipit transferendum in emptorem, ne permittatur ei contra suum proprium factum venire, quod absurdum est. Ex quibus confirmatur quod dicebamus, in nostra specie priorem emptorem potiorem esse secundo; si enim per publicianam vinceret venditorem, si adhuc esset dominus, consequens profectò est vt vincat secundum emptorem, neque iusti dominij exceptione aut vlla alia summoueatur, sed contra exceptionem iusti dominij habeat replicationem, scilicet doli, vel in factum, vel rei venditæ & traditæ, cùm de quibus rebus exceptiones comparatæ sunt, replicationes etiam comparatæ sint.

6 *In l. 9. §. 9. D. de publician. in rem action.* ponitur quæstio de pluribus eandem rem separatim bona fide ementibus, quisnam in actione publiciana præferendus sit. Respondet autem Vlpianus ex Iuliano cum distinctione, an plures illi rem suam separatim emerint ab eodem non domino, an à diuersis non dominis. In priori casu potior esse debet is, cui priori res tradita est, posteriore verò melior fit oportet conditio possidentis. Quæ responsio grauem habet difficultatem. In primis quia cùm duo separatim emunt à non domino, nihil interesse potest, an priori tradita res sit, cùm eiusmodi traditio nullum effectum habere possit. Deinde quia quoad posteriorem partem distinctionis allatæ contrarium disertè sentit Neratius Priscus *in l. si ea res 31. §. vltim. D. de action. empt.* vbi eandem tractat quæstionem de duobus, qui eandem rem emerint bona fide à non domino, atque siue ab eodem emerint, siue ab alio atque alio, eum tuendum esse, qui prior ius eius apprehenderit, hoc est, inquit, cui primùm tradita est. Non igitur melior erit tunc causa possidentis, vti volebat Vlpianus; plerumque enim fieri potest, vt is possideat, cui priori tradita est, & possessio priori tradita subinde amissa fuerit, & ad venditorem siue alium, siue eundé reuersa iterum alij tradi potuerit. Vides igitur apertè dissentire Neratium ab Vlpiano & Iuliano, neque sine ratione, cùm non appareat cur non æquè potior sit is cui prius à suo venditore non domino traditio rei venditæ facta est, quando alter eandem rem ab alio etiam non domino emit & accepit, atque si ab eodem non domino emisset, & posterius accepisset: cùm omnia paria sint, quandoquidem licèt ex eo die non sit factus dominus per traditionem, vt quæ siue titulo facta fuerit, cœpit tamen habere ius vtendi publiciana, quæ non tam ex emptionis titulo, quàm ex traditione secuta æstimatur *l. 1. & 2. D. de public.* quæ non nisi eo colore datur, quasi iam vsuceperit is qui nondum tamen reuera vsucepit, *§. namque inst. de action.* vsucapio enim sine possessione procedere non potest, & quidem quæ à venditore ipso tradita haberi debeat, *l. sine possessione 25. D. de vsucap. iuncta l. si rem 62. D. de euiction.*

Respond. quoad primam difficultatem, & primã partem distinctionis ab Vlpiano allatæ, non operosè intelligitur cur duobus ementibus ab eodem non domino potior sit is cui priori tradita fuerit res à venditore; quia in eo casu neuter emptor plus sibi iuris obtendere potest, quàm si ab eodem domino vterque emisset. Imò verò idem omninò ius se habere contendunt, atqui tunc potior esset, non qui prior à domino emisset, sed qui prior ab eo venditæ sibi rei possessionem accepisset.

Tota igitur difficultas est in secunda parte distinctionis circa quam Neratius dissentit à Iuliano, & Vlpiano, quam dissentionem conciliare tentarunt DD. sed non satis fœliciter hactenus: quare Cuiacius & Antonius Faber dissentionem fatentur, & Neratio potius adhærendum existimat Faber ob rationem allatam, obseruatque in Neratio legendum esse non *qui prior ius eius apprehenderit:* sed *qui prior iustius apprehenderit:* totamque Neratij responsionem fusiùs expendit *de erroribus pragmatic. decade 86. errore 7. & 8.* quem consulas, nos enim aliò vocamur.

Consectarivm VIII.

De actionibus ex empto & vendito.

De his actionibus pauca omninò dicemus, ne nihil dixisse videamur; licèt enim hęc materia tota ad forum externum pertineat, quia tamen effectus est obligationis inter emptorem & venditorem contractæ, iuuabit ad eandem obligationem cognoscendam. 1

Ea obligatione igitur emptorem inter & venditorem vltro citróque contracta nascitur vtrinque actio, quæ ex parte venditoris actio venditi, siue, ex vendito; ex parte emptoris, actio empti siue ex empto dicitur.

Actio igitur venditi definitur ab Hotmanno, actio ciuilis personalis quæ re tradita datur venditori aduersus emptorem in id quod illi eo nomine dare facere oportet ex fide bona, *l. Iulianus 13. §. ex vendito 19. D. de actionib. empt.* nam cùm rei dominium per traditionem transtulerit in emptorem, non potest agere ad vindicationem, sed ad solas præstationes *l. 1. C. de actionib. empt. l. in ciuile 12. C. de rei vind.*

Veniunt igitur in hanc actionem in primis quæ præstare oportet emptorem, cuiusmodi sunt primò quæ in contrahendo conuenerunt, id enim maximè conuenit bonæ fidei, quæ in contractibus venditionis & emptionis dominatur, *l. ex empto 11. D. de action. empt. l. scimus 43. D. de pact.* Deinde præstanda sunt ab emptore quæ huic contractui naturaliter insunt: v. g. vt det pretium quanti res eá vendita 2

vendita est, ac nummos venditoris faciat, ideóque solutio ex nummis qui venditoris erant non parit liberationem; nihil porrò interest siue sit pecunia numerata, siue compensatio debiti: siquidem illa vicem solutionis obtinet, debet autem præstari totum pretium.

Secundò veniunt in hanc actionem vsuræ pretij non modo ex pacto, vt *l. 5. C. de pactis inter empt.* sed etiam ex mora, hoc est, post diem traditionis, quia cùm emptor re fruatur, æquum est fructum pretij venditoris esse, *l. 13. §. vendito. D. de action. empt. l. curabit 5. l. fructus 13. C. eod.* quæ leges quomodo intelligendæ sint, ne iniquæ videantur, fusiùs alias disputauimus in opere de vsuris; moneo tantùm quamuis daremus illas de vsuris leges non esse emendatas damnatis vsuris, hoc loco non ita exigi, vt simul exigatur si quid amplius venditor ex negotiatione consequi potuerit *l. vlt. D. de peric. & comm.* Tertiò veniunt onera quæ venditor post contractam venditionem, bona fide sustinuit in re vendita *l. pen. C. de action. empt.* veluti sumptus in ægri mancipij curationem, aut in ædium reparationem *l. 13. §. præterea. D. eod.* Item incommoda ab emptore allata venditori, vt si emptor lapides aliáve sibi tollere noluit, aut cunctatus est, *l. si is qui 19. D. de action. empt.* Quartò fructus quos emptor ante venditionem percepit, *l. 2. C eod.* Quintò dolus ex quo nascitur actio *quanto pluris*, vt si hæres persuasus ab emptore minimam esse hæreditatem, illam ei minimò vendiderit, dabitur venditori actio ex vendito quanto pluris hæreditas valeret, si dolus admissus non fuisset, *l. 13. § per contrariam,* & *§. seq. D. de action. empt.* Si emptor iniquis ponderibus venditorem deceperit, aget venditor eadem actione his verbis. *Aio te mihi quod plus est dare oportere, l. si quis à me 32. D. eod.* Denique venit in hanc actionem rescissio contractus, quæ tamen non nisi grauissimis certissimisque caussis conceditur de qua dicemus, *cap. seq. 6.*

3 Actio empti est actio ciuilis personalis, quæ datur emptori soluto vel oblato pretio, aduersus venditorem, in id quod ipsum eo nomine dare facere oportet ex bona fide *l. ex empto 11. l. Titius 48. D. de actiomb. empt.* cuius actionis formulam habet Cicero *lib. 3. officior.*

4 Veniunt in hanc actionem quæcumque contra bonam fidem fiunt, præter ea quæ nominatim cauta, & vt loquitur Lex XII. Tabular. linguâ nuncupata sunt; debet enim in primis venditor de euictione cauere, vacuam possessionem tradere vti fuit explicatum, & de dolo purgari *l. 1. D. de rer. permut.*

Secundò petuntur per hanc actionem accessiones quæ quasi pars rei sunt, veluti fœtus pecorum, partus ancillarum, fructus pendentes, si quid etiam seruorum operis, & iumentorum vecturis quæsitum est, & cætera eiusmodi, de quibus nuper fusiùs diximus. Vide Brissonium qui diligenter colligit omnes textus ex quibus obseruant Iurisconsulti quid per consequentias contingat, aut concedatur. Sic ex apertura feudi principalis, siue dominantis subfeuda omnia per consequentias aperta censentur; debet tamen quod obseruat Molinæ. *ad consuet. Paris. §. 3.* patronus in singula manum iniicere, ea potissimùm ratione quod in accessionem principalis feudi non veniant, nec proinde principali comprehensa censeantur, nisi fortè dominantis mensæ vnita sint, atque in eius catalogo fiat inter domanialia subfeudi vniti descriptio.

Tertiò per hanc actionem exigitur vt venditor vitia, vel onera rei quæ ipse nouit, declaret, nec insidiosè, aut obscurè quidpiam dissimulet, *l. ea quæ 43. §. vlt. D. de contrah. empt.* de quibus egimus nuper, vt in prædiis, si quam habeant seruitutem, si quem vicinum importunum, si pensionem debeant, si locus religiosus sit, væneatque pro puro. In mancipiis ea caueat venditor, quæ caueri iubent ædiles; v. g. seruos non esse fugitiuos, non errones, esse noxa solutos. Vult quoque Plato *lib. 2. de legibus*, seruos à vino abstinere, ne pigriores, fumiculosiores, & proteruiores fiant; pulchrè enim Auson.

Sanus piger febriente multò nequior est,
Potat duplum, dapesque deuorat.

In iumentis ea rectè sana hodie, esse, & bibere vt oportet; quare Varro *lib. 2. capit. 5. de re rustic. Boues cum emimus domitos stipulamur sic: Illosce boues sanos esse. noxisque præstari*: cum emimus indomitos sic: *Illosce iuuencos sanos rectè, deque pecore sano, noxisque præstari, spondesne?* Capras excipit Plin. *lib. 8. cap. 5.* vt quæ semper febricent; maximè autem Varro *lib. 2.* vult venditores cauere sana esse animalia, *nisi emantur à laniis ad culeum aut ad altaria.* Idem iuris est in aliis rebus mobilibus, vt si tignum vitiosum est.

Quartò si fortè res aliena vendita sit, & duplæ stipulatio ædilitia omissa, atque deinde res euicta, venditor tamen duplam quasi stipulatam præstare cogetur hac actione, *l. quod si nolit. 31. §. qui assidua. D. de ædilit. edict. l. ex empto 11. §. Cassius. D. de action. empt.* vel pretium emptori reddere, & insuper quod eius intererit *l. 51. l. in venditione 60. l. euicta 70. D. de euiction. l. cum successores 23. l. si tibi 25. C. eod.* Sumptus præterea quos emptor in rei meliorationem fecerit, *l. si controuersia 9. l. super empti agri 16. C. de euiction.* Denique si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit, quantò minus stipulatus est per eandem actionem recuperabit.

Quintò per hanc actionem petitur rescissio contractus, quod fit pluribus de causis de quibus *cap. 5.* dicemus.

Redhibitionem hac eadem actione ex empto cótineri traditur *l. ex empto 11. D. de actiomb. empt.* quæ actio redhibitoria etiam ædilitia dicitur, eo quod ab ædilibus concederetur, de qua pauca ista notanda sunt.

Atque in primis ædiles curiales primùm quidem procurasse vias publicas, & sacras ædes, quod constat ex *l. vn. D. de via publica*, vbi dicuntur ἀστυνόμοι, Hesych. verò est ἀστυνόμος ὁ ἐπιμελητὴς κατὰ τὸ ἄστυ. Deinde tamen de rebus vænalibus cognoscebant, si quid dolo aut fraude in vendendo mancipio, aut animali admissum esset, indeque dicti ἀγορανόμοι, hoc est interprete Harpocratione, οἱ κατὰ τὴν ἀγορὰν ὤνια διοικοῦντες ἄρχοντες. Remouebant igitur fraudes à venditionibus & foro; eamque ob causam ædilitium edictum proposuerunt, quo cauent ne fraudes contingant, deinde si contigerint, remedia actionum adhibent, vt emendentur, cautiones ædilitiæ sunt. Prima in venditores; quod vitij morbíve latentis scirent, emptori aperiant, de qua nuper *art. 7. ex l. 1. & l. 38. D. de ædilit. edict.* & si emptores vellent, stipularentur in re vendita vitij nihil esse. Altera cautio ædilitia, eaque præcipua fuit *habere licere*, quæ ad vitandum periculum euictionis interponebatur, si fortè res aliena venderetur. Et quidem si res alicuius esset pretij, duplam stipulari licebat, vitiorum autem rerum nomine simpla tantùm stipulabatur, *l. emptori 37. §. 1. D. de ædilit. edict.* hæcque stipulatio, quia

edicta

edicto ædilitio inducta erat, ædilitia dicta fuit, *l.5. D. de verbor. obligat.* & aliquando, sed abusiuè, prætoria & honoraria *l.1.§.1. D. de prætor. stipul.* Nuda ferè promissione constabat, neque in ea fidejussor adhibebatur nisi aliud conuenisset *l.4. l. emptori 37. D. de ædilit. edict. l. si dictum 56. D. de euiction.*

6 Vbi nihilominus fraudes accesserant, iis occurrebatur per ædilitias actiones, quæ duæ erant, redhibitoria & æstimatoria. Redhibitoria est actio ædilitia personalis, arbitraria, quæ emptori datur aduersùs venditorem, ob vitium morbumue rei venditæ, vt venditione in totum rescissa, rem quam tradidit, redhibeat, id est recipiat, pretioque reddito omnia in integrum restituantur, *l. cùm autē 23. §. Iulianus.* & *l. facta 60. D. de ædilit. edict.* redhibere siquidem est efficere vt venditor habeat id quod prius habuerat, *l. redhibere 21. D. eod.* Redhibitio definitur, venditionis resolutio *l. Pomponius 13. D. de acquir. possess.* quamquàm sint & aliæ vocis huius acceptiones etiam in Iure.

Est igitur hæc actio *ædilitia*, quia ædilium edicto fuit inducta; est personalis quoniam & ex contractu nascitur, & pœnalis est *l. cum autem 23. §. si seruus. D. de ædilit. edict.* appellatur & in factum, quia in qua specie dicitur competere redhibitoria *l.4. C. de ædilit. edict.*, in eadem specie dicitur competere in factum *l. quod si nolit 31. §. si quod ita. D. eod.* Est arbitraria, quoniam nisi venditor Iudicis arbitrio pareat iubentis pretium reddere, damnatur in duplum *l. redhibitoria 45. D. eod.* Datur ob morbum vitiumue rei, quia plerumque propter eam causam conceditur, tametsi interdum ob conuenta pacta in venditione competat: v.g. si res ea lege sit empta, vt si displicuerit, redhibeatur *l.4. C. de ædilit. action.* siue certum tempus redhibitioni præstitutum sit, siue in perpetuum permissa, ex *citata l. quod si nolit. §. si quid ita.* Quid verò & quantùm inter morbum, & vitium differat, dissentiunt veteres Iurisconsulti. Modestinus *l. inter stuprū 101. §. pen. D. de verbor. sign.* morbum definit temporalem corporis imbecillitatem, vitium verò perpetuam. Sabinus vult morbum esse habitum corporis contra naturam, vitium quod naturaliter accidit, vt si quis balbus, aut luscus *l.1. §. sed sciendum. D. de ædilit. edict.* Vlpianus nihil inter morbum & vitium interesse statuit, & ædiles perspicuitatis causâ idem dixisse pro eo quod naturalem hominis vsum impedit *citata l.1. §. sed sciendum.* Nihil porrò interest siue contra, siue præter naturam sit ea affectio, vtrumque enim παρὰ φύσιν Græci dicunt. Galen. *lib. de symptom. differ.* ἡ νόσος κατάστασίς ἐστι παρὰ φύσιν ὑφ' ἧς ἐνέργεια βλάπτεται πρώτως. Morbus est corporis status præter naturam à quo actio primùm læditur. Verùm quæcumque tandem fuerit hæc morbi vitiique differentia, edictum ædilitium ad corporis tantùm, non ad animi vitia pertinet, vt si seruus iracūdus, mēdax, aut auarus sit, nisi fortassis talia vitia ad animum deriuentur, vt *in dicta l.1. §. vlt.* & *l.4. §. in summa. D. de ædilit. edict.* Debent præterea esse hæc vitia anteriora venditione, non post illam enata. Quare si seruus apud emptorem fugerit, quærendum erit an ex veteri vitio fugerit, an ex recenti: ex isto enim venditor non tenebitur nisi promiserit non fore fugitiuum, *l.3. C. de ædilit. action.* qua de causa emptori de fuga agenti incumbet probatio fugæ anterioris *l.4. D. de probat.* Addidi denique hanc actionem dari ad rescissionem totius venditionis, vt omnia in integrum restituantur, quasi neque venditio, neque emptio vnquam intercesserit. Multùm tamen interest vtrum sciens, an ignorans venditor vitium rei reticuerit. Si sciens rem ignoranti vendidit, non modo pretium reddit, sed omne etiam damnum præstat, vt si seruus fugiens quidpiam abstulerit, aut alios seruos corruperit *l. quæro 58. D. de ædilit. edict.* Si ignorans solum pretium restituit. Qua simili ratione distinguit de actione empti *l. Iulianus 13. D. de action. empt.*

Altera actio ædilitia est æstimatoria quæ emptori aduersùs venditorem datur, vt quanti minoris res ob aliquod vitium æstimatur, venditio rescindatur, & eatenus pretiū restituatur; qua de causa quanto minoris, vel quanti minoris passim appellatur, *l. si quod venditor 18. l. quod si nolit 31. § si quis egerit, l. bouem 43. §. aliquando, D. de ædilit. edict. l. si is qui 23. § 1. D. de except. rei iud.* quoniam per eam actionem emptor recuperat quanto minoris res valet; vt si eo nomine seruum emit fugitiuum, vel non sanum, quem si talem sciuisset, minoris duobus emisset, duos recuperabit. 7

Hinc vides quatenus æstimatoria, siue actio quanto minoris differat à redhibitoria: hæc enim rescindit totam venditionem, non autem illa. Deinde redhibitoria durat per sex menses à die celebrati cōtractus; actio quanti minoris per annum, & qui non fuerit vsus actione redhibitoria per illos sex menses, poterit agere æstimatoria intra annum, *l. si tamen 49. §. non nocebit, D. de ædilit. edict.* anno autem peracto illis non licebit vti, præscribuntur enim etiam à possessore malæ fidei, vti obseruat Couar. *in regul. possess. part. 2. §. 11. num 5.* quia non longiori tempore permittuntur à iure *l. cùm proponas 2. Codic. de ædilit. action.* Notat etiam glossa *in eadem leg.* non currere tempus nisi à die scientiæ empturis. In foro conscientiæ tenebitur venditor ponere æqualitatem & excessum pretij reddere. Post præscriptam etiam hanc actionem restabit emptori actio ex vendito, quæ est de Iure Ciuili, & non Prætorio, & proinde perpetua ex sese. Denique supererit actio de dolo, quod obseruat Couar. *l.c.* Si venditor vitium ignorabat dabitur actio tantùm quanti minoris & non redhibitoria, quia contractus fuit validus, & dolus non dedit illi causam *l. Iulianus 13. D. de action. empt.* si tamen vendita fuerint pascua in quibus nascuntur herbæ noxiæ ad pastum, datur actio redhibitoria aduersùs, venditorem etiam ignorantem *l. pen. C. de ædilit. action.* Quando emptor vel manifestatione venditoris, vel quapiam alia ratione nouit vitium rei, nulla ei datur actio redhibitoria, aut alia quæpiam, nisi fuerit deceptus vltra medium iusti pretij. Excipit tamen Molin. *tract. 2. disp. 353. num. 31.* quando res consistit in mensura; nam pro eius ratione ac ponderis, pretium lege taxatum est, etiam si sit fraus in quantitate, & emptor illam aduertat; quia tamen non nisi inuitus subire cogitur illud onus, inuitus quoque contractui consentit. Alias actionum ædilitiarum & actionum ciuilium ex empto & vendito differentias dabit Hotman. *in Epitome DD. de action. emp. & de ædilit. edict.* nos iam longiores sumus in istis forensibus, quæ à nostro sunt alieniora instituto.

CAPVT

CAPVT V.

De pactis venditioni & emptioni appositis.

EXPLICATA venditionis & emptionis natura videndum restat, an pactis quæ illis contractibus adhiberi solent, aliquando vitietur, aut iniquior reddatur, quod præstabimus hoc loco, expensis variis pactis, quæ passim adiici solent venditioni, an æqua, an iniqua sint.

ARTICVLVS PRIMVS.

De pacto legis commissoriæ.

Lex commissoria quid. 1.
An venditio sub ea facta sit pura aut conditionata. 2.
Fauorabilis est venditori. 3.
Ad quem pertineant fructus medio tempore percepti. 4.
Pactum legis commissoriæ contrarium. 5.

DE lege commissoria in pignoribus quam prohibuit Constantinus *l.3.C. de pactis pignor.* fusissimè disputauimus *in nostro opere de vsuris & commerc. lib.3. cap.6. consectario 4. & 5.* vbi & nominis eius rationem, naturam, & iniquitatem benè multis explicuimus, ex quibus facile fuerit similem legem in venditionibus exponere.

1 Est igitur lex commissoria in venditionibus, pactum in venditione positum, vt si emptor intra certum diem pretium non soluerit, res inempta sit, *l.2.l.3.* & *l.5. D. de lege commiss.* quod pactum apponi potest verbis directis, vel obliquè, vti obseruat Couar. *lib.3. variar. cap.*8. Directa sunt quibus explicatur contractus prioris rescissio, & annullatio ipso facto: v. g. res inempta sit, inuendita, contractus nullus, nullum valorem habeat, habeatur pro infecto, vt *in l. vlt.§.1.D.de rescindend. vendit.* Obliqua verba sunt hoc loco, quæ potiùs contractus cessationem, & desitionem, quàm illius rescissionem & annullationem significant: v. g. dissoluatur contractus, sit dissolutus, res ad me redeat. Debet verò hoc pactum fieri verbis directis, & non solùm obliquis, vt sit perfecta venditio, & dominium in venditorem absque vlla traditione transferatur; quod ex communi sententia docent Couar. *l. c.* Anton. Gomes. *tom 1 variar. capite 2. num. 30.* Molina *tract.2. disp.278.* quia dum verba directa sunt, ita dissoluitur contractus ipso iure, atque si numquam fuisset: dum autem sit verbis obliquis pactum istud, irritatio venditionis non censetur retrotrahi ad tempus primæ celebrationis contractus, sed solùm valet in tempus consequens. Non tamen tam inspicienda sunt verba quæ aliquando ambigua sunt, quàm contrahentium mens attendenda.

2 Vetus tamen fuit controuersia, an hæc venditio pura & perfecta sit, quæ sub conditione resoluatur, an verò sit potius conditionalis, siue sub conditione contracta, & ideò non nisi existente conditione perficiatur: nam Sabiniani postremum istud volebant, illisque fauet *l. statuliber 38. §. 2. D. ad l. Falcid.* vbi Hermogenianus statuit rem sub lege commissoria distractam, in computatione legis Falcidiæ, in venditoris bonis numerari. Deinde *l.vlt. D.de lege commiss.* & *l.4.C.de pact. int. empt.& vendit.* venditor rem etiam emptori traditam vindicare potest, non soluto pretio die dicta, quod non posset si venditio esset pura: tunc enim per traditionem dominium transferretur in emptorem, ac proinde venditor illam amplius vindicare non posset: cùm vindicatio non concedatur nisi domino. Vlpian. nihilominus puram & perfectam esse venditionem voluit, quæ tamen sub conditione non soluti pretij resoluatur *l.1.D de leg.commiss.* Et sanè *l.2.l.3.l.4.§.eleganter.D. eod.* & *l 28.D. de minorib.* scribitur esse in potestate venditoris non vti lege commissoria, & pretium petere, quasi lex ferat inemptam esse rem, si venditor velit, vti adiicitur *in l.vlt.§.vlt. D. de rescind. vend.* Quo autem iure posset vel totum, vel reliquum pretium petere, nisi pura & perfecta venditio fuisset, atque res tradita? Quæ aliaque in hanc rem affert Hotman. qui vix antiquam controuersiam audet definite. Sanè Vlpiani opinio communior & recepta est. Imo vt Idem Vlpian. ait *l.4. D. de lege commissor.* definita est illa quæstio, cùm Imperatores Antoninus, & Seuerus dixerunt finita ratione legis commissoriæ emptione, competere adhuc actionem ex vendito. Cuius rei ratio perspicua est, quia per legem commissoriam hoc tantùm agitur, vt venditor pecuniá ad diem non soluta, sit obligatus emptori, non autem vt omnis obligatio empti, & venditi vtrimque soluatur, vt inquit Pompon. *l. sed Cels. 6. §. 1. D. de contrah. empt.* Ideóque nihil prohibet post solutam ex lege commissoria emptionem, competere venditori actionem ex vendito contra emptorem; quod dici non posset, si venditio numquam pura & perfecta fuit, sed pendens à conditione, quæ posita non est.

3 Hæc actio fauorabilis est venditori, pœnalis tamen emptori. Cum enim Lege XII. tabular. non aliter transferretur dominium rei venditæ & traditæ, quàm si pretium ab emptore solutum, aut aliter eo nomine satisfactum esset *l. quod vendidi 19. l.vt res 53.* vt venditor sibi prospiceret, & caueret moram atque perfidiam emptoris, cuius fidem secutus rem venditam tradiderat, atque adeò dominium illius transtulerat, inducta est lex commissoria, vt non soluto die certa pretio res inempta esset, quæ lex vt vides fauet venditori, plectit autem emptorem morosum, & tardiorem in repræsentando pretio die designata: tunc enim commissoria lege venditio resoluitur ipso iure, & habetur pro non facta.

Deinde fauor venditoris in eo est, quod in eius arbitrio est rem ineptam, vt dixi facere, si voluerit, & vti lege commissoria etiam inuito emptore, qui tamen non potest ex vi solius illius legis id

facere:

facere ; ſiue nequit vti lege commiſſoria inuito venditore ; in omnibus ſiquidem contractibus non modò inſpiciendum eſt quænam in illis lex dicta ſit, ſed etiam cui, & cuius gratiâ, *l. quamuis 6. D. de pignor. act.* ne alioquin quod vnius fauore conuentum eſt, in eius odium & perniciem retorqueatur, quod abſurdum eſſet *l. Lucius 40. §. fin. D. de fideicomm. liber. l. in ratione 30. §. tametſi. D. ad l. Falcid.* Imò & iniquiſſimum, *l. quod fauore 6. C. de legib.* Atqui lex commiſſoria adiicitur fauore ſolius venditoris, vt legem dicat, non ſibi, ſed emptori. Nam ſi emptor non ſoluendo pretium poſſet rem inemptam facere, liberaret ſe facto ſuo à propria obligatione; quod ius non permittit, *l. ſi ſeruum 91. §. nunc videamus. D. de verbor. obligat.* Nam inemptum faceret fundum, qui tamen à die perfectæ venditionis periculo illius fuiſſet, *l. neceſſariò 8. & paſſim. D. de peric. & com. rei vend.* quod abſurdum non contingit quando dicimus eſſe in poteſtate venditoris vt lege commiſſoria vtatur, ſiue illâ exerceat, nec ne: inde enim non ſequitur eſſe in venditoris poteſtate rem inemptam facere; id enim fit ex emptoris non ſoluentis facto, aut potiùs non facto, ſed tantùm eſſe in arbitrio venditoris an velit venditionem quæ ipſo iure reſoluta eſt facto emptoris, reſolutam manere; nemo ſiquidem iure ſuo vti cogitur, *l. ſi iudex 41. D. de minor. l. Sabinus 9. D. de in diem addict. l. 3. D. de ſeruis exportand. l. pen. C. de pact.* Cur igitur non licebit venditori lege commiſſoria in eius fauorem poſita vti, & illam non exercere, & nolle venditionem reſolutam eſſe ex facto emptoris non ſoluentis : aliud enim eſt venditionem reſolui ipſo iure, aliud verò legem commiſſoriam exerceri ; nam reſolutio iuris eſt, & Ideò dicitur fieri ipſo iure. Commiſſoriam legem exercere facti eſt, non iuris ; quod autem facti eſt, exigit voluntatem facientis, nec quiſquam ad factum præcisè cogitur, nec vti iure ſuo, vt diximus aliàs. Quamuis igitur ſine vllo facto venditoris venditio reſoluatur ipſo iure, non tamen cogitur legem commiſſoriam exercere, ſuntque plurima ſimilia in iure, quæ ipſo iure fiunt, & nihilominus factum hominis requirunt : v. g. compenſatio quæ ipſo iure fit, non tamen niſi apponatur, *§. in bonæ fidei, inſtit. de action.* Et exceptio de iure tertij poteſt eſſe ipſo iore excluſiua iuris agentis, non tamen niſi tertius ille velit *l. 2. D. de except. rei iud.* Legatæ rei dominium rectâ viâ, vt loquuntur, tranſit à teſtatore in legatarium ipſo iure *l. à Titio 64. D. de furt. l. legatum 80. D. de legat. 2.* & tamen non tranſit niſi legatarius ſibi acquiſitum eſſe velit, *l. ſi tibi homo 89. §. cùm ſeruus. D. de legat. 1.* Legatum itaque inuito quidem defertur, ita vt ab ignorante tranſmittatur, inuito tamen non acquiritur. Commiſſoria igitur lege, de qua agimus, venditio reſoluitur ipſo iure, & inuito venditore, tamen non cogitur ea reſolutione vti: ſtatim autem atque commiſſa eſt lex ſtatuere debet venditor an commiſſoriam velit exercere, an pretium petere, vt ſcribit Pompon. *in l. 4. §. eleganter. D. de lege commiſſ.* quia vtramque facere non poteſt ; cùm hæc duo ſint contraria, & incompatibilia, qui enim legem commiſſoriam exercet, ſupponit venditionem reſolutam eſſe ; qui verò pretium repetit, ſupponit venditionem conſiſtere. Vbi verò alterum ex his duobus elegerit venditor, non poterit deinde variare, & quod ſemel elegerit, repudiare, aut quod repudiauit eligere, vt habetur *in citato §. eleganter l. 6. & l. 7. D. eod. & l. commiſſ. 4. C. de pact. inter empt. & vendit.* quia non placet Legiſlatori inconſtantia, & leges ludibrio eſſent, & qui beneficium iuris, quo ſemel vſus eſt, abiicit, vt aliud eligat, quod prius abiecerat, *l. vlt. §. vlt. C. de bonis quæ*, & allegans contraria, multò magis contradictoria, non eſt audiendus *l. 1. C. de furt.* non enim iuris authoritas poteſt eſſe in arbitrio, quæ nequidem in arbitrio iudicantis eſt *l. 1. §. 1. D. ad S.C. Turpill. l. ordinem 15. D. ad municip.* Quare ſi venditor vel partem pecuniæ accepit, vel etiam pretium petiit, legi commiſſoriæ renuntiauit *l. 7. D. de lege commiſſ.* Sic petitionem hæreditatis amittit qui pretium rei hæreditariæ venditæ conſequi maluit, quam rem ipſam petere *l. ſed & ſi 25. §. item ſi rem. D. de hered. petit.* Depoſitarius priuilegio depoſiti renuntiat, ſi pecuniæ depoſitæ vſuras acceperit, *l. ſi hominem 7. §. quoties. D. depoſiti.* Deinde ſi per venditorem ſtetit, ne dicta die ſolutioni pretium acciperet, conſiſtet venditio, & fundi non fient inempti, nihil enim in legem venditionis commiſit emptor : v.g. die definita ſe ad ſoluendum ſtetit, & ſacculum cum pecunia ſignis ſignatorum obſignauit, defuit autem venditor, aut alius qui eius nomine caperet, ſatisfecit obligationi emptor, & nihil in legem venditionis commiſit, vt dixi. Ita *l. 8. D. de lege commiſſor.*

3 Fructus qui percipiuntur medio illo tempore vſque ad reſolutionem venditionis, pertinent ad emptorem, illos tamen ſi fundus inemptus fiat, & reueniat ad venditorem, reſtituet, *l. 5. D. de lege commiſſoria.* Primum patet, quia toto eo tempore emptor eſt dominus rei ſibi venditæ, & traditæ, quamuis poſſit amittere eiuſmodi dominium, interim tamen verè dominus eſt, iam enim diximus venditionem, quæ fit ſub lege commiſſoria non eſſe conditionalem, ſiue non fieri ſub conditione à qua pendeat, ſed reſolubilem tantùm eſſe poſita conditione aliqua ; quare eius reſolutio conditionalis eſt, non contractus: ideóque per illam verè transfertur dominium in emptorem, quod reuerà non pendet, ſed eſt abſolutum, quamuis amiſſibile. Neque ideò minus aliquid noſtrum eſt, quòd eius dominium à nobis aliquo caſu diſcedere poſſit, *l. non ideò 66. D. de rei vindicat.* Et quamuis pendeat reſolutio venditionis vſque in diem lege commiſſoria præſtitutum, non tamen quod pendet pro eo eſt, quaſi non ſit, *l. 15. l. is damnum dat 169. §. 1. D. de regul. iur.* ideóque venditio ipſa non pendet in hoc caſu: ſed eius tantùm reſolutio, & dominium, quod per traditionem ex cauſa eiuſmodi venditionis factam, tranſlatum fuit, non pendet ab aliqua conditione, ſed eius duntaxat reſolutio. Quare iure dominij rei ſuæ fructus percipiet, non tamen illos abſolutè, & ſimpliciter lucrabitur, vt ait Neratius in citata *l. 5.* quouſque ſciatur, vtrum conditio legis commiſſoriæ ſit extitura ; quia ſi extabit, cogetur eos venditori reddere, quæ erat ſecunda pars noſtri dicti, quam eo loco tradit Neratius ; ſi verò ea conditio deficiet, lucrabitur eos abſolutè, & ſine nullo reſtitutionis metu. Sic conſentiunt omnes poſſeſſorem bonæ fidei facere ſuos fructus, quos ex re aliena bona fide percepit, donec euincatur, tunc enim reſtituendi ſunt officio iudicis *§. 1. inſt. de offic. iud.* Quod ſi fructus illi conſumpti ſunt, eos lucratur *l. 4. §. poſt litem. D. fin. regund. l. 4. §. lana. D. de vſucap.* Quare lucrari plus eſt, quàm acquirere, & acquirere minùs quàm lucrari, vt vides. Ratio verò propter quam emptor commiſſa lege venditionis, & reſoluta venditione debet fructus medio tempore perceptos, & non conſumptos reddere venditori, ad

quem

quem fundus inemptus reuenit, est; quia resoluta venditione titulus qui præcesserat reducitur ad non titulum, & venditio, quæ ipso iure nulloque hominis facto resoluitur, numquam facta esse intelligitur, & retrofingitur nullum ex ea quæsitum esse dominium, sed apud venditorem mansisse, atque ideò ius fructuum percipiendorum. Aliam præterea rationem adducit Neratius *in l. 5. citata. D. de lege commissor.* ex Aristone; quod æquum non sit aliquid residere apud emptorem ex ea re, in qua fidem fefellit, fidem siquidem fefellit, qui promissum emptę rei pretium non soluit ad diem; nam pœna legis commissoriæ non adiicitur venditioni vt sit in arbitrio & potestate emptoris pretium non soluere, & venditionem irritam facere, quæ iure facta & perfecta fuit, sed vt metu pœnæ citiùs pareat legi venditionis: paret enim legi non cùm facit vt committatur, sed cùm facit ne committatur. Prodesset autem emptori propria perfidia, si fructus interim perceptos lucraretur, quia licèt puniri videatur in eo quod fundus inemptus fit, præmium tamen consequitur, si fructus perceptos retineat, & non restituat venditori. Excepi tamen fructus consumptos, cùm bonæ fidei possessor existat, vt monui cum Regin. *lib. 25. n. 298.* Perdit tamen arrhas emptor, si quas dederat venditori *l. 6. & 8. D. de lege commiss.* id enim fert lex commissoria, in pœnam scilicet perfidiæ, vt eo metu à frangenda fide deterreatur. Neque queri iure potest, sibi enim culpam suam imputare debet, qui maluerit fidem fallere, quàm implere: est enim vulgaris illa regula, neminem videri damnum sentire, quod non nisi ex sua culpa volens sentit, *l. quod quis 203. D. de regul. iur.* Denique redit ad venditorem quidquid venditioni accesserat, *l. 6. citata, §. 2.* cùm enim resoluta venditio, nulla fit, nullum ius tribuere potest, sicut non entis nullæ sunt qualitates *l. pen. D. de rebus credit. l. si patrem 19. D. quemad. seruit. amittat.*

5 Est verò aliud pactum legi commissoriæ prorsus contrarium, cùm venditor paciscitur, vt restituto, vel intra certum diem, vel quandocumque pretio, res inempta fit. Cuius pacti meminit *l. 2. & l. 7. C. de pact. inter emptor.* hoc tamen pactum commissorium non est, nec vsquam commissorium appellatur. Immò omnia alia pacta, vt si quid eueniffet, res inempta esset, distinguuntur à lege commissoria *l. is qui 11. §. pen. D. quod vi aut clam.* De his pactis aliquid dicemus *art. 6.*

ARTICVLVS II.

De lege addictionis in diem.

Quid sit addictio in diem. 1.
An ea venditio sit pura, an conditionalis. 2.
Vtriusque illius venditionis varij effectus. 3. 4.
Quenam si melior conditio. 5.
Ad quod teneatur tunc venditor. 6.
An eadem res sæpius sic addici possit. 7.
Quid si plures venditores eandem rem sic addicant. 8.
An vnus è venditoribus possit meliorem conditionem afferre. 9.
Quod si fingatur meliorem conditionem allatam fuisse. 10.

1 ADdictio in diem est collocatio rei venditæ penes emptorem cum pacto, vt nisi alius intra certum diem meliorem conditionem quæ venditori placeat attulerit, res penes illum maneat, si attulerit, in hunc emptorem nouum transferatur: nam addicendi verbum est proprium auctionum, cùm magister auctionum pluris licitanti rem attribuit, siue addicit, aut penes illum collocat, quod & proiicere dicitur *in l. si pignora 50. D. de euiction.* quamquam proiectio fit rerum mobilium de quibus agitur in ea lege. Addictio verò etiam immobilium, Gallicè dicimus, *Estrousser.* Hoc porrò verbum addicendi ab auctionibus publicis ad priuatas venditiones translatum est: vnde Plaut. in Captiu.

Age sit? roga emptum, nisi quis meliorem adferat,
Qua tibi atque amicis placeat conditio magis,
Quasi fundum vendam, meis me addicam legibus.

Adiicere præcisè vsurpatur pro ad pretium adiicere *l. 7. l. 8. l. 18. D. de in rem adiect.* quod dicitur etiam ad pretium addere *l. 17. D. eod.* & adiectio facta *l. si quis hac lege. 41. D. de rei vindicat.* Abiicere est oblatam conditionem non admittere, sed repudiare; & priorem sequi. Addictio itaque siue purè, siue in diem fiat, refertur ad rem venditam: adiectio autem & abiectio ad pretium: quia tamen potest melior conditio afferri, licèt nihil addatur pretio, vt statim dicam *ex l. 4. §. vltim. D. de in diem addict.* ita magis propriè loquemur, si dicamus adiectionem, & abiectionem ad meliorem conditionem, quàm ad pretium pertinere, siue quidpiam addatur pretio, siue nihil, & aliunde melior conditio venditoris fiat. Ex his perspicua redditur allata definitio addictionis in diem, per quam dicitur esse collocatio rei venditæ penes emptorem ea lege, vt si quis intra dictum diem meliorem conditionem non afferret, penes illum maneret, si afferret, noui emptoris fieret. Huius venditionis formulam affert Paul. *in l. 1. D. de in diem addict. Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Kalendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat.* Circa quam formulam dubitant interpretes quid domini appellatione significet Paul. an emptorem, vt existimat Accursius, an venditorem, quod alij malunt. Anton. Faber censet illum designari à quo dominium meliore conditione allata discedere debet, siue ille venditor, siue emptor fuerit: nam si pura venditio fiat quæ sub conditione resoluatur, significabitur emptor; quia interim, & donec melior afferatur conditio, dominus est *l. 4. §. sed & Marcell. D. eod.* Si vera venditio contrahatur ab initio sub conditione, intelligendus erit nomine domini venditor ipse, quia dominium non transfertur ex conditionali venditione ante conditionis euentum, etiamsi traditio sequuta fuerit, *l. hac venditio 7. D. de contrah. empt. l. si ego 9. §. si res. D. de iure dot.* Quia quæ res per traditionem transfertur, non minus quàm dominium sub conditione transferri potest *l. qui absenti 38. §. 1. D. de acquir. possess.* Collocabatur igitur res penes emptorem interim donec melior afferretur conditio, vel non afferretur; quod colligitur *ex l. quod autem 11. D. de in diem addict.* & *l. 4. C. de vectigalib. & commis.* Itaque meliùs dicitur emptio collocata in vulgatis libris, quā collata

collata in Pandectis Florentin. *l. si in emptione* 35. *D. de minorib.* quod obseruat Hotman.

2 An verò hæc venditio purè contrahatur, & sub conditione resoluatur; an verò sub conditione contrahatur, dubiæ quæstionis fuit inter veteres Iurisconsultos. Distinguit Vlpian. *in l. 2. D. de in diem addict.* Si enim verba sint conditionalia, ita vt significent suspendi complementum, & perfectionem venditionis donec conditio ponatur, certum est conditionalem esse venditionem: v.g. perficiatur emptio, nisi melior afferatur conditio: nam particula *nisi*, sicut *& si*, conditionem exprimit *l. cum ab eo* 41. *D. de contrah. empt. nisi* enim id est, *si non*. Itaque cùm dicitur perfecta sit conditio, nisi quid tale acciderit, idẽ est atque perficiatur, si non acciderit tale quid: cùm autem nihil apponitur, quod conditionem faciat aut suspendat venditionem, sed iam perfectam esse potius ostendit, certum est puram esse venditionẽ, quod contingit cùm verba conuentionis venditionem resoluunt, v. g. vt allata meliore conditione discedatur ab emptione, vel res inempta sit: non enim discedere licet ab emptione, quæ nunquam contracta fuit, neque fieri res inempta, quæ priùs empta non fuit. Quod si verba conuentionis ambigua sint, coniecturis inquirenda erit contrahentium mens. Quod si neque ex verbis, neque ex aliis circunstantiis constare potest, puram venditionem esse præsumere oportet, & Iuliani sententiam sequi; quia vti ratiocinatur Faber *in l. 2. cit.* conditionales venditiones minus fauorabiles sunt, vtpote imperfectæ, & quilibet actus ex sua natura purus est, non conditionalis: conditio enim est aliquid extrinsecum, & quod nunquam sine graui causa suppletur, *l. si stipulatus* 126. §. *Chrysogonus. D. de verbor. oblig.*

3 Plurimũ verò interest hoc casu, an venditio pura sit, an conditionalis, cùm longè diuersos habeant effectus: nam si pura venditio est, is cui res in diem addicta fuit, potest primò vsucapere ex *l. 2. §. 1. D. de in diem addict.* si cætera ad vsucapionem necessaria sint, possessio nempe cum titulo & bona fide.

Secundò poterit fructus suos facere *in cit. §.* non modò tanquã bonæ fidei possessor, qui interim loco domini est, & facit fructus suos *l. bonæ fidei* 48. *D. de acquir. rerum dominio*, donec videlicet eos vel consumpserit, vel vsuceperit, quibus casibus eos lucratur *l. 4. §. post litem. D. fin regund. l. 4. §. lana. D. de vsucap.* sed quia emptor sic emit à verè domino, ipse quoque factus est verus dominus, idcóque iure fructus suæ rei percipit. Quia tamen hæc venditio resolubilis est ipso iure, si melior conditio afferatur, emptor quoque non fit irreuocabiliter dominus, quãuis sit interim verè dominus. Itaque si intra præscriptum diem melior conditio afferatur, fructus debebit restituere venditori, *l. item quod dictum est* 6. *D. de in diem addict.* Quasi nullo iure quæsito emptori, cùm titulus redierit ad non titulum, & causa ad non causam. Perinde siquidem resoluta est venditio ipso iure, ac si nulla vnquam præcessisset, quo casu nemo diceret fructus acquiri posse emptori; quod non contingit in venditione, quæ ita tenuit, vt nunquam fingatur non tenuisse, & à qua sic disceditur, vt retrotraditio necessaria sit, vt in casu *l. ab emptione* 58. *D. de pact.* & *l. 1. & 2. C. quando sic ab empt. disc.* tunc enim fructus medij temporis restitui non debent.

Tertiò addit Vlpian. *in cit. l. 2. §.* eum cui adiecta res est, lucrari quoque accessiones rei venditæ cum fructibus. si venditio pura fiat, & non est allata melior conditio, quod additũ volunt DD. propter partus: v.g. si vendita purè fuerit ancilla cum pacto addictionis in diem, & ante allatam conditionem meliorem peperit. Cùm enim partus non continentur appellatione fructuum, sed causæ potiùs & accessionum, *l. vetus fuit quæstio* 68. *D. de vsufruct.* & *l. in pecudum* 28. *D. de vsur.* & tamen hos partus faciat suos emptor in venditione pura de qua agimus, id expressit Vlpian. accessionum nomine; si tamen, vt iam dixi, melior fuerit allata conditio, partus & accessiones emptoris lucro non cedẽt, sed restituendi erunt, vti de fructibus diximus, venditori, licèt non fuisset dominus; quia non restituuntur iure dominij, sed conuentionis, & venditori non tanquam domino, sed tanquam venditori, vt eos sibi habeat eo iure, quo sibi habiturus fuisset, si eos ipse percepisset, & fundum nunquam vendidisset.

Quartò ad emptorem pertinebit periculum rei si interierit *l. 2. cit. §. 1.* Ratio euidens est, quia in hac puta venditione, per traditionem ex ea sequutã emptor dominus rei venditæ factus est, quamuis venditio, allata meliore conditione resolui poterit. Atqui vnaquæque res suo domino perit, & non alij *l. quæ fortuitis* 6. *l. pign. in bonis* 9. *C. de pignorat. act.* Deinde vbi res perit, non potest melior venditionis afferri cõditio: neq; proinde resolui venditio, aut res vẽdita à dominio emptoris discedere; eius proinde dominiũ irreuocabile est. Non poterit igitur rei periculum, si interierit, ad alium quàm ad emptorem eius dominum pertinere, vti sapienter affirmabat Vlpianus.

Quæres quid dicendum sit, si quo instanti res perit, melior afferatur conditio, vti fieri posse constat *ex l. vlt. D. de condit. instit.* ad quem pertineat periculum. Cùm enim eo instanti melioris conditionis allatæ resoluatur ipso iure venditio, & res discedat à dominio emptoris, perire non potest emptori, qui dominus non est; atq; ita censet Accursius. Verùm Ant. Faber distingui vult, & attẽdi verba quibus exprimitur cõditio, sub qua resoluitur venditio; si enim vendatur seruus nisi intra Kalendas proximas melior conditio afferatur, petit venditori, quia eodẽ instanti quo perit, conditio melior affertur, & venditio resoluitur, desinitque emptor esse dominus. Quod si in venditionem dictum fuerit, *nisi intra Kalendas proximas melior conditio fuerit allata*; peribit emptori; quia eo instanti, quo seruus venditus moriebatur, verum fuit dicere nondum fuisse allatam meliorem conditionem, neque proinde completam adhuc esse conditionem resoluendæ venditionis, & dominium adhuc penes emptorem remanere, quia illis verbis *afferri* & *allatum esse*, duo diuersa tempora significantur, præsens nempe, & præteritum, duoque instantia sibi succedentia; quamuis igitur eo instanti quo seruus moritur, melior conditio afferri possit, & adferatur, fieri tamen nequit vt adferatur, & eo instanti quo seruus moritur, & quo mortuus est; aliud siquidem instans est quo moritur & quo mortuus est.

Vbi venditio facta cum pacto addictionis in diem conditionalis est, & non pura, contraria omnia dicenda sunt; cùm enim talis venditio sit imperfecta ante conditionis euentum, ex ea nequit transferri dominium in emptorem, etiam traditione sequuta, vti sæpiùs diximus, neque etiam vsucapiendi conditio, quia vsucapio æquè requirit titulum præcedentem & perfectum, *l. Celsus* 27. *D. de vsucap. l. 2. §. si sub conditione, D. pro emptore. l. clauibus* 74. *D. de contrah. empt.* propter quam eandem rationem neque fructus sibi acquirere poterit emptor, vti rectè affirmauit Vlpian. & Pompon. *l. 4. D. de in diem addict.* 4

5 Melior conditio dici in vniuersum potest, quæ venditoris vtilitatem auget *l. 5. D. de in diem addict.* hæc autem vtilitas æstimatur non modò ex maiori pretio, quod adiectio nominatur, vti monuimus initio, sed etiam ex faciliore, celeriore, aut commodiore solutione; itémque ex loci opportunitate, ex emptoris quantitate, & cæteris huiusmodi, *l. 4. §. 6. D. eod.* Videri tamen potest in more fuisse clausulam illam interponi in meliore conditione afferenda, *quæ tibi atq; amicis placeat*. De venditore quidem constat *l. si prædio 15. D. eod.* & *l. si venditor 14.* ait Paul. *Melior intelligitur, quam venditor comprobauit, cui licuit non addicere.*

6 Quamuis liceat venditori, meliore allata conditione addicere rem emptori posteriori, neque faciat iniuriam emptori priori, qui ea lege emit, & semel voluit; non tamen ad id tenetur, immò neque potest, si prior emptor paratus sit plus adiicere. Ita Paul. *in l. licet 7. D. de in diem addict.* Ratio est quia prior venditio contracta est, non autem posterior antequam venditor meliorem oblatam conditionem admiserit: pactum siquidem addictioctionis inductum est, vt prior venditio resoluatur ipso iure, non autem vt posterior ipso quoque contrahatur: non debet autem esse in arbitrio venditoris vt inuito priore emptore plus offerente resoluatur venditio illi facta, & posterior contrahatur, cùm resolui non velit ius nisi quo casu conditio melior affertur. Deinde conditio melior allata non est, quãdiu prior emptor paratus est adiicere pretio posterioris, quod intelligendum est si tempus addictionis patiatur, vt licitatio primi emptoris possit admitti, alioquin non magis eius adiectio, quàm cuiuscumque alterius admittenda erit, ne fiat contra legem contractus. Quamuis itaque possit venditor meliorem conditionem oblatam abiicere, vt scribit Sabinus *in l. 9. D. eod.* & sequi primam quasi meliorẽ, quia nemo inuitus vtitur suo iure, & suo fauori renuntiare potest, pactum autem addictionis in diem adiectum est fauore venditoris, vt diximus, nequit tamen secundi & posterioris emptoris conditionem acceptare, & posteriorem primi emptoris licitationem abiicere, quia id fieret in fraudem & iniuriam prioris emptoris, secundò tamen licitantis. Quare debet venditor allata meliore conditione, priorem emptorem certiorem facere, vt si velit, adiicere possit *l. 8. D. eod.* nam cùm primus ille emptor dominium rei venditæ, secuta traditione ex pura venditione, quamuis resolubili dependenter ab aliqua conditione, nactus fuerit; æquũ minimè videtur vinci ab alio per licitationem eo ignorante factam, deterioris enim esset conditionis, quàm quilibet alius licitator, qui ignorans vinci nunquam potest.

7 Quæres primò an eadem res possit sæpius in diem addici: negat enim Sabinus, quia res sub eo pacto vendita, fit irreuocabiliter primi emptoris statim, atque verum est dicere intra præstitutum diem non fuisse allatam meliorem conditionem. Atqui non potest videri melior allata conditio si secundo emptori, qui tanquam meliorem conditionem allaturus accedit, res non possit addici securè, hoc est, irreuocabiliter atque absque metu, & periculo resoluendæ venditionis. Et sanè abibitur in infinitum si primo venditori liceat rem vni addictam in diem, rursum alteri addicere, deinde alij, atque ita in infinitum. Iulian. verò & Vlpian. *in l. quod autem 11. D. de in diem addict.* contendunt posse rem addici vsque ad tertiam venditionem; lex enim addictionis in diem adiicitur venditioni, vt discedatur à prima venditione, meliore conditione allata; quare nihil interest primi emptoris, an post allatam meliorem conditionem res ab ipso discedat, & vendatur alteri sub nouo pacto addictionis in diem, an verò purè & absolutè; quia tamen æquum videtur ne à primo emptore discedat dominium, quod per eam venditionem secuta traditione obtinuerat, prius quàm alteri absolutè, & irreuocabiliter acquiratur, & proinde ne res abeat in infinitum, ideò ad tertiam tantùm vsque venditionem posse adiici hoc pactum existimant Iulian. & Vlpian. vt tandem constare possit an dominium discesserit à primo emptore; quia vt dixi non prius discedit, quàm alij fuerit irreuocabiliter acquisitum, licèt melior conditio intra diem addictionis allata sit, cùm id actum videatur inter contrahentes, vt non prius discederet dominium à primo emptore, quàm alij purè atque irreuocabiliter acquireretur.

Quæres secundò an si plures eandem rem emptam vendant lege addictionis in diem, & duo v.g. posteriori emptori meliorem conditionem afferenti addixerint, vnus autem adiectionem ab illo factam non admittat, an prima venditio resoluatur, & quomodo. 8

Respond. distinguendum esse an vno pretio, an diuersis & disparibus pretiis vendiderint: quod postremum facilè intelligi potest, si singuli venditores habeant partes in re vendita: ea siquidem partium disparitas inducit pluralitatem, & disparitatem pretiorum; quod si partes dispares non sint, si tamen sint varij venditores, dispar pretium esse nihil prohibet, cùm pretium non tam ex re, quàm ex negotiatione percipiatur, *l. venditor 21. D. de heredit. vel action. vend. iuncta l. si voluntate 8. C. de rescind. vend.* In hoc igitur casu rei venditæ pluribus venditoribus diuersis pretiis, si vnus venditor adiectionem admittat, reliqui reiiciant, pars vna erit noui emptoris, duæ reliquæ erunt prioris, ex lege addictionis in diem. quia ibi tot sunt emptiones, quot sunt pretia, quarum vna resoluitur ipso iure, & non aliæ. Quare malè obiicitur venditionis causam esse indiuiduam, quia hîc quælibet venditio indiuidua est, non autem venditio totalis pluribus partialibus constans. Ita Sabinus & Pomponius *l. 11. §. 1. & l. 12. D. eod.*

Quod si vno pretio plures venditores rem vnam vendiderint cum lege addictionis diem, vnusque venditor posterioris emptoris meliorem conditionem non admittat, tota res priori emptori manebit. Ita Vlpian. *in l. 13. §. quod si vno pretio. D. de in diem addict.* quia prior venditio perfecta & vnica fuit, cùm sola pluralitas pretiorum, non autem vel pluralitas venditorum, vel rerum simul vno pretio venditarum faciat pluralitatem venditionum: quamuis tot sint euictiones, quot sunt res venditæ. Cùm igitur vnica sit venditio, illa consequenter est indiuidua, neque ea potest ex parte tantùm rescindi, aut posterior venditio nulla esse, quamdiu prior aliqua ex parte tenet, ne inter emptores inuitos inducatur communio: quare si quis totum fundum ad diem addixisset, postea verò adiecto pretio dimidium alij addixerit, prior tamen emptio non resoluitur, & tota res nihilominus mihi empta manet, quia & ab initio totam eam mihi emptam voluisse ex ipsa venditione apparet, quod totum Vlpian. *in l. 13. citata* confirmat authoritate Celsi, Mucij, Bruti, Labeonis & Sabini Prudentum iuris.

Quæ

Quæritur tertiò an vnus ex pluribus venditoribus meliorem afferre conditionem possit.

Respond. cum Vlpian. *libro* 13. §. 1. *D. de diem addict.* posse, quia nihil vetat partis rei dominium cum tota re, quam emit, etiam suam rem emere; cùm non sit totius rei dominus, quare non est formaliter verum id eum emere, cuius dominus est, sicut neque formaliter tota res, pars rei est, nec pars ipsa tota res, *l. qui negotia* 34. §. *vlt. D. mandati*. Eadem ex causa nihil prohibet ex pluribus emptoribus, quibus addictio eiusdem rei facta est, vnum ex iis pretium adiicere pro tota re, atque ita facere, vt etiam pro ipsius parte à priori venditione discedatur, *l. cùm in diem* 18. *D. de in diem addict.* vbi Africanus id affirmat; quia emptio & venditio, vti iam monuimus, pro parte resolui nequit, sine à pluribus venditoribus, siue pluribus emptoribus vno pretio facta sit, quod proxima quæstione dicebamus; quamquam maior difficultas videatur de pluribus emptoribus, quàm pluribus venditoribus, quia cùm vnus ex pluribus venditoribus affert meliorem conditionem, emit partem quæ fuit quidem sua, sed quæ hodie est aliena: at cùm vnus ex pluribus emptoribus adiicit ad pretium prioris emptionis, emit cum tota re partem illam, quæ ipso emptionis tempore iam sua est. Res enim addicta in diem medio tẽpore est ipsius emptoris, non autem venditoris, cùm pura & perfecta fuit venditio, & non conditionalis. Quia tamen emit totam rem qua ipsius pars continetur, non dicitur suam partem emere, quia multa eom vniuersitate transeunt, quæ separatim transire non possent *l. quadam* 61. *D. de acquir. rer. domin.*

Quæres quartò si venditor finxerit allatam fuisse meliorem conditionem, cùm tamen minoris vel tantidem alij venderet, ad quid obligetur.

Respondet Paul. *in l. si venditor* 14. *D. de in diem addict.* vtrique emptori in solidum obligari; nempe actione ex empto, priori quidem emptori, quia prior venditio resoluta non est, cùm eius resolvendæ causâ vna illa fuerit, si melior conditio afferretur, quæ reuerà non fuit allata. Posteriori quoque emptori, cui addixit rem ante addictionem in diem, quia cùm hæc posterior venditio vera & non simulata fuerit, sed sola pretij quantitas, & adiectio simulata, ea simulatio maioris pretij non facit nudam & imaginariam venditionem, neque falsum emptorem; manetque & verus emptor, & vera emptio. Simulata quidem pro infectis haberi debent *l. si ex pretio* 8. *C. si certum petat.* hoc autem casu nihil simulatum est, nisi maior pretij quantitas, & illa simulatio pro infecta haberi debet, cùm reuerà non fuerit plus pretij in secunda ista emptione, quàm fuisset in prima; fuit tamen vera venditio, sed sic rei alienæ, & quæ iam per primam venditionem facta fuerat primi emptoris, quæ venditio reuerà resoluta non est, cùm non fuerit allata melior conditio, sed simulata. Itaque eodem modo obligatur venditor secundo isti emptori, atque obligatur rei alienæ venditor.

Quid fiet si emptor alium minus idoneum subiecerit, qui meliorem conditionem attulerit adiectione pretij, cùm tamen minùs idoneus sit, & non soluendo: nam inutilis est ea adiectio, & reipsa melior conditio non est.

Respondet Paul. *l.* 14. secundam venditionem valere, cùm verus fuerit emptor, & melior conditio adiectione pretij comprobata à venditore, tenebitur tamen primus emptor qui secundum, quem sciebat minus idoneum, subiecit, compensare omne interesse venditoris, quem decepit, vt *ibid.* haber Paul.

Vide alia plura circa hanc addictionem in diem, quæ toto eo titulo disputant DD. pauca ista nostro instituto sufficiant, reliqua foro externo relinquimus.

ARTICVLVS III.

De pacto retrouendendi.

Quid sit hoc pactum. 1.
An sit licitum in gratiam venditoris. 2.
An in gratiam emptoris. 3.
Quo iure licitum. 4.
An transeat ad hæredes. 5.
An redimens teneatur de euictione. 6.
An debeatur noua gabella. 7.
An ius illud possit præscribi. 8.
Cuius sint fructus medij temporis. 9.

De hoc pacto silent omnino veteres prudentes iuris in Digestis, solaque *l.* 2. *C. de pact. inter empt. & vend.* huius pacti meminit. *Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, vt siue ipsi, siue heredes eorum emptori pretium quandocumque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictæ, heres emptoris non paret, vt contractus fides seruetur: actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt.* Quibus verbis Alexand. Imperat. huius contractus qui hodie frequens est, naturam explicat: Nos de huius duntaxat æquitate paucis disputabimus, ne longioribus externi fori quæstionibus diutiùs lectorem vexemus. 1

Pactum igitur retrouenditionis vel exemptionis fit in gratiam venditoris, vel emptoris, vel vtriusque: in gratiam quidem venditoris fit quoties emptor obligatur reuendere venditori rem quam ab ipso emerat, dum venditor id postulabit: in gratiam autem emptoris fit quoties venditor tenetur petente emptore rem venditam redimere, & pretium restituere. Denique fit in fauorem vtriusque, emptoris scilicet & venditoris, quando vterque obligatur contractum rescindere altero postulante. Huic autem pacto tempus aliquando definitum apponitur, aliquando non apponitur. Primum fit variis modis; nam vel res vendita non potest ante certum tempus redimi, vel intra illud spatium emptor tenetur rem reuendere, illo verò elapso ad id cogi nequit: vel res vendita redimi potest in fine, v.g. cuiusque anni, non autem post aliquod anni tempus inchoatum, vel non nisi reliquo certo die aut tempestate.

Pactum retrouenditionis in gratiam venditoris appositum, quo tenetur emptor rem emptam reuendere venditori quoties ille voluerit, vel intra certum aliquod tempus conuentione designatum, licitum est *cap. cum Ioannes, de fide instrumentorum: cap. ille vos, de pignoribus*, & *l.* 2. *C. de pact. inter emptor. & venditor.* quæ aliaque loca congerit Nauar. *cap.* 17. *numer.* 147. vbi hanc sententiam communem esse dicit, & pluribus ostendit

oſtendit Couarru. *libro 3. variar. capite* 8. Molina *diſput.* 376. aliique, quorum plerique probant ex *Leuit.* 25. vbi ſimilis aliqua lex tradi videtur ſed reuerà alia longè eſt ab hoc pacto. Extat conſtitutio Pij V. de redemptione cenſus, quæ pactum iſtud omninò confirmat. Ratio igitur communis ſententiæ eſt, quia nihil aſſignari poteſt in hoc pacto quod eius iniquitatem arguat: cùm neque reuenditio ipſa iniqua ſit, neque pactum de ipſa facienda tale eſſe poſſit, ſi conditiones quas requirunt DD. ſeruentur. Primò vt habeant iſti contrahentes verum animum vendendi & emendi, neque ſimulata venditione tegatur mutuum, atque hoc pacto veluti pallio inuoluatur vſura, quam idcirco palliatam nominant. Neque ſufficit ſola intentio emptoris, debet enim eadem eſſe in venditore, cùm ſit contractus oneroſus, qui non niſi mutuo conſenſu perficitur; ſi tamen ſimularet venditor, ſatis foret emptori, ſi ipſe ex animo emeret. Secundò debet eſſe iuſtum pretium arbitrio prudentis, ſeruatis locorum ſtatutis, & conſuetudine, aliiſque circumſtantiis, & ſpectato onere reuendendi, quod in emptorem reiicitur, ratione cuius res minoris æſtimari debet. Quare oportet vt venditor in pretio deſcedat ſolemni Doctoribus locutione, vt omnes aſſerunt contra Henricum Oita, apud Conrad. *quæſt.* 83. *de contractib.* quia licèt res reuendita eadem ſit quoad ſubſtantiam, vt obiiciebat Henriq. non eſt tamen eadem quoad vtilitates, & quoad dominium, quod legatum manet; quare aliqui dicunt minus valere tertia parte, alij quarta, qua de re conſule Ant. Fab. *de errorib. prag. decade* 10. *errore* 14. Nos id totum prudentis arbitrio iam permiſimus; poteſt tamen venditor aliquando paciſci, vt eodē pretio rem redimat quo empta fuit, quia illud pactum non aliud ſignificat, quàm vt liceat diſſoluere primam venditionem, neque retrouenditio tunc nouus erit contractus, ſed diſſolutio prioris ex vi pacti. Poteſt ſecundò vendi res cum pacto vt venditor rem ſuam poſt aliquod tempus ſine pretio recipiat. Poteſt tertiò paciſci emptor, vt venditor redimat rem venditam ſi velit pretio quo tūc valitura eſt, ac proinde plus ſoluat quàm dederit, ſi tempore reuenditionis cōiectura ſit rem pluris valiturā, vel ſi illam emptor erat aliò delaturus cum maiori lucro, quia non tenetur emptor cōſentire in pactū quo vēditio diſſoluatur, ſed exigere iure poteſt, vt ſi vēditor velit redimere, redimat nouo cōtractu. Deinde etiamſi res non ſit plus valitura quando reuendetur, quia tamen ipſe emit illam cum eo reuēdendi grauamine in fauorē venditoris, poterit plus exigere quā dederit, quia res iſta iam libera onere, plus valet, quàm cùm primùm grauata illo pacto, vendita fuit. Si magni præterea ſumptus in re illa faciēdi eſſent, & exigui fructus percipiendi, iniquū foret obligare emptorem ad reuendendum æquali pretio. Modicum etiam pretium quo venditor obligatur redimere, iniquum eſt, quamuis non vſuratiū, ſi fuerit verus animus vendendi; tunc enim non erit mutuum, oriėturque in venditore qui redimit, obligatio reſtituendi emptori, vehemenſque naſcetur ſuſpicio palliati mutui, & vſuræ, idcircò *in c. ad noſtram, de emptione*, præſumitur vſura, non ex ſolo pacto reuendendi, ſed ex vili pretio & aliis coniecturis, quibus apparet in eo contractu mutuum interueniſſe, de quo loco plurima dabit Couar. *libro* 3. *variar. cap.* 8. *num.* 3. & 4. atque Anton. Faber *decade* 8. *errore* 9. Quartò vt pactum iſtud legitimum ſit, requiritur vt fructus rei emptæ percipiantur ab emptore: ſi enim fuit vera emptio cum traditione, & non mutuum palliatum, dominium neceſſariò tranſlatum fuit in emptorem, qui fructus rei ſuæ colligere ſine dubio debet, obtinebitque iura omnia, quæ diximus *cap. proximo* emptori competere, quod ſapienter monuit Molin. *diſp.* 376. *num.* 10. *tract.* 2. Quintò ſi cum pacto retrouendendi ſimul celebretur locatio rei venditæ cum venditore, quod fieri nihil vetat, attendendum erit vt nullam inde læſionem ſentiat, qualis eſſet, ſi venditor obligaretur ad maiorem penſionem fructuum, quàm poſtulet contractus locationis; ſpectata naturā rei locatæ; aut ſi in conductorem, qui fuit paulò ante venditor, reiiciatur onus aliquod expenſarum, quod ad ipſum emptorem pertinebat, tunc enim ſuſpicio erit mutui & vſuræ.

Cum his omnibus conditionibus licitum quoque eſt pactum redemptionis in fauorem emptoris, quo venditor obligatur rem venditam redimere, quoties voluerit emptor, aut intra certum aliquod tempus. Ita Couar. *lib. 3. variar. cap. 9. num.* 3. Tiraquell. & alios iuris vtriuſque peritos adducens, quibus conſentiunt vulgò Theologi: tunc autem maiori pretio emi res debet, quàm ſecluſo eo pacto; nam onus redimendi, quod venditori imponitur, eſt pretio æſtima'e, vnde non videtur emptorem poſſe paciſci vt venditor rem eodem pretio redimat; quia reuerà res non valet tantùm, quantùm redimitur à venditore iam omni grauamine libera. Ad rem itaque iniquam obligabitur, quod apparet hoc exemplo: Sempronius emit domum à Titio mille aureis æſtimatam, & pro onere redimendi, quod eidem Titio venditori imponit, addit centum ſupra mille: quonam amabò iure Titius cùm domùm redimet dabit centum aureos ſupra mille, cùm reuerà domus valeat tantùm mille, quibus primùm vendita fuerat. Atque de hoc pacto interpretor Emanuelem Sa, dum *verb. empt.* non audet approbare pactum, quo res poſſit redimi vtrolibet volente: ait tamen Leſſ. *lib. 2. c. 21. n.* 118. ſpectato communi hominum vſo, & æſtimatione, poſſe illum contractum excuſari, quia magni æſtimatur diu emptorē carere centum aureis, quos adiicit ſupra iuſtum domus pretium pro onere redimendi, quod imponit vēditori, & quia fortè numquam domus redimetur, intereaque vēditor vtetur ea pecunia. Quæ omnia iſtia eſſe poſſunt, vt venditor redimat eodē pretio quo vendidit, non per nouum contractum, ſed per prioris diſſolutionem, & nudā reſciſſionem. Si denique pactū ſit vt veditor vbi venditio diſplicuerit emptori, redimat maiori pretio, pactum illud iniquum euidenter eſt, & palliatum mutuum, atque vſura: quare *cap. illo vos* 4. *de pignorib.* improbatur contractus illius, qui rem quam emerat viginti tribus libris, volebat redimi poſt aliquot annos à venditore viginti ſex, fructibus in ſortem computatis, quæ poſtrema conditio arguit manifeſtam oppignerationem, aut mutuum; nam fructus emptoris ſunt: quare non debent illi à venditore in ſortem computari.

4 Ex his omnibus ſequitur pactum retrouenditionis & emptionis ſimul licitum & permiſſum eſſe vtroque iure: ſed res tunc minoris vendi debet, quàm per ſe valeat, & pluris quàm ſi cum pacto redimendi in fauorem ſolius venditoris emeretur. Quæ omnia intelliguntur ſepoſito vendentis aut ementis intereſſe. Nam ratione illius poteſt & debebit in quolibet caſu variari pretium.

5 Tranſit porrò ad hæredes hoc pactum & onus ex illo natum, imò Couar. *lib. 3. variar. cap.* 8. *num.* 2. putauit venditori vi huius pacti concedi actionē in rem

rem venditam, vt eam vindicare possit, vbicumque reperit: sapientiùs tamen Less. *cap.* 21. *citat. num.* 12. Molina *disp.* 374. *num.* 9. sequuti plures iuris Doctores relatos à Couarruia, aliosque, qui illis adhæserunt recentiores, concedunt solam actionem in factum & in personam, seu in primum emptorem, vt contractum dissoluat, & rem restituat, si in eius aut successorum dominio perseueret, aut si in alium fuerit translata, ad interesse: neque enim hoc pactum tribuit maius ius, quam simplex venditio; illa autem non tribuit actionem in rem, sed solùm in personam.

6 Emptor tamen à quo venditor rem ab se venditam redimit, non tenetur de euictione, sicut venditor tenebatur, quia licèt sit noua, vt dicemus, *artic. seq.* venditio, est tamen duntaxat prioris dissolutio, per quam res in eodem statu reponitur, ideóque neque debetur noua gabella ratione huius retrouenditionis, aut redemptionis; quod affirmat Molin. *disp.* 374. *sub fin.*

7 Si nullum fuit definitum tempus, quo liceret venditori rem suam redimere, non poterit ius illud præscribi ab emptore. Ita Anton. Gomes. *tom.* 2. *variar. cap.* 2. *numero* 28. & qui plures refert Fachinæ. *libro* 2. *controuer. capit.* 13. Molin. *tract.* 2. *disp.* 374. *num.* 9. Tusc. *verb. præscript. conc.* 31. contra Couar. *lib.* 3. *variar. cap.* 9. Ferdinand. à Castro *de instit. disput.* 5. *punct.* 31. §. 3. *numer.* 2. & alios, quia ex conuentione partium obligatio potest in infinitum extendi *l. si ita stipulatus. D. de fide instrum. l.* 4. *D. de damno infecto*, & *l. quod si nolit. §. si quid ita, D. de ædilit. edict.* vbi expressè habetur quod si conuentum sit inter emptorem & venditorem, vt quandocumque res emptori displiceret, redhiberetur, posse in perpetuum redhiberi. Conditio præterea in contractibus apposita potest quandocumque, & in perpetuum impleri. *l. hæc conditio* 29. *D. de condict. & demonstrat.* Denique quia mala fides non præscribit. Atqui emptor conscius obligationis reuendendi, quam habet, non potest non esse in mala fide. Verùm Couarruuiæ opinionem probat Ius Gallicum, & hanc triginta annorum præscriptionem admittit hoc loco. Itáque à Senatu iudicatum refert Louet. *litt. P. n.* 2. Vide Molin. *de vsur. q.* 17. Rigall. *tract. de præscript. Aruern. pag.* 265. Francisc. Steph. *lib. placit. Parlam. Aquens. decis.* 13. 17. Chopin. *lib.* 3. *de sacra polit. tit.* 6. *n.* 2. & *lib.* 3. *de doman. tit.* 6. *n.* 1.

8 Fructus medij temporis quando venditio dissoluitur per pactum retrouendendi eodem pretio, pertinent ad emptorem; à die verò reuenditionis ad primum venditorem *l.* 2. *C. de pactis inter empt. & vend.* Vide Couar. *lib.* 1. *variar. capit.* 15. *num.* 6. quia toto illo tempore res erat emptoris, ipsique periisset, & venditor pretio fruebatur. Neque patitur æquitas, vt simul & fructus rei venditæ, & pretium eius vnus & idem percipiat. Quare Pragmaticorum errorem esse docet Anton. Faber *decade* 10. *errore* 2. dum volunt diuidendos esse fructus pro rata temporis, quo venditio stetit, vt si venditio tertia anni parte constiterit, tertiam quoque fructuum partem ferat emptor: reliquæ duæ partes ad venditorem pertineant, siue illius anni quo illa retrouenditio facta est, percepti fuerint fructus ab emptore, siue à venditore: hunc errorem pluribus confutat *l. c.* Faber, cùm fructus qui iure soli, non seminis percipiuntur, *l. qui scit* 25. §. 1. *D. de vsur.* nullo iure ad alium pertineant, quàm ad eum qui dominus est, & qui eum eo percipit, iure dominij percipit. Emptor verò ante retrouenditionem plenissimè dominus est fundi sibi venditi, licèt illum retrouendere teneatur: venditor item post retrouenditionem dominus est eiusdem fundi sibi reuenditi; igitur & emptor ante retrouenditionem percipiet fundi illius fructus, & venditor post retrouenditionem, nisi aliud conuentum fuerit.

Quando autem venditio fit variato pretio, quia 9
tunc est nouus quidã contractus, & non solùm prioris dissolutio, fructus pendentes pertinent ad secundum emptorem, qui redimit, propter quos potest etiam augeri pretiũ, vt diximus aliàs de prima venditione, an verò tunc etiam soluenda sit noua gabella, sicut & quando fuit pactũ retrouendendi per quinquennium, sed antequã compleretur prorogatum fuit idem pactum per aliud quinquennium, eò quod in his omnibus censeatur noua venditio, vide Bonac. *disp.* 3. *de restit. q.* 2. *punct.* 7. §. 2. *n.* 7.

ARTICVLVS IV.

Quæstiones Consectariæ.

PLurima quæri solent circa pactum retrouenditionis, quorum tamen aliqua pertinent ad forum externum, nos ex iis quæ de huius pacti natura disputauimus præcipua paucis hoc loco definiemus.

CONSECTARIVM PRIMVM.

Quomodo differat pactum de retrouendendo ab antichresi, lege commissoria, & addictione in diem, & aliis pactis.

ANtichreseos naturam fusiùs explicuimus *in nostro opere de vsuris lib.* 3. *cap.* 8. *art.* 13. *consf.* 1. diximusq; esse contractũ in quo debitor vtitur pecunia creditoris, non omninò quidem gratuita, sed tamen sine vsuris; creditor autem fruitur re sibi obligata à debitore, fructusque illius percipit in locum, & vicem vsurarum, quem contractum negauimus esse locationem, vti malè affirmabat Faber *errore* 5. & 9. *decade* 10. *de errorib. Pragmaticorum*,

ticorum, in cuius Authoris allegatione peccauit librarius in nostro opere, dum illius decadis *capit.* 1. & 9. designauit, cum scribere debuisset *errorem* 5. & 9. vti modò indicauimus. Antichtesim igitur faciunt aliqui similem pacto, quo emptor promittit venditori se, aut quandocumque, sine certi temporis definitione, aut ad certum vsque tempus, & intra id tempus rem emptam reuenditurum; quia eiusmodi pactum retrouenditionis est simulatus quidam cõtractus fœneratitius, maximè si modicum fuerit pretium, in eoque læsus venditor: & reuerà venditor vtitur pecunia emptoris, & in eius vsus compensationem emptor fruitur fundo sibi vendito, vti fit in anticresi; vnde quoque sequitur illicitum esse hoc retrouenditionis pactum, eodem iure quo antichtesim loco citato damnauimus. Verùm ex nuper disputatis liquet in retrouenditione esse veram venditionem, & non simulatam, aut mutuum implicitum, vti contingit in antichresi ex Salmasio, & in vẽditione cum pacto retrouendẽdi emptorẽ verè fieri dominum rei emptæ, cuius proinde fructus iure percipere potest, quod non contingit in antichresi, in qua debitor manet dominus rei quam obligauit, aut fruendam vtendam tradidit suo creditori, qui idcircò ius non habet capiendi fructus illius, eosque in sortem computare debet, aut vsuram committit, cum accipiat quidpiam supra sortem in compensationem vsus ipsius; qua de causa damnauimus tamquam vsurariam antichtesim.

2 Maior difficultas est in distinguenda venditione facta sub pacto retrouenditionis ab ea quæ fit sub pacto commissorio, aut addictionis in diem, maximè si euentum & effectum conuentionis inspiciamus, potius quàm eius verba. Nam in pacto retrouenditionis si intra præstitutum diem pretium à venditore restituatur, perinde receditur ab emptione, & dominium redit ad venditorem, acsi fundus in diem addictus fuisset, & intra diem illam melior allata conditio: & in vtroque casu pretium redditur emptori, non tamen id fit in addictione in diem aliter quàm si melior fuerit allata conditio. Deinde in addictione in diem venditio non tantùm puta perfectaque consensu contrahentium dicitur, sed etiam impleta per traditionem rei venditæ à venditore, & solutionem pretij ab emptore, priusquàm propter allatam meliorem conditionem resoluatur; quia nihil obstat quominus pretium in ipso venditionis exordio soluatur, vti obseruat Papinian, *l. vlt. D. de in diem addict.* Id totum fit in venditione cum pacto de retrouendẽdo: prius enim omninò impletur, quàm resoluatur. Denique qui suã rem vendit sub pacto de retrouendẽdo certa die ad hoc constituta, videtur in diem addicere, aut saltem alienare, non videtur igitur saltem quoad effectum, differre venditio cum addictione in diem, & venditio sob pacto de retrouendendo.

Quod idem dici poterit de venditione sub lege commissoria, si emptor pretium certo die non soluerit, res inempta sit, quia licèt venditio eiusmodi dici nequeat impleta, ad hoc enim requiritur vt venditor rem tradat, eiusque dominium transferat in emptorem, vt emptor pretium soluat venditori, *l. ex empto* 11. *leg. si quis alienam* 46. *D. de action. empt.* nihilominus perfecta fuit ea venditio consensu contrahentium, & pretij conuentione, vti aliàs monnimus, & deinde dissoluitur non soluto pretio die dicta, resque vendita & eius dominium ad venditorem redit, quod idem contingit in venditione sub pacto de retrouendendo dum venditor pretium, acceptũ restituit emptori, aut si nondũ illud accepit accipere recusat, vultque vi pacti initio venditionis initi totam venditionem dissolui.

Sapienter nihilominus Anton. Faber *de errorib. pragmatic. decade* 22. *errore* 1. *numer.* 3. existimauit eas venditiones & conuentiones pluribus differre. 3
In primis verò, quia ex lege commissoria, & pacto addictionis in diem venditio, casu illo posito resoluitur sola vi & potestate pacti initio celebrati; neque noua vlla, aut conuentione, aut traditione opus est, hoc enim eiusmodi conuentionum formula fert: v.g. fundus eo casu inemptus sit, numquam venditus, vti *art.* 1. & 2. explicuimus. Ideóque venditionem pacta ista destruunt potiùs quàm perficiunt, & dominium emptori quæsitum auferunt, nullo tamen eius intercedente facto, vt vides; quia nimirũ venditor rei suæ dominium non alia lege in emptorem transferre voluit. Itaque siue pura, siue conditionalis fuerit eiusmodi venditio, quod aliàs disputauimus, sub conditione tamen resoluitur ipso iure, & posita conditione æquè nulla est, atque si numquã fuisset celebrata, eodémque modo habetur. At verò venditio cum pacto de retrouendendo ita contrahitur, vt non resoluatur sub conditione, & retrouenditio, quam ex priori conuentione fieri oportet, non est duntaxat prioris venditionis resolutio, sed secunda & noua venditio, atque ita prioris venditionis confirmatio quædam; nam hoc pacto id agitur, & intenditur, vt per retrouenditionem dominium rei venditæ, quod à venditione in emptorem translatum fuerat, rursus ab emptore redeat ad venditorem, & emptor sit verus venditor, qui per traditionem rei, cuius dominus factus fuerat, alium eiusdem rei dominum facit, & necessarium est, vt prioris venditionis per quam hic emptor, & modò venditor dominus factus fuerat, potestas maneat; alioquin frustra ageret de transferendo dominio per retrouenditionem, quia ex resoluta aut resoluenda venditione plenum sibi dominium non quæsiuisset. In lege quidem commissoria, & pacto addictionis in diem id agitur, vt dominium quæsitum emptori, redeat ad venditorem, non tamen tanquam ab emptore translatum in venditorem, sed potiùs tanquam nunquam factum emptoris, propter resolutam vi & potestate pacti initi venditionem.

Secundò differunt quia resoluta venditione facta sub pacto commissorio, aut addictionis in diem, dominium ipso iure redit ad venditorem, neque vllo facto, aut retro traditione opus est, *l. vbi autem* 4. *§. sed & Marcellus. D. de in diem addict. l. si fundus* 4. & *l. seq. D. de lege commissor.* cuius rei difficilis videtur esse ratio, quandoquidem certum est in iure dominia traditionibus, non pactionibus transferri *l. traditionib.* 20. *C. de pact.* & cùm traditio facta sit, nulla conuentione fieri potest vt quod factum est pro infecto habeatur. Verùm cùm non omnis traditio dominium transferat, sed ea duntaxat quæ causam, eamque iustam & legitimam habet cuiusmodi est illa quæ fit ex titulo emptionis *l. numquam nulla* 20. *D. de acquir. rer. domin.* hinc fit vt eiusmodi traditio, tamdiu tantùm prodesse possit ad transferendum dominium, quamdiu emptio, quæ illi titulum & causam præbebat, subsistit: vbi enim finitur, & partium conuentione discessum ab illa est, traditio desinit causam habere, neque vnquam habuisse videtur; quandoquidem fundus qui reipsa emptus fuerat, in eam causam & statum deducitur, vt debeat haberi pro inempto ex conuentione facta in ipsa venditione ineunda, eoque tempore, quo contrahentes potuerunt legem, quam voluerunt venditioni dicere. At verò in venditione cum pacto

de

de retrouendendo, necessaria est noua traditio ad transferendum dominium ab emptore in primum venditorem; quia in eo pacto id agitur vt quod iam ego tibi præsto, tu idipsum mihi deinde præstare cogaris, & non tam vt à primo negotio discedatur, quàm vt nouæ quædam obligationes constituantur, inquit Neratius *l. ab emptione 57. D. de pactis*, vbi & addit; *Conuentione quæ pertinet ad resoluendum id quod actum est, perfici non potest, vt quod iam ego tibi præstiti, contra præstare mihi cogaris.* Ratio est quia resolui contractus dicitur, cùm in eum statum res deuenit, vt contractus nullus vnquam initus esse videatur: atque hoc non est me teneri ad præstandum tibi, quod tu mihi priùs præstitisti, sed solùm rem ita se habere, atque si mihi nihil præstitisses, & dum cogor tibi præstare, quod mihi præstitisti, non efficitur, vt nihil mihi prius præstitisse censearis; quod apparet in retrouenditione quæ siue facta, siue facienda sit, non efficit vt prior venditio pro non facta habeatur, sed potiùs & factam esse, & adhuc subsistere, vt possit esse locus retrouenditioni. Quare sicut venditio nuda sine traditione dominium transferre non posset in emptorem, ita neque dominium, quod emptori ea valida, & non finita venditione quæsitum fuit, nequit ab illo ad venditorem redire per nudam retrouenditionem, nisi adsit retrotraditio per quam posterior venditio impleatur sicut prior venditio per priorem traditionem impleta fuit. Denique per pactum de retrouendendo id agitur vt qui nunc est emptor, fiat venditor, non vt desinat fuisse aut esse emptor, & vt venditor fiat vicissim nunc emptor, non vt desinat esse venditor. Nouus igitur contractus celebrandus est, nouaque vel illius traditio facienda.

4 Tertiò venditione resoluta ex pacto legis commissoriæ, vel addictionis in diem, fructus omnes, qui medio tempore ab emptore iure percepti sunt, ab illo restitui venditori oportet, modo nuper explicato *art. 1. & 2.* Solent siquidem fructus tamquam accessiones naturales sequi causam dominij, ideóque ad venditorem recurrere oportet, ad quem dominium fundi venditi ipso iure recurrit, & ex vi pacti adhibiti in venditione, quæ sola dare potuit causam percipiendi fructibus. Vbi autem retrouenditio vi pacti in venditione celebrati facta fuit, emptor non tenetur omnes fructus venditori restituere, vti *superiori art.* fuit explicatum.

5 Quatiò Budæ. in Pandect. annotauit conuentionem de retrouendēdo eam ipsam esse, quam veteres fiduciam appellabant, & quam Boet. *in 4. Topicor.* definit mancipationem ea lege factam alicui, vt remanciparet aliquando remancipare. De fiducia & variis contractibus, qui eo nomine designabantur apud veteres fusiùs diximus *in opere de vsuris, lib. 3. cap. 7. art. 1. à n. 8.* ea Budæo & aliis. Non diffiteor autem eam fiduciam, quam vsurpat Boet. magnam similitudinem cum pacto de retrouendendo habuisse; quidpiam enim ea mancipabatur creditori ea lege, vt si intra diem constitutum pecunia debita solueretur, remancipatio fieret per creditorem debitori, & in ea dominium rei mancipatæ transferebatur in creditorem, & non nisi per contrariam mancipationem redibat ad debitorem; quod totum fieri in retrouenditione demonstrauimus hactenus. In eo tamen discrimen est quod distractis aliquando fiduciis à creditore, debitor habebat contra eum actionem de superfluo, vt scribit Paul. *lib. 2. sent. tit. 13. §. 1.* sicut si pignus contractum fuisset, pluris que venditum à creditore, quàm fuisset illud quod vendeteretur, *l. eleganter 24. §. si vendiderit. D. de pignor. action.* quia fiducia, vel pignus erat, vel contractus ipsi affinis. Qui verò emit cum pacto de retrouendendo intra certum tempus, eo deinde elapso liberam eius vendendi, cui libuerit habet potestatem, & quamuis multò maiore pretio distrahat, nulla tamen actione ob id venditori suo tenetur; quia est verus emptor, nec fuit vnquam creditor: supponimus enim illum specie simulata emptionis non exercere fœnus improbum.

Est alia quædam venditio sub pacto, vt si intra certum diem venditor pretium quod accepit reddiderit emptori, fundus inemptus fiat, *l. si à te 7. C. de pact. inter empt. & vend.* Hoc pactum differt à lege commissoria, quia hæc lex fertur in casum in quo pretium venditionis non fuerit die constituta solutum ab emptore: hoc autem ponimus solutum pretium, sed à venditore reddendum intra certum diem, hoc enim posito resoluitur omninò venditio, & fundus fit inemptus, qua ex causa differt quoque à pacto de retrouendendo, in quo & noua venditione & noua traditione opus est vt dominium rei venditæ, quod emptori ex causa venditionis, secutæque traditionis quæsitum fuerat, redeat ad venditorem. Quæ omnia necessaria non sunt in pacto de quo agimus, cuius vi ac potestate resolutitur ipso iure emptio, & fundus fit inemptus. Quo ex capite magnam cum pacto commissorio communionem habet, vnde & fructus ab emptore percepti restituendi erunt venditori, cùm implicet fundum fieri inemptum, & tamen eius fructus ab emptore perceptos emptionis iure retineri; neque aliud ius quo retineat assignari possit. Vide Anton. Fab. *decade 22. error. 2.* pluribus de hac fructuum restitutione disputantem *à n. 4.* 6

Consectarium II.

An ex pacto de retrouendendo cogi possit emptor præcisè vt rem emptam retrouendat & tradat, an ad id solùm quod interfuerit venditoris.

Ratio dubitandi est quia diximus cap. superiori, non liberari venditorem afferentem id omne quod interest emptoris si rem ipsam venditam tradere possit, sed ad illam tradendam præcisè teneri, quare cùm retrouenditio sit secunda quædam venditio, equè videtur cogendum esse hunc emptorem ad retrouendendum atque primus venditor ad tradendum, præterquam quod fauorabilior est causa eius, qui disputat de re quæ aliquādo sua fuit, redhibenda, & recuperanda, quàm eius qui rem alienam à se tunc primùm emptam persequitur: atque ita censet pluribus additis Fachinæ. *lib. 2. contro. cap. 8.* Ferdinand. à Castro *de iustitia disp. 5. punct. 31. §. 2.* 1

Dicendum nihilominus est emptorem cum pacto de retrouendendo teneri duntaxat ad quanti interest venditoris ob non seruatam venditionis, & contractus legem, non verò ad reipsa & præcisè retrouendendum. Ita Anton. Faber *de erroribus pragmaticor. decade 22. errore 4. n. 3.* & alij adducti à Tiraquello *de retract. conuention. §. 1. glossa 7. numero 60.* probat ex differentia pacti de retrouendendo, & ipsiusmet venditionis: plurimum siquidem differt an quis vendiderit, an verò pactus duntaxat sit de vendendo: nam venditio 2

ditio perficitur quidē nudo consensu,sicut & pactū nudum,sed venditionis consensum præsentem esse oportet, & de negotio statim perficiendo, non in aliud tempus conferendo, hoc est, necesse est venditorem præsenti tempore vendere, & emptorem emere, non promittere se venditurum, aut empturum. Itaque venditio solo consensu ita perfecta est, vt ex ea agi possit aduersùs venditorem præcisè vt rem tradat, nec liberari si quanti interest emptoris, præstare malit. Neque enim patitur bona fides, vt perfecto contractu, sit in potestate alterutrius contrahentium non implere contractum, quem implere commodè potest. Non impletur autem venditio nisi secuta traditione, per quam non modò possessio, sed etiam dominium rei venditæ, quod hactenus apud venditorem fuit, transferatur in emptorem. Igitur venditor obligatur vi perfectę venditionis ad illius impletionem per rei venditæ traditionem, ad quam non obligaretur si nondum perfecta fuisset venditio, sed solùm ad perficiendam venditionem, si pactum de illa facienda fuisset initum. Ideò si venditio fuisset conditionalis, conditione quę ex alterutrius contrahentium voluntate penderet, non posset ex ea venditione, licet communi consensu perfecta, ad id agi, vt conditio impleretur; quia venditionis conditionem prius impletam esse oportet, quàm ex ea possit agi. Denique ex conditionali venditione agi non potest, vt cōditio impleatur *l. cùm ab eo* 41. *D. de contrah. empt.* atqui eùm quis ex pacto obligatur vt vendat, aut retrouendat, non modò non est impleta venditio, sed neque inchoata: ex ea igitur nondū obligari potest, sed ex pacto nudo, ex quo nisi interueniat stipulatio, nequit agi: illa verò accedente agetur ex pacto & promissione de vendendo, vt res vendatur, & consequenter tradatur, non tamen ex eiusmodi actione cogetur promissor rem præcisè tradere, quam nondum vendidit, aut vendere, si nolit, cùm venditio sit facti, & nemo præcisè cogi possit ad factum, quia id fieri non posset sine vi & impressione, quam semper exosam habuerunt leges, vnde id iure ciuili compatatum est; vt in omnibus faciendi obligationibus, si non fiat id quod promissum est, in locum facti succedat obligatio eius quod interest *l si quis ab alio* 13. §. *vlt. D. de re iudic.* Alia igitur obligatio est eius qui iam vendidit, & eius qui duntaxat promisit venditurum: ille enim obligatur ex contractu perfecto, eoque bonæ fidei, quæ non patitur vt in eius arbitrio sit illum non implere si possit, ad idque præcisè cogi possit, non quidem per vim & meram coactionem ad tradendam rem venditam, sed quia non liberatur præstatione eius quod interest emptoris, debeatque præterea dolus eius æstimari, non quidem per iusiurandum in litem, sed officio Iudicis. Quæ omnia diximus nuper disputantes de obligationibus venditoris. At verò qui promisit se venditurum, ex nullo contractu obligatur, sed solùm ex nudo pacto, vel ex stipulatione si interuenerit; quare cogi non poterit nisi ad id quod interest promissarij: non debebit dolus autem æstimari, cùm nulla esset obligatio, cuius præstatio ex bona fide debeat æstimari.

3 Dices aliud esse pactum de vendendo, siue nudū illud sit, siue stipulatione vestitum, quod inutile & inefficax esse fatemur ad cogendum præcisè promissorem, vt vendat & tradat: aliud verò pactum de retrouendendo celebratum in ipsa venditione, quod reuerà nudum non est, sed venditione, cui accessit vestitum; imò quædam illius contractus pars: quis enim dixerit ad agendum ex eiusmodi pacto necessariam esse stipulationem, nisi ex interuallo fortassis fuerit adiectum, quo casu videbitur non inesse contractui, *l. iuris gentium* 7. §. *quinimò. D. de pactis.* Denique iniquum omninò videtur venditorem, qui non nisi hac lege rem suam venditurus erat, priuari commodo suæ conuentionis, & compelli pro re sua pecuniam accipere, quæ noua quædam venditio esse videretur, *l. non enim* 9. *D. rerum amotar.* Denique certum est omnes pactionex quas quis in rei suæ alienatione facit, valere *l. vlt. C. de rerum permutat.* etiam illas quæ alioquin valituræ non essent; quia creditur venditorem non aliter fundum suum alienaturum fuisse, *l. ei fundo* 19. *Digest. de seruitut. leg. venditor* 13. *Digest. comm. prædior.*

Resp. ex his omnibus id tantùm effici, vt ex eo pacto, nulla etiam accedente stipulatione possit agi, inde tamen non sequitur, vt qui ita promisit se retrouenditurum, præcisè ad retrouendendū compellatur: sicut neque ad id compelleretur, si extra contractum venditionis, etiam per stipulationem idem promisisset. Ex eo igitur pacto in venditione adhibito ad id quod interest condemnetur, si nolit pactum seruare, & retrouendere: in eo autem quod interest continebuntur fructus, quos si retrouenditio facta fuisset, venditor pro suo iure percepisset. Hinc fit, vt cùm venditor in nostro casu non habeat nisi actionem personalem, eamque non ad id præcisè vt res retrouendatur, sed ad id tantùm, vt vel contractus fides impleatur, vel ob eam non impleram præstetur id quod interest, nullum etiam priuilegium habeat inter cæteros creditores, quibus præferatur; quod pluribus ostendit Anton. Fab. *decade* 22. *errore* 8.

Consectarium III.

An emptio rei sub pacto de retrouendendo sit acquisitio irreuocabilis.

Negant passim Pragmatici rem sub eo pacto emptam, irreuocabiliter acquisitam esse emptori nisi elapso tempore intra quod peti poterat retrouenditio.

Hunc tamen errorem impugnat Anton. Faber *decade* 22. *error.* 7. Primò quia iam docuimus, eum qui obligatus est ad retrouendendum non cogi præcisè vt retrouendat, sed liberari præstatione eius quod interest, habita ratione fructuum post moram perceptorum. Cùm igitur in potestate emptoris sit, vt non retrouendat, quamuis obligatus maneat ad præstandum quanti venditoris intersit ob non factam retrouenditionem, poterit dominium rei emptæ sibi retinere, neque illud abijcere cogitur vi prioris emptionis.

Secundò non habet hoc casu venditor nisi actionem personalem aduersùs emptorem, siue actio illa sit ex vendito, siue præscriptis verbis, atqui certissimi iuris est in actionibus personalibus, non de iure dominij, sed de obligatione tantùm personali disputari, & illas non pertinere ad causam repetendi dominij, nisi condictione agatur.

Tertiò demus hunc emptorem obligari præcisè ad retrouendendum, necessaria tamen erit, vti *articulo superiori*, atque hoc ipso *consect.* 2. diximus, retrouenditio, & vnà cum illa retrotraditio ad dominium rei illius cum eo pacto transferendum ad venditorem. Erit itaque noua alienatio ab emptore in venditorem, aliud igitur dominium est, quod

quod transfertur modò ab emptore ad venditorem, ab eo, quod fuerat à venditore translatum in emptorem, & non idem. Nam aliud longè est esse eiusdem rei dominium, & aliud idem esse dominiũ, quod constat ex conditionibus per quas repetimus dominium eius rei, quæ aliquando nostra fuit, id enim solùm contingit in vindicarione, sed repetimus dominium quod nunc est possessoris. Quare vulgò dicitur neminem rem suam condicere, nisi à iure *l. vlt. D. de vsufruct. quemad. cau.* & §. *sic itaque. instit. de actionib.* Si igitur aliud est dominium quod per retrouenditionem, & retrotraditionem redit ab emptore ad venditorem, ab eo quod per primam venditionem, & traditionem fuerat à venditore translatum in emptorem, necessariò sequitur ex prima venditione dominium emptori fuisse irreuocabiliter acquisitum: alioquin non esset opus noua alienatione, sicuti opus non est cùm per legem commissoriam fundus fit inemptus, quodque contingit in aliis conuentionibus legi commissoriæ similibus: in iis enim non fuit irreuocabiliter acquisitum dominium emptori, quia sola vi & iure conuentionis ex emptore fit non emptor, neque redit dominium ab emptore ad venditorem apud quem perpetuò mansisse intelligitur, vt aliàs fuit à nobis explicatum. Denique aliud est irreuocabiliter acquiri dominium, aliud inalienabiliter: primum concedimus in pacto de retrouendendo, non secundum, quia res sic empta, potest aliquando alienari, imò & debet saltem disiunctiuè, vt vel alienetur venditori, vel eius quod interierit illius ob factam eiusmodi alienationem præstetur ab emptore. Sic aliud est reuocari dominium rei venditæ, aliud recuperari. Reuocationis effectus est, vt nusquam translatum fuisse videatur dominium quod reuocatur, quod verò recuperatur, nostrum aliquando fuit, sed esse desierat, & in alterum translatum fuerat. Ex quibus omnibus vides subtiliorem istam disputationem magna ex parte esse de vocibus & modo loquendi.

Alia Consectaria.

De pacto retrouendendi non in ipso venditionis contractu aut incontinenti, sed deinde ex interuallo adhibito, de actione ea hoc pacto aduersus tertium possessorem, de eo qui promisit facere pactum de retrouendendo, ad idque se obligare, nec fecit; de emptore ad retrouendendum obligato, qui rem ipsam restituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit; de vsufructu debito ei qui proprietatem emptam sub pacto de retrouendendo posteà retrouendit; de hypotheca rei venditæ sub pacto de retrouẽdẽdo, ne in alium quàm venditorem alienari possit; de locatione facta per eum qui emit sub pacto de retrouendendo, de prorogando per supremum Principem tempore intra quod ex conuentione retrouendi non debuit; de prorogando tempore per curatorem aut tutorem conditionis, sub qua emptor promisit retrouenditionem, aliæque eiusmodi quæstiones forenses omninò sunt, de quibus & similibus erudiè disputat Anton. Faber *decade* 21. 23. 24. & 25. variis locis, quem consulas velim; quædam etiam dabit Ferdin. à Castro *citata nuper disp. 5. punct.* 31.

ARTICVLVS V.

De monopoliis & aliis fallaciis.

Monopolium est venundandę certę mercis alicuius ius, & potestas, quam vnus certiuę homines sibi vindicant, vel rescripto Principis sub onere vectigalis, vel mutua conspiratione, quod ipsa Græcæ vocis origo indicat ἀπὸ τοῦ μόνου καὶ πωλεῖσθαι: μονοπῶλαι dicuntur ij, qui soli quidpiam vendunt, & qui monopolij ius impetrarunt. Aristotel. *1. politicor.* dixit, μονοπωλίαν τῶν ὠνίων ποιεῖν. Erat etiam μονοπώλιον apud Hiperidem circus, editiorve locus in quo vænum exponebantur mancipia. Hæc porrò vox Latio donata deinde fuit, quamuis Tiberius apud Sueton. *cap.* 71. in Senatu monopolium nominaturus, veniam postularit, quod sibi verbo peregrino vtendum esset. Hoc commercium iniquum ferè habitum fuit, de eoque sæpius in Senatu actum, vt in Tiberio *cap.* 31. testatur Sueton. & Plin. *lib.* 8. *cap.* 37. extatque titul. *in Cod. de monopoliis.* 1

Erat autem duplex illius genus, aliqui enim sibi solia ius illud certæ mercis vendendæ Principis authoritate sumebant, alij illicitis inter se conuentionibus idem sibi perfidè tribuebant; quare explicandum nobis est, quid fraudis & iniquitatis in hoc mercimonij genere contineatur, & an aliquod labis expers reperiri possit: neque enim quod aliqui procurarint aut obtinuerint vt ipsi soli genus aliquod mercium vendant aut emant, vel non nisi certo pretio, aut certo tempore, semper pugnat cum iustitia, aut obligat ad restitutionem, si desint fraudes & mendacia quibus ad emendum aut vendendum inducunt cum emptorum aut venditorum damno.

Fit igitur primò monopolium priuilegio & authoritate Principis, qui vni alicui soli concedit certum aliquod genus mercis vendere, & emere, quod monopolium damnanit Soto *lib. 6. de iustit. quæst.* 3. *art.* 3. Sa *verb. venditio, numer.* 19. vbi illicitum putat vendere ius hospitandi cum priuilegio, ne reliqui hospitentur. Medina. *lib. 1. sum. cpit.* 14. §. 25. *regul.* 5. Caietan. 2. 2. *quæst.* 77. & *in sum. verb. emptio.* Sylu. *verb. eod. quæst.* 18. quia id priuilegium nocet aliis qui vendere possent, nocetque quoque ipsis emptoribus, qui multiplicatis venditoribus mercis illius, viliori multò pretio ipsam emerent. Idcircò sapienter Zeno Imperator *l. vnic. C. de monopol.* prohibet ne quis, obtento licèt principali rescripto menopolium eiusmodi exerceat in venditione vestis, piscis, pectinum, echini, vel cuiuslibet alterius ad victum, vel ad quemcumque vsum pertinentis speciei, vel cuiuslibet materiæ. Pectinum nomine intelligit eo loco Cuiacius pectines, quibus vnium vel deducuntur capilli; alij piscis genus de quo Horat. *lib. 2. serm.* 4. *Pectinibus patulis iactat se molle Tarentum.* Patulos vocat, quia constant 2

duabus

duabus testis strictis ac spissis; quæ superiore parte strictiores, inde in orbem dilatantur. Iuniores pectunculos vocabant, quamquam & hos specie à pectinibus distingui nonnulli voluere. *Echini*, Basilica habent ἐχῖνοι: Cuiac. videtur legisse *herinaces*, quorum cute vestes poliri notat, & in iis fraudem & monopolium magnum lucrum inuenisse scribit Plini. *lib.8. cap.37.* nempe quòd panni fullonis spinis, non echinorum aculeis polirentur, quòd herinaceorum corio vel putri, vel non sat diligenter id fieret, quòd ditiores mercatores ea sibi coria coëmerent, & foro intercepto apud se haberent, nec paterentur tenuiores in vsum commodumque suum emere. Harum igitur aliarumque rerum monopolia tanquam illicita commercia prohibuit Zeno, & qui ea exercerent grauibus pœnis damnauit.

3 Hoc nihilominus monopolium ex priuilegio siue rescripto Principis exerceri nonnunquam sine culpa posse concendunt passim grauissimi Doctores, quia contingere potest grauis & iusta causa, etiam ratione boni communis propter quod Princeps eiusmodi quidpiam priuilegium alicui, vel certo hominum generi faciat: v.g. si non sint qui absque eo priuilegio aliquod mercium genus, vel non ea saltem copia quæ tunc temporis Reipublicæ necessaria est, suppeditare velint, aut possint. Sic Typographis conceditur, ne alij librum quem excudunt ipsi excudere, aut aliis cusum typis vendere possint; alioquin nullus typis mandare libros cum graui damni sui periculo vellet. Deinde si quis autem aliquam reipublicæ commodam & vtilem excogitauit, in industriæ suæ præmium iure impetrabit à Principe, ne quis alius eiusmodi artem intra certum aliquod tempus exercere valeat, eoque præmio hominum acuitur industria magno publicæ rei commodo. Denique Princeps qui id priuilegium concedit alicui sub aliquo vectigali, id facere potest quoties posset simile aliquod tributum imponere: tunc enim ab vno solo illud colligir, minore sine dubio communitatis damno: quare tunc huius priuilegij æquitas eodem modo diiudicanda est, quo cæterorum tributorum iustitia, videndúmque erit vtrum damnum quod ex eiusmodi priuilegio cæteri patiuntur, minus sit bono quod inde in totam communitatem redundat, quæ simili, aut grauiori tributo, quod alinqoin imponendum erat, liberatur. Præterea taxandum ferè erit iustum pretium eiusmodi mercis, aut rei, cuius vni alicui commercium permittitur, & cæteris prohibetur, ne isti in infinitum & pro arbitrio pretium augeant, quod faciendum maximè erit in iis quæ ad victum & communem vitæ vsum necessaria sunt. In cæteris enim, quæ ad solam voluptatem & luxum pertinent, & exotica sunt, atque ex exteris difficilisque regionibus magnis sumptibus & laboribus importantur, æstimatio relinqui poterit vendentium, ementiumque arbitrio. Quod si omnibus consideratis, & rerum momentis expensis, eiusmodi aliqua concessio videatur iniqua, fiatque iniuria cæteris siue vendentibus, siue ementibus: qui hæc priuilegia impetrant, tenentur ad restitutionem, quia sunt prima & præcipua, atque iniusta causa grauis damni cæteris illati: in istorum verò defectum obligantur illi qui tale priuilegium concesserunt. Quæ omnia magno consensu docuit Med. *de restit. q.30. ad fin.* Nauar. *cap.23. n.92.* Ban. 2.2. q.77. art.1. dub.1. Lessi. *de iust. lib.2. cap.21. dub.20. n.148.* Molin. *tract.2. disp.345.* Solon. *tract. de monopoliis.* Petrus Nauar. *lib.8. de restitut. cap.2. dub.9.* Layman *lib.3. tract.4. cap.17. sub. fin.* Lugo *de iust. disp.26. n.17.* Ferdinand. à Castro *de iustit. disp.5. punct.34. n.2.* & alij, quos adducit & sequitur Salas *de emptione dub. 38.* fuitque quondam apud florentissimas Ciuitates is vsus, cùm pecuniis indigerent, teste Aristotel. *lib.1. politicor. cap.11.* Hinc & illud à pluribus Dynastis in Gallia vsurpatum, vt certos anni menses habeant quibus ij soli vinum suum distrahant, cæteris omnibus popularibus interdicto toto eo tempore absque eorum facultate vini commercio: vt ipsi primi vindemiam faciant, & ne quis audeat prius vindemiam legere. Sunt & alia priuilegia quæ bannalia dicunt, de quibus adi Cbopin. *lib.1. de consuetud. And. tit.4. cap.45.* & *de Parisf. morib. lib.1. tit.4.* Bacquet. *de iurib. iustitia cap.26.* Cui iuri fauet *l. Cæsar*, siue vt legendum esse censet Forner. *lib.1. selection. iur. cap.2. l. censor 15. D. de publican. censor.* ait, *cùm Insula Creta cotorias locaret, legem ita dixerat, ne quis præter redemptorem post Idus Martias cotem ex insula Creta fodito, neue auellito.* Licebat igitur solis redemptoribus toto eo tempore fodere cotes, eximere, & auellere. Eodem modo quidam Gallici Dynastæ per leges municipales ius soli habent vina sua vendendi; priuati verò interim simili venditione abstinent. Simile quoddam ius concessum fuisse mercatoribus Appuliæ, & Calabriæ sub pensione siliquatici scribit Cassiodor. *lib.1. ep.26. & 30.* Polydor. Virgil. *lib.22. histor. Angl.* eiusdem vsus meminit, omnis inquit populus per artificum collegia diuiditur: exempli gratia Lanifici emunt à Rege priuilegium quo sibi liceat inter se societatem inire, suum habere collegium, suas condere leges, quibus monopolia instituant, pretium panno laneo constituant, prohibeantque ne alij in vrbe vendant, &c. Aduersus eiusmodi ἑταιρίας vt vocat Budæus, agit edictum Regium anni 1539. art. penult. Eò trahunt aliqui quod de fratriis, quas coniurationes & conspirationes vocat, & damnat Concil. Chalcedon. dicitur, vt refertur à Gratian. *Can.21. 11. q.1.* sicut & Concil. Constant. *cap.34.* Concil. Vormat. *cap.74.* sed omninò parum appositè; illæ enim φρατρίαι erant reuera Clericorum aduersùs suos Prælatos conspirationes, quæ meritò damnantur, non verò mercatorum, aut aliorum coitiones ad instituenda monopolia. Vide Ioann. Sauaronum in erudito opere de tuendis confratriis artificum, & mercatorum, vbi tamen quæ in illis aliquando peccantur castigat *cap.11. & cap.16.* Atque hactenus de eo genere monopolij, quod fit Principis priuilegio, siue gratis concesso, siue sub onere certi vectigalis, quod tamen Zeno prohibuerat propter fraudum pericula.

Secundò monopolium fit coitione mercatorum aliorumue qui inter se conspirant & paciscuntur, vt *species diuersorum corporum negotiationis, non minoris quàm inter se statuerint venundentur*, inquit Zeno in sua constitutione, quæ damnat eiusmodi conspirationem tanquam in populi perniciem factam. Et sanè eiusmodi homines, qui suis artibus annonam attentant, onerant, vexant, & flagellant, pluribus sacri & prophani scriptores insectantur. Vide Nazianz. *in funebri oratione Basilij Magni*, & *in oratione ad patrem.* Sufficiat Salomonis sapientissimi Regis authoritas ὁ συνέχων σῖτον δημοκατάρατος, populo detestabilis est, qui supprimit annonam. Huic mercatorum conuentioni addit Zeno alias artificum, fabrorum, officinatorum, & ergolaborum, id est redemptorum 4

qui

qui opus conducunt faciendum, & balneatorum illicitas pactiones, putà ne quis opus quod alter inchoauerat, absoluat, de quibus etiam est *l.12.§. vlt. D. de ædific. priuat.*

Hoc omne monopolij genus plectit quidem Zeno, vt pote fraudibus obnoxium; verùm quæritur vtrum vbi fraudes omnes absunt, & pretium, quod inita conspiratione merci definiunt, & nolunt minori vendere, iustum in se est, quamuis rigidum; & sanè illo mercem vendere, seclusa ea conspiratione fas esset; an inquam monopolium istud licitum sit, an verò damnandum; si enim pretium definitum excedetet summum, dubitari nequit quin in ea venditione committatur iniustitia cum obligatione ad restitutionem: quare loquimur duntaxat de pretio, quod intra latitudinem iusti continetur; & quidem in hoc casu peccari grauiter contra charitatem, eaque de causa grauibus pœnis puniri à Republica ex citatâ constitutione Zenonis, non tamen contra iustitiam docent Molin. *tract. 2. disp. 345.* Less. *lib. 2. cap. 21. numer.* 147. Bann. 2.2. *quæst.* 77. *art. 1. dub.* 1. Aragon. *ibid. art* 4. *difficult.* 1. quia non est contra iustitiam petere ab aliquo sine vi; aut metu vt rem suam vendat rigido pretio, aut ne emat nisi infimo: in isto verò cõmercio aliquid contra charitatẽ committi quis suspicetur? Cur igitur non poterunt illæsa iustitia conspirare venditores, vt non vendant nisi summo pretio, aut ne emant nisi infimo, iusto tamen; atque ita in subhastationibus & auctionibus publicis licebit tibi rogare alium, ne licitetur, vt ipse rem obtineas infimo pretio. Et sanè in omnibus istis casibus emptores aut venditores non habent ius, vt à suasionibus istis desistas, sed solùm ne vi aut fraude compellas aliũ minoris emere, aut maioris vendere: quam igitur iniustitiam committunt mercatores, si ea conspiratione sibi innicem suadeant, vt non nisi tali pretio vendant, aut emant: quandoquidem iustum est illud pretium, & seclusa omni conspiratione possent ex ipso rem eiusmodi vendere, vel emere. Non debet pottò huius definiti pretij æquitas sumi ab ipsa conspiratione mercatorum, sed illud censeri tale debet, quod ea seclusa conspiratione, tale censeretur: siue non debet desumi ab statu per monopolium introducto, sed ab eo quem haberet, si monopolium non esset. Fatemur quidem ex copia aut raritate mercatorum variari pretium, vti diximus aliàs, quæ mercatorum raritas maior omninò est ratione monopolij; ea tamen raritas in nostro casu non erit attendenda in definiendo pretio, quia illa inducta est per eos qui pretium definiunt, & eam ob causam monopolium induxerunt, vt crescente mercatorum raritate, pretium ipsi possent augere. Ita igitur constituta pretij, quamuis summi, æquitate non violari hoc monopolio iustitiam, sed solam charitatem contendit ista sententia. Nihilominus ex hoc casu committi iniustitiam docent Conrad. *de contract. quæst.* 65. Valent. 2.2. *disp.* 5. *quæst.* 20. *punct.* 2. §. 1. *vers. ex iis.* Rebell. *lib.* 9. *quæst.* 7. *numer.* 6. Sotus *libro* 6. *de iust. q.* 2. *art.* 3. Nauar. *cap.* 23. *num.* 92. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *capit.* 17. *circa fin.* Ferdinand. à Castro *de iust. disp* 5. *punct.* 34. *numer.* 4. & qui alios dabit Salas *de emption. dub.* 18. quod probant ex Zenonis constitutione, qui tale monopolium grauibus pœnis damnat. Verùm præterquam quod ea constitutio non vbique obligat, nihil illâ continetur ex quo necessariò colligatur peccari contra iustitiam; nam potuit peccatum contra charitatem, aliámue quampiam virtutem sua constitutione Zeno damnare. Probant itaque alij, quia coguntur ciues summo pretio emere, cum possent medio vel infimo; atqui ius habent ciues ne cogantur mediis illicitis, cuiusmodi est illa conuentio, maiori pretio emere, quàm essent empturi. Hæc ratio petit principium; quatenus enim an hæc conuentio sit illicita & contra iustitiam, si non definiatur pretium nisi iustum, quamuis summum; quod enim quis in aliqua circumstantia cogatur quidpiam emere maiori pretio, quàm esset empturus, non patitur iniuriam, si pretium sit iustum: liberum enim ipsi est emere, aut non emere: quod si omninò egeat ea re quam non potest obtinere nisi summo pretio; propterea non patitur iniuriam: quid enim si mercator nulla prorsus habita cum aliis conspiratione, nolit suam mercem nisi eo summo, sed iusto pretio distrahere: an facit iniuriam ementibus, & an illis obligabitur ad restitutionem. Quod verò cum aliis conspirauerit, & singuli pacti sint se non nisi tali iusto pretio mercem distracturos, non violant sua conspiratione iustitiam: sicut enim non possunt emptores cogere venditorem, vt vendat medio aut infimo pretio, ita non possunt conqueri quod de summo pretio iusto nihil detrahere velit: neque conspiratio plurium in rem, aut opus aliquod, iniusta dici potest, nisi illa res in quam conspiratur, iniusta sit, qualis non est venditio mercis summo & rigoroso pretio, sed iusto: quod verò addunt isti DD. durante eiusmodi monopolio pretium medium & infimum illarum mercium cessare, & superesse solùm rigorosum ex vendentium voluntate, falsum est, quia minus illud pretium non cessat, sed vendentes nolunt illo distrahere, sed maiori, iusto tamen, neque ad acceptanda minora pretia tenentur, esto sint etia illa pretia à Republica definita, quod falsò supponunt isti DD. non tamen sua illa determinatione Respublica venditores obligauit vendere pretio infimo, vel medio, & non rigoroso, sed duntaxat ne summum illud pretium à se definitum excedere possent absque iniustitia. Quare si summum pretium non excedant mercatores, neque aduersùs Rempublicam, neque aduersùs Ciues peccant peccato iniustitiæ, quamuis nihil de summo pretio detrahere velint, etiam conspiratione facta, vti ostendimus. Placet nihilominus quod isti authores dicunt licere conspirare emptoribus, ne vllus emat nisi pretio vel medio, vel infimo, non quidem ad redimendum iniustam vexationem, vt ipsi dicunt, talem enim nullam patiuntur; sed quia licet illis emere quocumque pretio modò iustum sit, & vnum certum intra latitudinem æquitatis eligere, ad illudque sponte se obligare etiam commutatione facta: nulli enim tunc faciunt iniuriam; quia nullos habet ius cogendi ad emendum summo pretio, licèt habeat ius non vendendi nisi summo, eoque iusto, & nullam tone mihi faciat iniuriam: sicut neque ego illi facio, dum nolo emere nisi infimo, quare in hoc monopolio non violari iustitiam, sed solam charitatem existimarim cum priori sententia.

Grauis nihilominus restate videtur difficultas, quia culpa contra charitatem, quam passim omnes in hoc monopolio reperiri fatentur, vel nulla est, vel non apparet nisi admodum leuis, quandoquidem nullus tenetur abstinere à lucro, alioquin nunquam liceret vendere pretio summo, quandoquidem inde damnum patitur aliquod emptor, qui potuisset, & voluisset emere viliori pretio. Cur igitur peccabunt etiam leuiter mercatores, qui inter se conspirant non vendere nisi summo pretio, nulla tamen adhibita vi aut fraudibus, sed vt lucrum aliàs licitum

licitum percipiant, quod enim inde iacturam faciant emptores, qui viliùs emissent, ea iactura non illis iniustè causetur, vt ostendebam in vendente suam mercem summo pretio iusto ad maius lucrum comparandum. Sanè si absque monopolio & conspiratione singuli nollent vendere suas merces, nisi summo pretio, nullus peccaret contra charitatem, vt iam monui & fatentur aduersarij, & tamen emptores idem omninò damnum paterentur. Cur igitur in hanc conspirationem peccabitur contra charitatem peccato saltem grauiori, & mortali.

Respond. nihilominus non esse discedendum à communiori sententia, quæ grauiter lædi charitatem eo monopolio, & coniuratione existimat: nam & graues pœnæ quæ huic culpæ infliguntur, illam grauem quoque esse supponunt. Ratio etiam perspicua videtur, quia licèt charitas non te obliget ad benefaciendum aliis quocúque casu, maximè cú iactura iusti lucri, quod facere potes; obligat te nihilominus ne tuis cósiliis, aut suasionibus impedias quépiam, ne aliis benefaciat: quamuis enim neque ille tunc benefacere teneatur, neque alius habeat ius exigendi ab ipso tale beneficium, ideóque non pecces contra iustitiam dissuadendo eiusmodi beneficium, postulat tamen charitas ne beneficam alterius aduersùs alios voluntatem impedias, & ne sis liberalis dissuadeas: neque enim v. g. obligaris ex charitate dare eleemosynam cuilibet obuio pauperi, & non nisi in graui necessitate: obligat nihilominus te charitas, ne aliis communes eleemosynas facere dissuadeas, aut prohibeas: quis enim amabò non damnaret illum, qui vt suum frumentum cariùs venderet, intra latitudinem tamen iusti pretij, dissuaderet diuitibus ne pauperes ex suo frumento, aut pane alerent, vt crescente inopia suum ipse distraheret maiori pretio, & quamuis neque vim, neque fraudem adhibeat, neque iustitiam violet, grauiter tamen lædet charitatem. Castitas quidem non obligat ad virginitatem aut cœlibatum, obligat tamen ne aliis virginitatem aut cœlibatum seruare volentibus dissuadeas, nisi graues causæ, vti contingere potest, ipsos ad coniugium obligarent: quod non contingeret si quis concionator palam in vniuersum frequenti concione virginitatem & cœlibatum dissuaderet, quamuis non damnaret; imò & laudibus extolleret. Quamuis igitur charitas non te obliget ad remittendum aliquid de pretio summo tuæ rei, obligat tamen ne aliis remittere volentibus id dissuadeas, & cures vt summo rigore vtantur. Vnde vides aliud longe esse quod singuli nulla facta conspiratione summum pretium rigore summo teneant, aliud quod inter se ad id faciendum conueniant. Primo modo non violatur charitas, quia tunc non obligat vt quis de iusto pretio remittat, secundo modo violatur, quia sibi inuicem persuadent mercatores, vt summo iure & rigore vtantur, & ne quis alteri quidpiam remittat, quæ persuasio sine dubio pugnat cum charitate.

6 De conspiratione inter emptores, ne quis supra infimum pretium emat, modo dicendum esset, se quia hæc conspiratio solet maximè fieri in licitationibus publicis, de his dicetur inferius. Intereà adi Dian. 1. *part. tract.* 1. *de contract. resolut.* 76.

Contingit tertiò monopolium cùm vnus, aut plures merces omnes alicuius generis emunt, dum earum copia est, vt deinde vrgente inopia cariùs emant. Sic annonam vini & frumenti coarcertuant, & premunt. Hoc monopolium, si deinde currenti & iusto pretio licèt summo, modo nuper explicato, vendant neque alios ab iis coëmendis dum ipsi emunt impediant, licitum est, & non peccant, vt inquit Molina *disput.* 355. & alij. Si verò inducant caritatem, pretia rerum supra æquum augeant propter caritatem, quam ipsimet flagellando annonam inuexerunt, si impediant alios ne suo tempore necessaria sibi comparent, peccant & possunt in pœnam priuari illis mercibus, aut cogi ad eas vendendas pretio currenti. Censent autem Molin. & Less. non violari iustitiam, quia emunt pretio currenti, neque illi tunc faciunt iniuriam, neque obligantur ex iustitia non asseruate sua merces, & ex contraria sententia sequeretur alios mercatores, qui non fuerunt conscij monopolij, non posse vendere tūc pretio currenti, quod ex monopolio creuit, quia iam supponitur hoc pretium esse iniustum, quod tamen non dicent aduersatij, an verò violetur charitas in hoc casu, eodem modo quod de superiori dicendum est. Vide de Lugo *disp.* 26. *sect.* 1 a. Ferdinand. à Castro *punct.* 34. *cit.*

Quartò fit monopolium cùm quis impedit ne aliunde merces inuehantur vt ipse suas cariùs distrahat, quod si fiat absque vi & fraudibus, sola industria, & precibus, non tenetur ad restitutionem, neque iustitiam violat. Sic Less. *loc. citat.* Bonac. *dispur.* 3. *de restitut. quæst.* 2. *punct.* 1. *numer.* 8. & alij cum Ferdinand. *punct. cit. n.* 8. De aliis quibusdam monopoliis vide Menoch. *de arbitr. cent.* 6. *casu* 569. facilè ex dictis de ipsorum æquitate & iniquitate definies. 7

ARTICVLVS VI.

De cæteris quibusdam pactis inter venditorem & emptorem.

De pactis inter emptorem & venditorem titulum habemus 54. *lib.* 4. *C.* ea verò vel adiiciuntur venditioni ex continenti, id est tempore contractus *in l. pen. C. eod.* vel initio contractus *leg.* 5. Præcipua eiusmodi pacta hactenus exposuimus, cetera in hunc articulum conniicio, vbi priùs vniuersalem circa illa regulam tradidero.

Regula vniuersalis.

1 PActa contractui venditionis apposita, si substantialia sint, valent siue adiiciant, siue detrahant venditioni, siue incontinenti, siue ex interuallo ponantur. Pacta accidentalia venditioni quidpiam adiicientia valent, & insunt contractui si fiant incontinenti, si autem ex interuallo, non valent nisi ad excipiendum. Pacta denique detrahentia venditioni, siue incontinenti, siue ex interuallo facta fuerint, insunt contractui, & illo continentur.

Expositio & confirmatio Regulæ.

2 HAnc vniuersalem regulam colligimus ex Papiniano in *l. pacta conuenta 72. D. de contrah. empt.* Repetenda sunt quæ nuper diximus *lib. 3. cap. 1. de pactis, art. 6. n. 8. 9. 10.* Obseruandumque in primis pacta quæ adiiciuntur contractui esse illi substantialia, vel accidentalia: priora illa pertinent ad ipsammet iam facti contractus substantiam, vt in venditione nouum pactum circa pretium. Cùm enim venditio requirat essentialiter pretium, & sine illo consistere nequeat, vbi pactum de mutando pretio, minuendo videlicet, vel augendo fiet, pactum illud substantiale erit: cùm circa ipsam venditionis substantiam versetur, & non circa quædam duntaxat illius accidentia. Quæ enim circa eiusmodi accidentia, vel vti eleganter appellat Papinian. adminicula contractus, quæque illius naturam concomitantur, aut consequuntur, accidentalia vulgo nominamus: v. g. in contractu venditionis de quo modò disputamus, quæcumque extra pretij causam fiant accidentalia ipsi sunt, vt ne cautio duplæ præstetur pro euictione rei venditę, aut è contrario, vt non nuda repromissione contenta sit, sed cum fideiussore præstetur: quæ exempla ipse Papinian. *in citata l. 72.* adducit. Hæc porrò pacta accidentalia, & circa adminicula contractus, v. g. venditionis, duplicis generis sunt: quædam adiicientia dicimus, alia detrahentia: & addiicientia quidem addunt aliquid iis obligationibus & præstationibus quas ex natura contractus nullo in contrarium interueniente pacto, fieri oportet, vt si in venditione conueneris de fideiussore præstando nomine duplæ, quam emptor à venditore fuerit stipulatus in casum euictionis; quia neque natura venditionis, neque ratio iuris obligat venditorem, vt de dupla caueat nisi per nudam repromissionem, id est quæ satisdationis onus adnexum non habeat *l. emptori duplam 37. l. si dictum 56. in fin. D. de euict.* quare hoc nouo pacto de cautione simul, & fideiussore præstando ratione duplæ, additur noua quædam obligatio venditori; ideóque eiusmodi pactum appositum venditioni dicitur adiiciens; quia quidpiam illi adiicit. Pacta detrahentia nominant, quæ quidpiam de præstationibus & obligationibus ordinariis ex natura, & vi contractus susceptis aliquid detrahunt: v. g. leuiùs obligant venditorem, quàm præcisè ex natura venditionis obligaretur, si nullum aliud pactum in contrarium accessisset: veluti si conuenerit ne venditor vllam duplæ cautionem præstet, minuitur ex aliqua parte venditoris obligatio; quia de natura venditionis est, vt duplam promitteret, ac repromittere venditor debeat: quare si nolit eam promittere, & eo nomine contra ipsum agatur, dupli condemnabitur *l. 2. D. eod.* nempe in rebus pretiosis aliisue non contemptibilibus, quod in seruo vendito Vlpian. explicat in citata *l. empt. 37. §. 1. D. de euiction.* Cuiacius tamen *lib. 4. obseruat. cap. 28.* primus existimauit Papinianum nomine pactorum adiicientium, intellexisse ea omnia, quæ de aminiculis venditionis fiunt, siue sint affirmatiua, siue negatiua. Detrahentia verò esse ea quæ fiunt de substantia emptionis; quia derogant emptioni, & nouum faciunt contractum. Hanc nouam eruditissimi viri opinionem & falsam; & menti Papinian. contrariam pluribus demonstrat Anton. Faber *ad l. 72. cit. D. de contrah. empt.* Nam Papinian. duo illa exempla quæ adfert pacti adiicientis & detrahentis sumit ex adminiculis emptionis, & adiiciens exprimit quidem affirmatiuè, *vt cautio dupla cum fideiussore præstetur*: detrahens verò negatiuè, *ne cautio duplæ præstetur.* De pacto verò quod ad substantiam emptionis pertinet & appositum est ad augendum, vel minuendum pretium, mouet quoque quæstionem, an eadem distinctio circa illa seruanda sit, an adiiciant, an detrahant, & an vno casu magis quàm alio insint ex parte actoris, aut ex parte rei: sed eam quæstionem non dissoluit, atque eo ipso significat longè illud aliud esse à pactis emptioni adiicientibus, aut detrahentibus, de quibus iam disputarat, quamquàm non obscurè suam mentem significet, & rationem diuersitatis inter illa pacta, & ea quæ sunt circa adminicula duntaxat, indicet, vt inferiùs obseruabimus. Deinde pacta quæ dicuntur adiicere vel detrahere emptioni supponunt omninò consistere emptionem cui quidpiam adiiciunt, vel detrahunt; atqui pactum substantiala detrahens emptioni, eam omninò perimit, & nouam aliam facit: cùm autem detrahere emptioni contractæ, & contractam emptionem penitus dissoluere, extinguere, & nouare diuersa sint; idem omninò pactum non potest dici, detrahens emptioni, & illam extinguens, quod vltimum cùm necessariò faciat nouum pactum substantiale additum contractui, non potest dici detrahens, si propriè loquamur. Maneat igitur pacta tum adiicientia, tum detrahentia venditioni apud Papinianum esse accidentalia, siue de adminiculis, vt ipse loquitur, emptionis & venditionis, quod malè negabat Cuiacius. Hæc porrò omnia pacta tum substantialia, tum accidentalia adduntur contractui vel incontinenti, vel ex interuallo, vti aliàs explicuimus. His obseruatis perspicuus manet regulæ nostræ sensus, neque illam demonstrare fuerit operosum.

Dixi igitur primò pacta substantialia, siue quidpiam adiiciant, siue detrahant contractui, siue incôtinenti, siue ex interuallo addantur, valere, quia mutant aut potiùs extinguunt contractum iam factum, & alium omnino atque nouum inducunt: siquidem substantiis rerum nihil vel detrahi; vel adiici potest sine earum peremptione. Quare nô mutantur per detractionem aut adiectionem, sed prorsus pereunt, ex eaque vel detractione vel adiectione fit necessariò noua aliqua res, cuius essentia alia est à prioris rei, in cuius locum succedit essentia. Atque vt de venditione dicamus, cùm eius substantia consistat in pretio; quod sæpius monuimus, mutari nequit pretium, quin mutetur venditio, & cùm fit aliud pretium, fiat alia venditio substantialiter, Atqui cùm pretium consistat in numerata pecunia *§. item pretium. inst. de contrahend. emption.* & numerus qualibet vnitatis adiectione; vel detractione fiat alius; qualibet etiam detractione vel adiectione fiet aliud, & 3

& aliud pretium, & conſequenter alia atque alia venditio, quandocumque fiat adiectio, vel detractio ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo. Itaque hæc pacta ſubſtantialia non dicuntur ineſſe, aut non ineſſe contractui, quem reuerà perimunt, ſed nouum facere, atque adeò ſi nihil aliud obſtat, valere & obligare: quare ſapienter Paulus *in leg. 72. citata*, notat ad Papinianum: *Si omnibus integris manentibus de augendo vel minuendo pretio rurſum conuenerit, videri receſſum à priore contractu, & nouam emptionem interceſſiſſe. Omnibus*, inquit, *integris*, quia ſi vel traditio ex parte venditoris, vel ſolutio in totum aut ex parte ſecuta fuerit ab emptore, non poteſt recedi à priore contractu, etiam ipſo contrahentium conſenſu, niſi retroactis omnibus quę prius acta ſunt, vt dicemus fuſiùs *cap. ſeq.* Hoc diſcrimen pactorum ſubſtantialium ab accidentalibus indicat apertè Papinian. vbi quærit an in vtriſque dicẽdum idem ſit, quod de accidentalibus dixerat. Reſpondet enim cauſam motæ quæſtionis eſſe *quoniã emptionis ſubſtantia conſiſtit ex pretio*, ideóque iure quæri an pactum de pretio minuendo, vel augendo valeat ad agendum, aut tantum ad excipiendum. Cùm enim ſubſtantia emptionis non conſiſtat ex adminiculis circa quæ fiunt alia pacta, ſiue adiicientia, ſiue detrahentia, aliud omninò in illis, aliud in ſubſtantialibus reſpondẽdum omninò videtur. Quod diſcrimen iam explicuimus cũ Paul. Papinianũ annotãte. Moneo duntaxat quod Papinianus dixit ſubſtãtiam emptionis conſiſtere in pretio, non ita capiendum eſſe, vt in ſulo pretio conſiſtat, nam conſiſtit quoque in re vendita, neque magis conſiſtere poterit emptio ſine re vendita, quàm ſine pretio *leg. nec emptio. D. de contrah. emp.* quare ſi contracta emptione conuenerit etiam ex interuallo de minuenda vel augenda re vendita, à priore contractu receſſum eſſe videbitur, & nouam emptionem eſſe contractam.

Dixi ſecundò pacta accidentalia venditioni ſi fiant incontinenti, ineſſe contractui, vti contingere in omnibus bonæ fidei iudiciis diximus *cap. 1. art. 6.* Immò, & formant actionem ex eo bonæ fidei contractu natam, ita vt actio ipſa ex contractu dari poſſit ad id quod eo pacto comprehenſum eſt, non minus quàm ſi id in contractum deductum fuiſſet, ſecus quàm contingat in pactis appoſitis cõtractibus ſtricti iuris, etiam incontinenti: illa enim ita quidem inſunt contractui; vt pariant actionem, ne decipiatur is qui alioquin non fuerat aliter contracturus; non informant tamen veterẽ actionẽ ex eo contractu, ſed formant & producunt nouam, quæ dicitur præſcriptis verbis. Quæ omnia *art. ſexto* citato explicata & probata ſunt. Itaque ex pacto vt duplex cautio cum fideiuſſore præſtetur incontinenti adiecto venditioni, poterit emptor agere ex vendito aduerſùs venditorem.

5 Dixi tertiò pacta adiicientia venditioni ex interuallo appoſita valere tantum ad accipiendum, hoc eſt non ineſſe contractui ex parte actoris, cui non proſunt ad agẽdũ, ſed ſolùm ineſſe ex parte rei, cui proderunt ad excipiendum, ne contra iuris regulam actio ex nudo pacto naſcatur. Itaque nõ poterit vẽditor vltro conueniri actione ex vendito, vt duplæ nomine præſtet fideiuſſorem; quia pacta quæ fiunt ex interuallo poſt contractum bonæ fidei, non habent maius priuilegium, quàm quæ fiunt poſt contractum ſtricti iuris, iiſque omnibus commune eſt vt pariant tantùm exceptionem, ex generali illo Prætoris edicto, quo promittit ſe pacta ſeruaturum, quæ neque contra leges, neque contra mores bonus fuerint, *l. Iuris gentium 7. §. ait pretor. D. de pactis.* quia verba intelligenda ſunt de concedenda exceptione, non actione, vti *art. 6.* citato explicuimus: quare ſi venditor agat contra emptorem ex vendito, ſiue ad ſolutionem pretij, ſiue quid aliud, proderit hoc pactum emptori per exceptionem, qua repelletur venditor, vt nihil ab emptore poſſit conſequi, niſi præſtito ei prius fideiuſſore duplæ nomine, quod omninò ſignificat Papinian. cùm ſcribit, *Sed quo caſu agente emptore non valet pactum*; nimirum ad agendum contra venditorẽ, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore.

Dixi quartò pacta detrahentia venditioni ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo fuerint adiecta, valent, & inſunt contractui illoque continentur, v.g. ſi conuenerit ne cautio duplæ præſtetur. Ratio eſt quia tota pacti detrahentis vtilitas conſiſtit in excipiendo, non in agendo, neque caſus aliquis occurrere poteſt in quo is qui tale pactum appoſuit, indigeat aliqua actione, ſed exceptione tantùm. Exceptiones autem non tantùm doli, ſed etiam pacti tacitè inſunt, & ipſo iure bonæ fidei iuditio, *l. 3. D. de reſcind. vend.* 6

Hac regula vniuerſali ſtabilita venio ad ſingularia quædam pacta de quorum æquitate dubitari poſſet.

Primò quidem pactum, vt emptor arrhas amittat, ſi intra certum tempus non exoluerit, valet *l. 1. C. de pactis inter empt. & vend.* & *leg. 8. D. de lege commiſſor.* nam & hoc pactum ad legem commiſſoriam reducitur, vti obſeruabat Cuiac. punitur autem hac amiſſione arrhatum, & vindicatione fundi mora emptoris, qui intra præſtitutum diẽ non ſatisfecit conuentioni, & fidem fefellit. Hinc nata eſt quæſtio quã definit Scæuola *in l. 8. cit.* cùm enim emptor die ſtatuto teſtatus eſſet ſe paratum eſſe pecuniam omnem ſoluere, & ſacculum cum pecunia ſignatorum ſignis obſignaſſet, defuiſſetque venditrix quæ pecuniã acciperet, ac proinde liberatus eſſe omnino videretur obligatione legis cõmiſſoriæ, cui quãtum potuerat paruerat, neque fidẽ fefellerat, poſteto die denũtiatio & inhibitio facta eſt emptori de nõ ſoluenda venditrici pecunia, priuſquam fiſco ſatisfactũ eſſet. Quæſitum itaque eſt an fundi vindicari poſſent à venditrice ex cauſa conuentionis. Ratio dubitandi eſt, quia denuntiatio facta emptori nomine fiſci, ne pecuniam illam priùs ſolueret venditrici, quàm ipſa fiſco ſatisfeciſſet, inutilis & nimium ſera fuit, cùm facta fuerit poſt liberatũ emptorẽ per obſignationem eodẽ modo, atque ſi reipſa venditrici totam pecuniam ſoluiſſet. Deinde denuntiatio facta debitori non poteſt eũ excuſare, vbi ſemel eſt debitor conſtitutus *l. vtrum 27. D. de conſt. pecun.* ſicuti nec denũtiatio debitoris facta creditori ne pignus diſtrahat *l. 1. C. debit. vendit. pignor. imped. non poſſ.* Quare excuſabitur emptor ob id ſolùm quod ei denuntiatum ſit à fiſco ne ſolueret. Denique reſoluta venditione per legem commiſſoriam, titulus quidem reducitur ad non titulum, dominium tamen quod à venditrice ad emptorem transierat, ad ipſam redire nequit niſi per retrotraditionem. Non poteſt igitur in hoc caſu rei venditæ vindicatio competere venditrici, ſed ſolum actio ex vendito, vt dicitur *ex l. 3. C. de pactis inter empt. & vend.*

Reſpondet tamen Scæuola non commiſiſſe in legem commiſſionis emptorẽ, cùm reuerà per eũ non ſteterit, quin ſolueret, & fidẽ non fefellit: non tamẽ propterea cõditionẽ vẽditionis impleuit, neque reuerà liberatus eſt, quin adhuc pretiũ deberet, quia tũc tãtũ obſignatio vim habet ſolutionis cùm facta eſt

poſt

post recusatam sine causa solutionem à creditore *l. acceptam* 19. *C. de vsur. l. si per te non stat* 9. *C. eod. l. ne creditores* 10. *l. vlt. C. de pigneratit. action.* Non fuit autem in nostro casu solutio oblata venditrici, quæ aberat; quare non potuit obsignatio habere vim solutionis, neque emptorē liberare ne pretium amplius debere videretur, neque ea mente facta fuit obsignatio; sed vt emptor se à potestate legis commissoriæ liberaret, ne in pœnam conuentionis illius incidat, vt & arrhas perdat, & fundus ineptus fiat: quare nō inutiliter fit ipsi denūtiatio, ne mulieri pecuniam soluat, antequam fisco ipse satisfecerit, quia hic emptor erat adhuc, etiam post obsignationem debitor venditricis, neque per eam obsignationem fuisset liberatus. Quod verò venditrix posset vindicare fundum, idcircò dixit Scæuola, quia ipsa manserat hactenus ipsius domina; cùm ibi nulla fiat mentio traditionis, quæ sola ex iusto titulo facta poterat dominium transferre in emptorem; venditio cuius tantùm meminit hoc thema est prorsus inefficax ad transferendum dominium, vti sæpius diximus; resoluta itaque venditione per legem commissoriam, vindicari potuit fundus venditus à venditrice, non solùm ipso iure, sed etiam sine metu exceptionis rei venditæ quidem, sed nunquā traditę, de qua exceptione est *tit. D. de excep. rei vend.* Aliud autē iuris esset si traditio facta fuisset *l. 3. C. de pact. inter empt. & vend.* nisi forte precariā duntaxat possessionem venditor tradidisset, vt constituit ea lex; quoniam precaria possessio ita facit emptorem possessorem corpore, vt tamen venditor ipse retineat sibi animo possessionē *l. certè* 6. *§. is qui roganit*, & *l. habet* 15. *§. enim qui, D. de prec.* Atque de hoc casu accipienda est *l. 4. C. de pactis inter empt. & vend.* quod ostendit Anton. Fab. *ad l. 2. D. de in diem addict.* & fusius *in l. si quis hac l. 41. D. de rei vend.* quē consule.

Pactum in contractu venditionis vel alienationis, vt non liceat nouo domino in loco vendito, vel alio modo sibi concesso monumentum extruere, vel alio modo, humano iuri eum eximere, probatur à Iustiniano *l. vlt. C. de pact. inter empt. & vend.* quia permagni interesse poterat venditoris ne locus à se alienatus consecraretur; quod enim si tres fundos contiguos haberet, quorum cùm intermedium venderet, eundi seruitutem ad tertium fundum pactus est; si enim emptor illum dedicet, certum est seruitutē ea religione extinctam iri *l. seruitut.* 14. *in fin. D. de seruitut. l. refectiones* 11. *D. de comm. præd.*

8 Pactum in venditione fundi ne ante eum in mari piscari liceat, vtile est *l. venditor* 13. *D. comm. præd.* quia licet cuique legem rei suæ dicere, & persæpe pactum pars pretij est. Deinde vti sapienter argumentatur Anton. Fab. *in eam l.* bona fides contractus venditionis postulat seruari legem venditionis, non quidem vt possit semper constitui seruitus, sed vt personæ possidentium & contrahentium, adeóve in eorum ius vniuersale succedentium, per stipulationis venditionis legē obligentur *l. 1. §. 1. D. de act. emp. iuncta l. quoties* 9. *§. hered. D. de inst. hered.* Licèt enim successor singularis non teneatur ex contractu authoris sui, lex tamen quæ nudo pacto, & multò magis per stipulationem dicta est traditioni, seruanda est etiam ab emptore, ne venditor decipiatur, qui alioqui non fuerat venditurus, *l. vlt. C. de pactis inter empt. & vendit. l. in traditionib.* 48. *D. de pactis*, in eoque maior est potestas obligationis personalis quæ nascitur ex conuentione posita in traditione rei, quàm alterius cuiuslibet, etiam quæ stipulatione munita sit; quia per eiusmodi conuentionem res ipsa afficitur, quæ per traditionem transfertur; vbi autem affecta est, fit alienatio cum causa, *l. alienatio* 67. *de contrah. emp.*

9 Pactum ne fundum venditum quoquo modo in alium alienare liceat inuito venditorē, quamdiu nempe victurus est venditor, validum est, & *in l. vlt. C. de pact. inter emp. & vendit.* idipsum innui suspicatur Hotman. *obseruation. libro* 9. *capit.* 5. & deesse in illa *leg. vel, alio modo humano iure eum eximere, vel quoquo modo eum in alterum alienare:* quam clausulam eo quo dixi modo supplendam esse persuadet ratio subiecta à Iustiniano, quod magni intersit qualem quisque vicinum habeat, vt dicitur etiam *leg. 1. §. sed si rem, D. si quid in fraud. patron.* adeò vt propter vicinum interdum homines ab emptione deterreantur, *l. quod sæpe* 35. *§. vlt. D. de contr. emp.* vnde illud Hesiodi πῆμα κακὸς γείτων, & illud Themistoclis iubentis bonum vicinum prędicare, & Plinij *lib. 18. cap. 5. Agrum empturum ante omnia intueri oportet aquarum vim & vicinum.* Demosthen *orat. contra Calliclem* περὶ χωρίου de agro οὐκ ἦν χαλεπώτερον οὐδὲν ἢ γείτονος πονηροῦ καὶ πλεονέκτου τυχεῖν. nihil molestius malo vicino, & habendi cupido. Quam multa mala, & damna creet amara vicinia docet Plato *lib. 8. de legib.* Iuuenal. *satyr.* 14. deplorat ob viciniam malam cogi quem fundum suum vendere.

Dicere vix possis quàm multi talia plorent,
Et quot venales iniuria fecerit agros.

Damnosum esse pauperibus persæpe vicinos potentiores habere pluribus ostendit Tiraquel. *in l. 5. connub. glossa* 1. *par.* 5. *n.* 35. bonus autem vicinus plurimum prodest, vnde Cato *de re rustica capit.* 7. *Si te libenter vicinitas videbit, benignè defendent si quid bona salute vsus venerit.* Et Martial. *libro* 7. *Epigram.* 7.

Quid momentani causam mihi perdis Agelli,
Propter vicinum, qui pretiosus erat.

Consanguineis ipsis bonum vicinum præferendum esse docet Tiraq. *tract. de pœn. temp.* Hinc vt vitetur rixosa, & imperiosa vicinitas inuectum est ius congrui inter Germanos, & Italos; de quo iure pluribus disputat Matth. Afflict. *decision.* 62. 223. 338. & 339. & Antonius Capicius Senator Neapolitan. *decision.* 38. & 99. refertque Mornac. *in l. quod sæpe* 35. *§. vlt. D. de contr. emp.* Constat an. 1609. missam à triginta præstantioribus vrbium Italicarum Iurisperitis arduam consultationem de illo iure congrui ad fori Parisiensis Patronos eorum iudicio disceptandam. Pactum igitur de non alienando fundo vendito, quamdiu viuet patronus, ipso inuito, validum & vtile est.

Quoties nihil venditoris interest, vt is sæpius contingit, quod in meo fundo faciam, aut non faciam, pactum reprohibens ne aliquod faciam inutile erit, & inualidum, cùm nihil, vt dixi venditoris intersit, & iniquum videatur, ingenuis hominibus non esse liberum rerum suarum arbitriū; quod colligūt DD. ex *l. quoties* 15. *D. de seruit.* & *l. 8. §. vlt. D. si seruitus vindicet.* Itaque vt eiusmodi pacta valeant, opus erit stipulatione pœnali *l. quod locus* 51. *D. de religios. & sumptib. funer.* quæ pœna idcircò adiicitur, vt quamuis stipulatoris nihil intersit, tamen pœna debeatur *l. 38. §. alteri. D. de verbor. obligat. l. penult. D. si quis conditionib.*

10 Pactum, vt qui fundum vendidit, illum certa mercede conductum habeat, aut si emptor illum distrahat, non alij quàm venditori suo distrahat, valet, atque ex eo dabitur actio ex vēdito ad implēda pacta. Ita disertè tradit Hermogenianus *in l. qui fundum* 75. *D. de contr. empt.* estque euidens ratio.

In primis enim illa conuentio, vt liceat venditori rem à se venditam, siue tradita sit, siue non, certa mercede conductam habere, neque iure improbatur, neque ex se iniqua est, aut cum venditione pugnat. Primum constat ex hac lege 75. & ex *leg. quidam mulier* 77. *D. de rei vendication.* quod confirmatur ex eo quod neque pactum de retrouendendo reiiciatur, sed probetur *l.2.C.de pact. inter emp. & vend.* & nos eius æquitatem nuper fusiùs ostendimus. Iam verò hanc conuentionem nihil derogare venditioni inde facilè probatur, quod rei venditæ possessio à véditore in emptoré ex causa venditionis translata, non minus ipsi manet ex eo quod venditor illam rem retineat nouo titulo conductionis, quia conductor non possidet suo nomine, sed locatoris, & dicitur potius esse in possessione, quam possidere, cùm sciat rem esse alienam, nec eam sibi habeat, *l. si quis ante* 11. *D. de adquir. poss. l.2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. communi* 7. §. *neque colonis. D. communi diuid.* Denique *l. certè* 6. §. *is qui rogauit. D. de precar.* dicitur aliud esse possidere, aliud esse, in prædio: nam & aliud est possidere, aliud alieno nomine possidere, *l. quod meo* 18. *in princ. D. de acquir. poss.*

Dices primò suspectum esse hunc contractum, & simulatum in fraudem legitimarum vsurarum, maximè si conuenta merces excedat modum legitimum vsurarum, aut fructuum, quare vel erit contractus fœneratitius emptionis nomine latens, vel vera antichresis, augebiturque, si pactum de retrouendendo admisceatur.

Resp. posse videri simulatum suspectumque hunc contractum, si qui ita contrahit, solitus sit fœnerari, & contingat enormis læsio venditoris, addaturque pactú de retrouendéda re, aut ret: oemendo: atque ideircò sæpius in foro extente damnatum esse tanquam vsurarium; aut antichristicum. Nos verò volumus abesse omnem omninò ab hoc contractu simulationem, atque alias circumstantias ex quibus infici possit eiusmodi conuentio, confideramusque illam in sese, & in sua natura, sicque dicimus non videri iniquam, & sapienter ita pronuntiasse Hermogenianum.

Dices secundò hanc conuentionem cum seipsa pugnare; cogitur enim venditor fundum, quem vendidit tradere emptori, & vicissim emptor tenetur eundem fundum statim tradere, & reddere venditori, vt eum titulo conductionis retineat: non videtur autem res esse tradita, quæ ita tradita est, vt statim reddetur, sicut non dicuntur alienari nummi, qui sic soluũtur, vt statim alienentur, *l. qui sic* 55. *D. de solution.* estque illud in Gallia receptum, dari & retineri eandem rem ab eodem non posse, *Donner & retenir ne vault.*

Resp. de hoc diuerbio Gallico plures esse lites, quas nostrum non est dirimere, hoc maximè loco, vide Louetium, qui alios dabit *lit. D. n. 20.* nobis in præsentiarum sufficit, in hoc casu non simul dari & retineri rem eandem ab eodem: nam reuerà emptor rem sibi venditam & traditam possidet, sibique retinet, neque illam retinet venditor nisi nomine emptoris, à quo accipit nouo titulo conductionis; quod non magis absurdum est, quàm si conuentum fuisset, vt emptor rem sibi venditam, & traditam, alteri cuidam tertio locaret in aliquos annos; eodem enim modo eam locat venditori, qui non magis eam possidet, quàm quispiá alius cõductor: quod enim ipse eam vendiderit locatori, nihil omninò facit vt potiùs dicatur possidere rem quam vendidit; & modo conduxit, quàm quilibet aliis conductor.

Quod attinet ad illam alteram conuentionem, vt si emptor rem venditam vendere velit, non alij quàm ipsi venditori illam distrahere possit, nihil inani continet, cùm emptor ad vendendum huic potius, quàm alteri propria sese voluntate obligauit: quod sanè facere poterat. Itaque tota illa obligatio voluntaria fuit, quamuis nunc posito contractu, necessitatis non voluntatis sit, vti contingit in omnibus aliis contractibus, in quibus licèt obligatio spónte suscipiatur, fit deinde necessitatis, siue necessariò implendæ est; & quam sponte subiisti, non potes deinde semel susceptam pro arbitrio abiicere.

Denique ex his conuentionibus dari venditori actionem ex vendito rectè dicit Hermogenian. quia diximus in nostra regula vniuersali pacta conuenta quæ fiunt in contractibus bonæ fidei siue ab initio, in ipsoque contractu, siue incontinenti post contractum, non solùm insunt contractui ex parte actoris, vt prosint ad agendum, & pariant actionem præscriptis verbis, quod etiam contingeret in pactis post contractum stricti iuris incontinenti adhibitis *leg. 2. Cod. de pactis inter emptor. & vendit.* sed etiam informant actionem ex ipso contractu profluentem, eamque extendunt ad omnia de quibus conuenit, etiamsi neque ad substantiam, neque ad naturam, neque ad adminiculæ contractus pertineant, vt diximus *lib. superiori art. 6.* dant enim eiusmodi conuentiones legem contractui. Denique ex bona fide est, vt pacta omnia in venditione, ac traditione rei apposita vim suam obtineant, tunc quoque cùm aliter non essent valitura *l. in traditionibus* 48. *D. de pact.* Actionem igitur ex vendito competere necesse est, vt quod eiusmodi pactis venditori promissum est ab emptore, impleatur, non minus quàm si ad solutionem pretij venditor agere vellet: præ. erquàm quod eiusmodi pacta quandam pretij partem constituunt *l. fundi partem* 79. *D. de contrah. empt. l. si sterilis* 21. §. *si tibi. D. de action.* nam tantò minoris venditor vendidisse credendus est, vt tantò grauius pactorum obseruatione emptorem oneraret *l. si venditor* 6. §. 2. *D. de seruis export.* quod si pacta ex interuallo post bonæ fidei contractum apponerentur, aliud dicendum foret, vti in vltima parte nostræ regulæ obseruauimus.

Quod autem in *l. 2. C. de pactis inter empt. & vend.* duplex actio in hanc rem concedatur venditori, vna ex vendito, altera ex præscriptis verbis, id ex eo factum existimat Anton. Faber quod inter prudentes iuris dubitaretur, an posset hoc casu competere actio ex vendito, Labeone & Trebatio id negantibus, vti refert Iauolenus *in leg. fundi partem* 79. *D. de contrah. empt.* vbi addit alio tamen iure nos vti. Solebant autem veteres inducere actionem præscriptis verbis, quoties dubitari poterat, an alia specialior competeret, ad euitandum nempe periculum malæ electæ actionis, vt *in l. si gratuitam* 17. *l. Titius* 24. *D. de præscript. verb.* Moneo denique, dari actionem ex vendito hoc casu ad compellendum emptorem ad præstandum id, quod pactus fuerat, ita intelligendum esse, nisi malit emptor præstare quãti ex ea causa venditoris interest, vti diximus alias, probatque hoc loco Faber.

Pactum vt venditor præstet casus fortuitos, validum est, & de inopinatis, ac non tantùm ex consuetudine cõtingentibus, intelligendum est *ex l. 78. l. frumenta. D. de contrah. empt.* vbi dicitur eum qui frumenta in herbis vendidit, & se si quid vi aut tempestate factum esset præstaturum promisit: si niues quæ ea frumenta corruperunt immoderatæ fuerunt

fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis, agi cum illo ex empto posse.

14 Eadem ratione in venditione conditionali si conuenit, vt periculo emptoris res seruaretur, pa-
a ctum valet, quia neque contra leges est, neque contra bonos mores, neque contra ius, sed præter ius, idque seruandum erit; cùm ea generali certaque doctrina contractus omnes ex conuentione legem accipiant. Non est etiam hoc pactum contra naturam contractus, cùm præstatio periculi rei venditæ, sit quidpiam extrinsecum accidens post venditionem contractam.

15 In mancipiorum venditionibus adhiberi solebant quædam pactiones, de quibus agitur *D. de seruis exportandis*, & *lib. 4. C. tit. 55. 56. & 57.* quæ quia nobis in Gallia à qua exulant omnia mancipia, non possunt esse vsui, sine vllo dispendio licebit omittere. Ne tamen nihil dixisse videamur, pauca ista cum Cuiacio notabimus. Erant porrò præcipuæ tres pactiones. Primò enim seruus vænibat ex lege, vt exportaretur, hoc est ne eo loci moraretur in quo vendebatur, quod emptor paciscebatur plerumque suæ securitatis causâ, vel vindictæ *l. 1. & 7. C. de seruis exportand.* idcircò hac lege plerumque venditor sibi excipiebat manus iniectionem, id est ius abducendi serui, nisi exportaretur secundùm venditionem. Ea hac porrò lege non datur vindicatio nisi manu iniecta: manus enim iniectio restituit dominium, non pactio: v. g. seruus est ea lege venditus vt Româ exportetur, Româ igitur est exportatus ex lege venditionis, & deinde manumissus ab emptore, valet manumissio: quia extra Romam est manumissus: nam si Romæ fuit manumissus, non valeret manumissio *leg. 3. Cod. si seruus export.* Post manumissionem Romam venit; venditor non habet in hominem iam liberum manus iniectionem quam sibi seruauerat. Si tamen seruus non paret pactioni, seruus fiet fisco; eadem videlicet conditione, ne Romæ moretur. Et si postquàm fisci seruus factus est Romæ maneat, erit venditori manus iniectio in seruum, atque ita fiscus eum amittet *leg. pen. D. de seruis exportand.* quia vt dixi, fit fisci seruus, eadem lege, ne fiat fraus voluntati venditoris; & quia hæ pactiones hærent personæ seruorum, nec dicuntur solius emptoris. Itaque pactioni parere debet seruus, neque in ciuitatem ex qua exportandus vænierit, venire ipse, quamuis deinde manumissus, alioquin reincidit in seruitutem, sed fisci.

Quæres quid dicendum sit si venditor non excepit sibi manus iniectionem, quam non habet, nisi eam sibi reseruarit: v. g. vendidit seruum ea lege vt exportaretur, addiditque pœnalem conditionem.

Respondet Cuiacius hoc casu si seruus non exportetur, dari venditori actionem in emptorem ex stipulatu, & seruum fisco committi, *l. 2. & 3. C. si seruus export.* Quod si venditor nō sit pęnam stipulatus, nec exceperit manus iniectionem, seruus parebit fisco, & venditor aget ex vendito. Excipitur tamen casus in quo non voluntate domini Romā venit seruus, *l. 2. §. pen. D. de seruis export.* tunc enim non est manus iniectio in seruum, cui non est assensus dominus, & peccatum serui, neque eius pactum tollit dominium emptori. Non est etiam actio ex stipulatu, neque ex vendito, neque denique locus fisco.

L. pen. C. si seruus exportand. ven. proponitur
16 quæstio de seruis qui facta coniuratione dominum vendiderant ea lege vt exportaretur. Verùm post exportationem iure manumissus est ab emptore, & accusauit seruos furti & coniurationis in dominum. Iubet ea constitutio capite puniri seruos, pendęte tamen accusatione dominum accusatorem non haberi pro ingenuo, sed pro liberto; quia donec probauerit quod intendit, in eodem statu manere debet in quo deprehenditur esse post manumissionem.

Obserua denique seruum qui à domino de sua ciuitate exportandus vænit, neque in ea ciuitate, neque Romæ morari posse, neque etiā in Italia, qui lege venditionis ex certa prouincia vænierit exportandus. Ita constituit Alexand. *in l. vlt. C. si seruus export.* quia Roma est ciuitas communis ex constitutione Antonini Imperatoris, & cui ciuitate in ea interdico, ciuitate quoque communi interdico. Sic Callistratus *l. 19. D. de interdict. & releg.* ait relegatum seu patriâ sua interdictum morari non debere in ea in qua dominus est, etiamsi id non fuerit expressum; cùm ea sit communis patria; quod indicat *l. 7. §. si constitutum. D. eod.* & *l. si cùm dotem, §. si patri, D. soluto matrim.* quinimò Callistratus ait eum cui patria interdictum est, abstinere debere ab ea ciuitate, in qua Princeps agit, aut per quam transit. Quod autem dixi de Italia qua abstinere debet ex certa Prouincia exportandus, sancitum iam olim à Claudio fuisse scribit Sueton. vt quibus Prouincia interdiceretur à Magistratibus, illis etiam vrbe & Italia interdiceretur. At verò si seruus exportandus sit ex Italia, poterit in Prouincia morari, nec cogetur ire in hosticum *l. 3. D. de seruis exportand.*

Secunda pactio in venditionibus mancipiorum 17
adhiberi solita est ne ancilla prostituatur, *C. si mancipium ita veneat ne prostituatur*, quæ pactio committitur non tantùm si in taberna meritoria prostituatur ea professo, sed etiam si in caupona spe ministerij *l. vlt. C. eod.* Fraus fieri non potest huic pactioni *l. palam. D. de ritu nuptiar. l. Athlete. §. ait prætor. D. de his qui notant. infam.* Prostituta autem ancillâ contra legem venditionis, venditor habet manus iniectionem si eam sibi exceperit, quę in vrbe fit authoritate Prætoris & Pręfecti vrbis: in prouinciis authoritate Præsidis *l. 1. C. si mancipium ita ven. ne prostit.* Hanc pactionem nequit remittere venditor, neque in contrarium pacisci; quia ea remissio & pactio turpis est, & venditor qui legem remiserit, & passus fuerit ancillam prostitui, amittit manus iniectionem, vt pater priuatur patria potestate, creditor iure pignoris, dominus dominio; quare amittit ancillam, & partum si prægnans fuerit, non tamen eam retinet productor, sed fit libera ex constitutionibus Diui Seueri, Antonini & Adriani *l. 1. & 7. C. eod.*

Tertia pactio quæ venditioni mancipiorum ad- 18
ditur, vt manumittantur, vel contra, de qua est *titul. 57. in 4. lib. Cod.* vel simpliciter, vel intra certum diem, cui legi si non pareat emptor, id est, si non manumittat ipso iure seruus fit liber ex constitutione Diui Marci & Commodi ad Aufidium, qui & Præfectus vrbi, & bis Consul fuit teste Capitolino. Vtrique porrò pactioni vt manumittatur aut non manumittatur superfluum est addere stipulationem pœnalem, quia neque illa vnquam peruenire, neque hic non peruenire ad libertatem potest.

Pactum de soluenda hyperocha validum est. Hy- 19
perocha vox Græca est ὑπεροχὴ, quam bis vsurpauit Triphoninus *in l. quærebatur 20. D. qui potiores in pignor.* cuius loco ineptè quidam hypothecam constituerunt, cùm absurdum sit dicere hypothe-

cam obligari, aut hypothecam pignoris; quare retinenda est lectio Florentina. Est verò ὑπεροχὰ exsuperantia, superfluum, & id quod redundat, sicque eam vocem vsurpat Tripboninus in citata lege: v.g. si post primum contractum tuum, antequam tu aliam pecuniam traderes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta, & hyperocham eius rei quæ tibi debita esset, debitor obligasset. Quare Cuiac. *lib. 4. obseruat. cap. 25.* hyperocham definit, id quod plus est in pretio fundi, quàm in credito pignoris creditoris. Hotman. quanti pluris est pignus, quàm debiti summa, & quatenus pignoris pretium debiti summam excedit. Exemplum habes *in l. 15. sub fin. D. de pignorib.* & *in l. 6. D. de nautico fœnore.* Sapienter tamen obseruauit Anton. Faber *decade 21. errore 10.* hyperochæ nomen latius esse, quàm vt ad solam causam pignoris restringi debeat; significat enim vt dixi superfluum, id quod excurrit supra pretium rei, siue venditæ, siue oppigneratæ, Galli nostri dicunt *la plus value.* Quare rectè definiri potest id quo pluris res est, siue obligata, siue vendita, siue in solutum data. An verò sit ius aliquod à reipsa distinctum, quæsiuot Faber & Mornac. *in l. 20. D. qui potiores*; an ex hyperocha debeantur iura dominicalia, & laudimia, quamuis hyperocha donata aut remissa sit. Quæ omnia pertinent ad forum externum: quare morari nos non debent; sufficit nobis venditorem ita pacisci posse cum emptore, vt teneatur ad hyperocham pretij rei venditæ, si quis à se constitutum, vt pote vilius, augere ad summum vsque velit intra certum aliquod tempus, non video quidnam in eo pacto iniquum fingi possit, cùm hyperocha rei viliori pretio venditæ non excedit iustum pretium, neque teneatur venditor viliori pretio rem suam distrahere, neque vllam iniuriam patitur emptor, cùm obligatur ad soluendum illam promissi pretij iustam hyperocham; quo casu illam alius emptor offerat, retineatque primus emptor ius in rem emptam, modò hyperocham soluat, si enim lex addictionis in diem, per quam si quis intra certum tempus maius pretium afferat, fundus inemptus fit, æqua & iusta est, vti ostendimus, multò magis probandum erit illud pactum per quod venditio consistit, si ita velit emptor, & quod pluris alius obtulit, soluat.

Pactum quo mercator creditò vendit alicui suas merces summo pretio, iusto tamen, vt illas deinde ab eodem viliori redimat præsenti pecunia, iniustum & vsurarium est. Pactum inquam, nam seclusocius modi pacto talis venditio neque iniusta, neque vsuraria esse potest, quamuis aliunde mala fortassis sit, & iure merito prohibeatur lege Principis. Hæc assertio conciliat dissidentes DD. sententias circa hunc contractum quem Hispani mohatram & baratam nominant. Scacciæ *de commerc. §. 1. q. 1. num. 566.* dicuntur huiusmodi contractus stocclei, stoccoij, barroccoli, rompicalli, tetrangoli, clananze; quemque alij probant, alij damnant. Vt verò illum intelligas; obserua nonnunquam qui indigent pecunia, neque mutuatitiam reperiunt, aut etiam fœneratitiam, accedere ad mercatorem à quo emunt creditò merces sibi non vtiles, sed eo tantùm animo vt eas deinde reuendant præsenti pecunia, atque ea ratione suæ occurrant necessitati. Id autem fieri potest pluribus modis. Primò quidem vt paciscatur Titius cum mercatore se ipsimet merces ab eo creditò emptas reuenditurum præsenti pecunia, sed viliori pretio, quamuis iusto; v.g. emit merces centum soluendis intra annum, ipsimet deinde easdem merces vendit præsenti pecunia 70. Secundo accedit Titius ad mercatorem, emit ab illo merces animo reuendendi numerata pecunia, cuius animi nescius est mercator: post emptionem Titius aperit suum animum, & se indigere præsenti pecunia, & idcirco se velle reuendere impræsentiarum etiam cum sua nonnulla iactura, quare quærit à mercatore an ipsemet velit eas redimere, conuenientque de pretio minori, quàm emptæ fuerint; aut ipsemet mercator petit à Titio vt quando habet animum vendendi merces à se emptas, sibi vendat, se quidquid alij pro ipsis dabunt promittens daturum. Tertiò mercator scit Titium non alio animo merces à se creditò accipere, quàm vt eas statim præsenti pecunia reuendat, quod ex multis adiunctis facilè colligit: cùm enim Titius non sit mercator, neque sibi vtiles aut necessarias emat merces, & aliunde debitis grauetur, aut prodigus sit, & pecunias vndique conquirat, facilè certoque conijcit animum, quem habet emendo illas merces. Quartò vel Titius copiam habet aliorum mercatorum quibus vendere possit merces à se creditò emptas; vel non habet, atque ita cogitur ad illum ipsum à quo emit redire, vt illi reuendat; quia vel ille vnus negotiatur eo genere mercis, vel habet numeratam pecuniam, vel in eo loco pauci sunt mercatores.

Dixi igitur pactum quo mercator, aut quis alius obligat Titium, mercem, quam illi creditò vendidit sibi viliori pretio, quamuis iusto reuendere præsenti pecunia, esse iniquum & vsurarium, quia reuerà in eo reperitur mutuum, & creditum pro quo imponit obligationem sibi reuendendi minori pretio: quare totum illud lucrum quod facio, est lucrum omninò vsurarium; eamque in sententiam conueniunt omnes DD.

Secùdò si Titius vbi emit creditò merces à mercatore qui nescit quo animo illas emerit, eas ipsi offert reemendas viliori pretio, vt se liberet labore alios mercatores inquirendi, non peccat mercator ille contra iustitiam, neque contra charitatem si eas redimat, sicut peccaret alius mercator, qui eas emeret iusto pretio, quamuis sciret Titiũ eas emisse duntaxat ad reuendendum: quod enim mercator ille merces eas vendiderit Titio, non idcircò priuatur iure eas redimendi, quod quilibet alius mercator habet; neque violauit iustitiam vendendo summo pretio, neque nunc violat emendo minori pretio, sed iusto; neque charitatem offendit, cùm animum & mentem Titij nescierit, neque præuidere potuerit.

Tertiò si Titius petierit à mercatore mutuas pecunias, illeque recusarit, sed obtulerit merces creditò, quas deinde distraheret ad pecunias sibi comparandas, præuideritque nullum alium eas empturum, peccat mercator eas præsenti pecunia minori pretio emendo; contra charitatem quidem quia poterat nullo suo incommodo succurrere Titio, mutuando, & cogit illum ad patiendum graue damnum, quod vitare poterat, idque omnes fatentur DD. sed existimarim ego peccare quoque contra iustitiam; quia capit aliquid ex credito, ex illoque derepentè lucrum ingens facit. Quamuis enim non fuerit iniustitia in contractu quo creditò vendidit, neque in eo quo numerata pecunia reemit, cùm in vtroque contractu seruata fuerit æquitas pretij, nihilominus posterior iste contractus, quamuis iustus, non sit nisi vi prioris mutui virtualis, & in eius compensationem, neque mercator dedisset creditò suas merces Titio, nisi sciuisset aut

sperasset

spectasset vi illius crediti, se illas statim eum augmento & lucro non exiguo fuisse recuperaturum: quare futurum illud lucrum fuit causa propter quam mutuò dedit merces, & in eo casu neque lucrum cessans, neque damnum emergens, quod per consequentem contractum reparetur fingi vllo modo potest, itaque mihi violari iustitia hoc casu videtur.

Quartò Titius petit à mercatore merces creditò, quas statim eidē viliori pretio reuendit, licèt mercator cùm vendidit nihil fuerit suspicatus de mente Titij, peccabit tamen contra charitatem, si illas viliori pretio statim reemat; quia cùm illi æquè motuò possit dare pecunias atque merces quas creditò vendit, & statim redimit, eius magno damno merces illas redimit, & facilè suspicari potest Titium non nisi magna compulsum necessitate eas merces illi cum tanta iactura vendere, quam iacturam mercator nullo suo damno poterat impedire, si reemisset merces eodem pretio, quo superiori momento illas vendiderat.

Quintò si Titius vbi emit credito merces aliquas à mercatore, illas aliis mercatoribus obtulit reuendendas viliori pretio numerata pecunia, à quibus cùm id non potuerit obtinere, redit ad ipsummet mercatorem à quo illas primùm credito emerat, rogatque vt eodem pretio quo illas distrahere velit, emat, non peccabit hic mercator ipsas emendo, neque contra iustitiam cùm supponamus pretium esse iustum, quamuis infimum, neque contra charitatem, quia non est obligatus succurrere illius miseriæ dimittendo lucrum quod alij in ea ipsa occasione facere potuerunt, & ad quod neque fraudibus, neque precibus, neque quapiam ratione peruenit, sed sola voluntate & rogatu Titij, alioquin nunquam liceret emere infimo pretio; quia id fiet semper cum iactura venditoris, qui si posset grandiori pretio vendere, id faceret: quod autem istæ merces fuerint huius mercatoris, & ad illum tandem redeant, nihil faceret. Exciperem tamen casum in quo nullus est mercator, qui illo genere mercis negotietur, & qui proinde velit aut possit merces ab illo venditas emere, tunc enim facilè cōiicere potest Titium non emisse credito à se merces, nisi vt ab illo præsentem pecuniam qua indiget, ipsarum vili venditione extorqueret, atque eo lucro ad differendam solutionem mercium venditarum, in quo est virtuale motuum, inuitaret, cuius mutui reuetà vsuras accipit in hoc contractu.

Sextò denique in toto isto contractu quomodocumq; fiat magnum periculū est cōmittēdę iniustitię, vel saltem violandi charitatem, ideóque nunquā consulendus est, & iure merito in foro externo præsumitur iniustus, aut etiam vsurarius, ideóque pluribus in locis Principum sanctionibus prohibetur: atque ita explicaram nostram doctrinam complectuntur omnes: nam singoli partē eius aliquam tradunt, vt videbis si illos consulas; nempe *Sylu. verb. vsura* 44. Mercat. *lib.* 2. *de contract. capit.* 21. Rebell. *lib.* 9. *quæst.* 7. *num.* 7. Nauar. *cap.* 23. *num.* 91. Graffis 1. *part. decision. lib.* 2. *capit.* 109. *numero* 4. Molin. *tract.* 2. *disp.* 310. Gutier. *libro* 1. *can.* 44. *cap* 29. *num. vlt.* Less. *lib.* 2. *cap.* 21. *dub.* 16. Tolet. *lib.* 5. *cap.* 31. *num.* 3. Petrus à Nauar. *libro* 3. *de restitut. cap.* 2. *num.* 170. Salas *de vendit. dub.* 37. Ferdinand. à Castro *de iust. disput.* 5. *punct.* 33. Lugo *disp.* 26. *de iustit. sect.* 13. §. 2. & qui alios dabit Diana *de contract.* 1. *p. resolut.* 58.

CAPVT VI.

De rescissione venditionis.

I sunt præcipui modi rescindendæ venditionis quæ alioquin perfecta & valida erat, neque enim agimus de venditione quæ propter aliquem defectum nulla, irrita, & inualida fuerat; illa siquidem non rescinditur, sed inualida esse pronuntiatur.

ARTICVLVS PRIMVS.

De resolutione venditionis ex mutuo contrahentium consensu.

Dissolutio venditionis re integra fit mutuo consensu. 1.
Aliquando fit nouatio, non dissolutio. 2.
Quid opus facto quando res non est integra. 3.
An debeantur laudimia. 4.5.
An conueniendum sit cum patre ad dissoluendam venditionem factam à filiofamilias. 6.7.
An possit dissolui venditio post solutum pretium. 8.
An post datum fideiussorem. 9.
Quid si venditio fuit alternatiua. 10.
An venditio hominis post venditionem mortui possit dissolui. 11.
An venditio pura tollatur per conditionalem. 12.

Certum est ex mutuo partium consensu re adhuc integra dissolui venditionis contractum; volunt siquidem contrahentes rem non esse venditam, quod valet in omnibus contractibus, qui solo consensu perficiuntur; quod enim sufficit ad contractum, sufficere quoque potest ad distractum, si fiat in contrarium. Ita quoque definiunt iura *l.* 1. & 2. *C. quomodo liceat ab emptione discedere, l. iurisgentium* 7. §. *ade. l. ab emptione* 58. *D. de pactis*, & §. *vlt. inst. quib. mod. tollat. obligat.* res porrò integra dicitur, quia neque traditio rei, neque solutio pretij inchoata est, neque aliquid mandatum exequutioni; quamuis enim data fuerit arrha, quæ datur solùm in securitatem, non censetur inchoata executio; atque hæc venditionis dissolutio non est 1

noua venditio, sed prioris extinctio; quare pro ea non debetur noua gabella, neque pro ipsa venditione si inconrinenti, vt loquuntur, per contrarium consensum partes eam extruxerunt; tunc enim eodem modo reputatur contractus, atque si non fuisset celebratus: si autem post aliquod tempus dissoluatur, debetur gabella, quia ius fisco, aut alicui tertio iam acquisitum, non potest tolli ex consequente distractu solo contrahentium consensu, qui aliis quàm contrahentibus nocere nequit.

2 Aliquando variatur potiùs, quàm dissoluitur contractus, quia merx, aut pretium augetur, & abitur ex prima venditione, & tunc non debetur etiam noua gabella; quia est quodammodo eadem venditio. Non tenebitur tamen gabellarius, si fit imminoutum in hac venditione pretium, aliquid restituere ex priori gabella; quia iam ius ad illam acquisiuerat, & si pretium augeatur, acquiret ius ad supplementum gabellæ.

3 Quando res non est integra, sed iam facta aliqua traditio, dissolui poterit venditio in conscientiæ foro per consensum contrarium, non autem in foro externo; quia ex nudo pacto naturalis obligatio oritur, quæ vim haberet in conscientia, non autem ciuilis, quia iura negant actionem nudis pactis; vnde illi qui iam ex parte contractum impleuerat, non conceditur actio ad rem quam tradiderat repetendam, sed tantùm vt vrgeat alterum ad contractum implendum *l. 1. & 2. C. quando liceat ab empt. disced.* Si tamen pactum illud vestiretur stipulatione, concederetur actio ciuilis: si etiam vnà cum mutuo consensu restituatur id quod traditum fuerat, dissoluetur quoque contractus etiam in foro externo, *l. cit. & l. ab emptione 58. D. de pactis.* Denique quando fuerat contractus completus, si dissoluatur, censetur noua & disiuncta venditio celebrari, quando duplex quoque gabella soluenda erit. In his omnibus fructus medij temporis pertinent ad primum emptorem, ad quem periculum etiam rei pertinebit, vt ait Less. *lib. 2. c. 21. n. 122.* & nos alibi diximus.

4 Quod autem pertinet ad laudimia, cùm mutuo consensu contrahentium statim à celebratione & incontinenti dissoluitur venditio, non debeti domino laudimia docuit Molinæ. *in consuetud. Paris.* §. 13. *glossa* 5. *num.* 12. & §. 55. *glossa* 1. *numero* 37. & 38. Tiraq. *de retractu*, §. 1. *glossa* 2. *numero* 40. & *de retractu conuent.* §. 6. *glossa* 2. *n.* 2. atque ita iudicatum fuisse refert annotator Louet. *ad lit. R. numero* 2. secus verò si non in continenti, sed ex interuallo dissoluatur, vti ait idem Molinæ. *in consuetud. Paris.* §. 12. *num.* 10. & 13. & §. 23. *num.* 9. *tit.* 23. *de empt. & vend. num.* 16. Maynard. *tom.* 1. *lib.* 4. *cap.* 40.

5 Cum dissoluitur contractus ea conditione vt expensæ restituantur emptori, non debentur laudimia, & alia iura domino nuper soluta, sed ea ab ipso Domino, aut eius procuratore repetere potest. Ita Sanciuerunt PP. conscripti 14. Martij 1611. in notis apud Louet *littera R. n.* 2. *sub fin.*

6 Ex hactenus allata eaque certa & constanti doctrina quarumdam quæstionum explicationem colliges.

Quæritur enim primò, an si filiusfamilias tibi quidpiam vendiderit, debeas conuenire cum patre & filiofamilias, vt ab ea conuentione abeatur, & si cum patre solo conuenias, quid operatura sit ea conuentio? hanc quæstionem ponit Pomponius *in l.* 1. *D. de rescind. vend.* & respondet ex Celsi filij sententia quam probat, ad resoluendam venditionem rei peculiaris à filiofamilias mihi factam, non sufficere conuenire inter me & patrem, vt ab emptione abeatur, sed ipsum conuenire debere inter patrem & filium, & me, quòd aliter fieri non possit, vt filius ignorans liberetur, nulla siquidem iuris ratio patitur, vt filius inuitus, & ignorans per pactionem à solo patre factam liberetur; quid enim si liberari nolit? nam certum est filium inuito patre & obligari, & in obligatione permanere *l. cogi* 16. §. *si pater filio. D. ad S. C. Trebellian.* Certum quoque iure est nullo alio casu quempiam inuitum & ignorantem haberi posse, quàm si alius pro ipso vel soluat, vel iudicium accipiat *l. solutione* 23. *D. de solution. l. soluendo* 159. *D. de negot. gest.* Nullibi verò proditum est, eum, qui per aliquem contractum obligatus est, liberari posse per eiusmodi contractus resolutionem inter alios eo inuito vel ignorante factam. Denique cùm hic agatur de sola rei peculiaris venditione facta à filiofamilias, certum est ex illa patrem inuitum & ignorantem non obligari, nisi actione de peculio. Quare cùm absente filio pacifcitur cum emptore, vt ab illa emptione abeatur, nihil aliud omninò aget nisi vt emptorem ab actione de peculio liberet, non autem liberet filium ab actione illa in solidum, quæ cuilibet competit contrahenti cum filiofamilias, *l. si quis cum filiofamilias* 44. *D. de peculio, l. filiusfamilias* 49. *D. de obligat. & act.* quæ aliaque plura congerit Anton. Faber. ad confirmandam Celsi filij Pomponiique sententiam.

Quæ confirmãtur ex secunda quæstione quæ in 7
eadem lege subiicitur his verbis: *Et quæritur vtrumne nihil agatur ex ea pactione, an verò ego quidem liberer, filius maneat obligatus*: nempe quandoquidem ex conuentione facta inter patrem & emptorem rei peculiaris non liberatur filiusfamilias ab illa venditione, an ea pactio sit prorsus inutilis, ita vt per eam nec pater ipse, nec emptor liberetur, an verò valeat quantùm ad eos qui contraxerunt, ita vt ambo liberentur, non valeat autem quantum ad filiumfamilias cum quo nihil conuenit, qui proinde manet obligatus: simile enim aliquid contingere videtur quoties pupillus sine tutoris authoritate pacifcitur, ipse enim liberatur, non is qui cum ipso pactus est *l. contra* 28. *D. de pactis, l. Iulianus* 13. §. *si quis à pupillo. D. de actionib. empt.* Dicendum tamen est, vt insinuat ipsemet Pomponius, nullam esse eiusmodi pactionem, siue omninò inefficacem esse ad liberandum ab obligatione: neque exemplum pupilli fauet; nam & ipse contractum ritè tutoris authoritate factum resoluere non potest, licèt maximè velit absque tutoris authoritate, vti statim ostendemus. Deinde nulla iuris ratio dat vim pactioni de qua agimus, si quidem Aristonis sententia, posse contrahentes ita pacisci vt vnus contrahentium liberetur, alter maneat obligatus, à cæteris Iurisprudentibus olim explosa fuit: quare neque nostro casu dici potest patrem & emptorem esse liberatum, filium verò manere obligatum; ita enim pro vna tantùm parte abiretur ab emptione & claudicaret resolutio contractus, quod ferendum non est in venditione, quæ perfecta fuit; ex quibus tandem iure colligit Ant. Faber verba postrema *l.* 1. *D. de rescind. vend.* *Sed dicendum est patre paciscente, & liberato aduersario filium quoque ob id*, vel vt legitur in Florentinis, *obiter liberari*; non esse Pomponij, sed assumentum Triboniani contra iura apertissima.

Quia verò diximus rebus omnibus integris posse contrahentes abire ab emptione, quæritur secundò 8

cundò an post solutum pretium liceat emptionem infectam facere quamdiu res non est tradita.

Resp. non posse, quia ex parte emptoris res integra non manet; itaque ad resolutionem non sufficiet nudus consensus contrahentium *l. 1. D. de rescind. vend.* sed opus erit vt omnia retroagantur, & præstentur; qua ratione etiam ex vtraque parte perfecta venditio, & effectum sortita resolui potetit *l. ab emptione* 58. *D. de pactis*, *l. 1. & 2. C. quando lic. ab empt. disced.*

9 Quæritur tertiò an si venditor fideiussorem de soluendo pretio accepit ab emptore, vel emptor à venditore traditionis vel euictionis nomine, possit nihilominus nudo consensu dissolui venditio, cùm enim eiusmodi fideiussiones pertinere videantur ad complementum, siue potiùs ad executionem contractus, non videtur ampliùs esse integra, quod tamen requirebamus vt à venditione nudo consensu discederetur.

Resp. tamen etiam hoc casu dissolui posse venditionem mutuo & nudo consensu, quod affirmat Paul. *in l. 3. D de rescind. vendit.* quia res tamdiu integra est, quamdiu ex neutra parte, neque ex alterutra contractus impletus est traditione rei, aut solutione pretij, siue totius, siue partis ipsius. At verò neque datio fideiussoris, neque etiam stipulatio interposita de soluendo pretio, vel re tradenda est solutio, aut traditio, quare non impediunt quominus res sit integra, neque faciunt quominus nuda conuentione venditio dissoluatur.

Hinc oritur alia quæstio quam ponit soluitque *in l. 3. cit.* idem Paul. an emptor qui fideiussorem accepit à venditore, possit aduersus illum ex empto agere, postquam conuenit nudo pacto vt ab emptione discederetur. Ratio difficultatis est, quia non potest esse tanta vis nudi pacti ad dissoluendum contractum iam perfectum, quanta est contractus perfecti, qualis fuerat emptio ad producendam obligationem, & ex obligatione actionem empti & venditi. Dicendum tamen est non posse hoc casu emptorem agere ex empto, quia repelletur exceptione nudi pacti; eiusmodi enim exceptiones, vt inquit *ibid.* Paul. insunt bonæ fidei iudiciis, nempe ipso iure, siue sola potestate iudicij, & ratione bonæ fidei, quamuis in formula Prætoris non exprimantur, cùm bona fides non patiatur quidquam contra pactum fieri *l. 1. D. de pactis*, *l. 1. D. de pecunia constitut.* neque etiam dolo malo, qui maximè contrarius est bonæ fidei. Neganda igitur est emptori actio ex empto propter exceptionem nudi pacti, quæ iudicio bonæ fidei tacitè inest ipso iure. Hæc autem actio intelligenda est contra venditorem, non autem contra venditoris fideiussorem, quia aduersùs illum nunquam competere potest actio ex empto, sed tantùm ex stipulatu, cùm non nisi per stipulationem obligari possit fideiussor *l. Blanditus* 12. *C. de fideiussor.* & § *vlt. inst. eod.*

Qua de causa quærit iterum Paul. an fideiussori vtilis sit exceptio pacti nudi de quo diximus, quia iudicium actionis ex stipulatu non est bonæ fidei, sed stricti iuris, cui exceptio pacti non inest ipso iure. Negat igitur Paul. fideiussori vtilem esse hanc exceptionem, non quasi maneat cum effectu obligatus, sed quia omnis exceptio supponit actionem; est siquidem actionis exclusio: actio verò nulla competere potest aduersùs fideiussorem iam liberatum, atqui reo principali liberato fideiussor quoque, cuius actio tantum accessoria est, per consequentias liberatur, *l. si fideiussor* 19. *D. de dolo. l. si seruum* 91. §. *videamus. D. de verbor. obligat.* Cum igitur diximus venditorem pro quo fideiussit datus est liberatum esse ab actione ex empto ipso iure, necesse est ipsum fideiussorem ipso quoque iure liberatum esse.

Quæritur quartò an quando duarum rerum venditio alternatiuè facta est, putà lancis, aut togæ, quomodo dissoluatur emptio duin conuenitur vt alterutrius emptio maneat. 10

Resp. si ita conueniatur ne lanx, aut toga vendita sit, dissoluitur tota venditio, *l. si vnus* 27. §. *sed si stipulatus*, *D. de pactis*. At verò si conueniatur ne alterutrius, puta lancis venditio maneat, idem erit atque si conueniatur, vt solius togæ maneat emptio. Itaque intelligenda est *l. 4. D. de rescind. vend.*

Quæritur quintò, an mortuo homine vendito, & nondum tradito maneant actiones ex empto & vendito. Ratio dubitandi est, quia cùm ex natura venditionis venditor teneatur ad tradendum rem venditam, & cùm hominis mortui traditio sit prorsus inutilis, melius omninò est venditionem pro non facta haberi, cùm ex parte venditoris amplius impleri non possit. 11

Resp. tamen manere ex empto & vendito actiones, & venditionem factam consistere, ita *l. 5. §. 2. D. de rescind. vendit.* quia venditione nudo consensu perfecta, quamuis rei venditæ dominium maneat apud venditorem, quousque res vendita tradita fuerit, aut etiamsi tradita fuerit donec pretium ipsius solutum fuerit, aut venditori quapiam alia ratione satisfactum, vti ex disputatis hactenus constat, periculum tamen illius rei pertinet ad emptorem, vti etiam diximus, sicut & eius commodum pertineret, *l. necessariò* 8. *& passim D. de pericul. & comm. rei vend.* & *l. 1. C. eod.* quia est in potestate emptoris pretium offerendo venditorem ad traditionem vrgere *l. Iulianus* 13. §. *offerri. D. de actionib. emp.* & *l. hereditatis* 22. *D. de pericul. & com.* atque ita vel rem venditam habere, vel venditorem in mora constituere, cuius moræ effectus erit periculum in venditorem reiicere *l. si ex legati* 23. *& seq. l. si seruum* 91. *D. de verbor. obligat.* & alibi. Si igitur res vendita pereat, & moriatur mancipium, antequam venditor in mora constitutus fuerit ab emptore, peribit emptori, & venditor liberabitur, neque ad traditionem vrgeri poterit, aut æstimationem mancipij venditi, quam nec vendidit, nec promisit. Manebit igitur tunc venditio, & si aliqua conuentione ab ea discessum fuerit, manebunt tamen actiones ex vendito, & ex empto: ex vendito quidem, vt venditor possit pretium ab emptore consequi, & si quid aliud promiserit quod partem pretij efficiat *l. fundi partem* 79. *D. de contrah. emp. l. si sterilis* 21. §. *si tibi. D. de action. emp.* ex empto verò si quid aliud præter hominis venditi traditionem emptor exigere possit à venditore.

Quæritur sextò an si quid emi purè & absoluiè, possim deinde ab eodem sub conditione emere, istaque emptio priorem omnino tollat, cùm aliquid possit nobis ex pluribus causis deberi. 12

Resp. nihil agi posteriore ista emptione conditionali *l. 7. D. de rescind. vendition.* quia quod iam nostrum est, non potest fieri magis nostrum, quod aliàs monuimus. Cùm igitur emptor iam factus sit dominus per puram emptionem secuta traditione, non potest fieri rursum dominus per consequentem venditionem conditionalem, quæ etiam nihil

nihil habet vnde priorem elidat. Quod autem vulgò dicitur quidpiam nobis posse deberi ex pluribus causis, intelligendum est de causis diuersi generis, non eiusdem, vt pluribus emptionibus, pluribus stipulationibus; quare inutilis omninò erit hæc posterior emptio conditionalis, cùm prior quæ fuerat absoluta, suum habuerit effectum, vel potius omninò perfecta fuerit.

ARTICVLVS II.

De dissolutione venditionis propter errorem.

Multiplex error. 1.
De errore in corpore. 2.
Error in nomine. 3.
Error in materia. 4.
Explicatur l. alioquin 11. §. 1. *D. de contrah. empt.* 5.
Error circa rei distractionem. 6.

1 Certum est ratione erroris commissi in venditione, illam esse sæpissimè rescindibilem, aut saltem emendandam, quamuis error ille fuerit aliquando inculpabilis, vbi deinde ignotuerit, ne quis alienum retineat. Cessat siquidem bona fides in retinendo quod scis esse alienum, licèt cùm accepisti, nescires esse tale. Hic porrò error multiplex esse potest. Primùm in pretio, debet, enim in conscientia poni quod deest ad iustum pretium, saltem infimum; & quod supremum ac rigorosum excedit, restitui, aut rescindi venditio.

Secundò contingit error in contractu, vt si existimaui me tibi vendere, tu autem me tibi donare, *l. si ego* 18. *D. de rebus credit.* tunc enim neque venditionis, neque donationis contraheretur obligatio, vt ibidem tradit Vlpian. qua de re fusiùs disputauimus *in opere de vsuris lib.* 1. *cap.* 1. *art.* 1. *à n.* 3. Vide etiam Anton. Fab. *in illam l.* quia cùm in omni contractu requiratur contrahentium consensus, talis reperiri nequit inter dissidentes, vti contingit in illo casu.

2 Tertiò error contingit in corpore rei venditæ, v. g. existimaui me tibi vendere fundum Sempronianum, tu autem te emere Cornelianum *l. in venditionibus* 9. *D. de contrah. vend.* quæ venditio nulla erit, modò error non sit in solo nomine, quia non potest esse maior dissensus, quàm circa corpus de quo contrahitur, & sicut non potest esse venditio sine re quæ væneat; ita neque sine consensu præstito à contrahentibus circa illud ipsum corpus, quod venditur: maximè cùm talis est contractus, vt ex illo possit transferri dominium, si aliquod est apud tradentem, cuiusmodi est venditio; quare si ego me Stichum emere, tu Pamphilum absentem vendere putasti, nihil agimus. Idem quoque contingit in stipulatione, quamuis illa stricti iuris sit, *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *iuncta l. continuus* 137. §. 1. *D. de verb. obligat.* aliisque omnibus contractibus, qui licèt non perficiantur nudo consensu, sed vel verbis, vt stipulatio, vel litteris, vt litterarum obligatio, vel numeratione pecuniæ, vt mutuum, vel traditione, vt donatio; consensum tamen essentialiter requirunt, solaque excipiuntur iudicia, quæ quia exercentur in inuitum, non impediuntur ex dissensu litigantium; putà si actor petat Stichum, & de vno Sticho sentiat, & reus de alio; quia alioquin esset in potestate rei eludere iudicium, negando se de eodem Sticho sensisse.

Dices venditorem æquè negaturum se de eodem corpore sensisse, de quo sensit, ne venditione teneatur.

Respond. cùm constat emptionem valere, & non quæritur nisi de iure & conditione obligationis, *vt in l.* 7. *D. de contrah. empt.* & *l. in vendentis* 13. *C. eod.* absurdum videri in alterutrius contrahentium potestate, & arbitrio poni, an ex emptione, vel venditione teneatur; at verò cùm quæritur, an ipsa valeat venditio, vel emptio, contrahens qui dicit valere, probare debet in eam rem venditam consensum esse, qui verò negat valere & se dissensisse ait, non tenetur probare suum dissensum, modò dissentiendi aliqua vel causa, vel color appareat: v. g. si duo sunt Stichi, duo fundi vicini, de quibus in venditione pariter cogitatum esse potuit. Quæ omnia confirmantur, quia semper error in corpore vitiat, vt in matrimonio, si consenserim in Titiam filiam Sempronij, quæ tamen est filia Mæuij, in quam reuerà non consensi, sed volui filiam Sempronij. Eadem ratione in hæredis institutione, si testator vellet hæredem scribere Sempronium, scripsit Mæuium *l. quoties* 9. *D. de hered. instit.* nulla est institutio; cùm tamen causa matrimonij, & institutionis fauorabilissimæ sint, ideóque probandus sit error, alioquin pro ipsarum valore præsumetur. Adeo verò nulla est emptio vbi erratum fuerit in corpore, vt pro emptore non possit sequi vsucapio: Res siquidem quæ empta non est, pro emptore nequit vsucapi *l.* 2. §. *cùm Stichum. D pro emptore.*

Dixi initio solius nominis dissensum, & errorem non nocere, modò de corpore constet, quod affirmabat Vlpian. *in citata l.* 8. *D. de contrah. vend.* quia semper inspiciendum potius est, quid rei, quàm quid nominis, & in nostro casu non venditur nomen, sed corpus, quod idem contingit in testamentis *l. quoties* 9. *D. de hered. instit.* & *l.* 4. *C. de testam.* vbi idem affirmatur si fuerit erratum à testatore in prænomine, cognomine, vel agnomine, *l. si ita scriptum sit* 8. §. *sed & cum in prænomine. D. de bonor. possess. secund. tabul.* Idem quoque fit in rei vindicatione *l. item Pomponius* 5. §. *cum in rem. D. de rei vind.* & in stipulationibus *l. si in nomine* 32. *D. de verb. obligat.* quæ tamen omnia intelligenda monet Anton. Faber. *in cit. l.* 8. § 1. de nominibus imposititiis, quæ mutabilia sunt, non de naturalibus quæ sunt immutabilia: v. g. cùm tibi fundum venderem, tu hominem te emere putasti, non esset error aut dissensus probabilis, idcircò valeret emptio; quia necesse est id emptum esse quod fuit venditum, si nulla causa nullusque color fuit in emptore aliud existimandi. Sic si testator volens hominem legare legauerit fundum, aut vestem, neutrum debebitur, *l. si quis in fundi* 4. *D. de legat.* 1. quia ferendus non est qui nomen naturale, ac sua natura immutabile mutare voluit, debueratque emptor dicere cùm ei fundus à venditore venderetur, nolle se fundum emere, sed hominem; & testator se legare hominem, non fundum aut vestem. 3

Quæres tamen quid faciendum sit si homo quidem designatus fuit suo nomine, sed cum artificio, in quo tamen erratum sit, in eiusque nomine: v. g. habuit quis seruos Flacum fullonem, & Philonicum

cum pistorem, & vendidit Flaccum pistorem, quisnam venditus intelligitur, an Flaccus qui pistor non est, an Philonicus, qui pistor est. Distinguit Antonius Faber cum Accursio, an contrahentes habuerint nota seruorum nomina, an non: nam si nouerint, is debebitur, qui nominatus est, si verò ignorauerint, pistor videbitur venditus, & emptus perinde ac si nomen ei fuisset adiectum.

4 Neque tantùm error in corpore, sed etiam in materia & substantia vitiabit venditionem, eamque nullam faciet *l. in venditionibus* 9. §. 2. *D. de contrah. empt.* vt si æs pro auro, plumbum pro argento væneat; quia eiusmodi materiæ & substantiæ diuersitas inducit diuersitatem rei, cùm vnaquæque res æstimetur in sua substantia. Quare error, & dissensus in materia non minus vitiare debet emptionē, atque error in corpore: quis enim dixerit eum, qui vinum, aut aurū, vel argentū emere voluit, æquè empturum fuisse acetum, aut æs, aut plumbum. Quare cùm non consentiant in eo fine quo emptor non esset empturus, nulla penitus erit emptio ipso iure, cùm eo casu aliud pro alio vendatur & ematur, vt sapienter disputat Vlpianus contra Marcellum *citato* §. 2. & dicitur etiam *l. quid tamen* 14. & *l. si sterilis* 21. §. *quamuis. D. de action. emp.*

Dices in aliis quibusdam contractibus tum stricti iuris, tum bonæ fidei subsistere contractum si consensum sit in corpore, licèt erratum sit in materia, quamuis de eo pro posit doli exceptio, vt in stipulatione *l. si cùm aurum* 22. *D. de verbor. obligat.* & in pignore, qui contractus bonæ fidei est, *l.* 1. *in fin. D. de pignorat. action.* Cur igitur aliter in venditione contingeret, atque etiam in solutione, *l si cùm aurum* 50. *D. de solutionib.*

Resp. differentiam peti ea eo quod in emptione contrahatur vtrimque obligatio æquè principaliter: ex parte quidem venditoris vt rem tradat, ex parte verò emptoris vt pretium conuentum præstet, hoc autem pretium constituitur ex comparatione & proportione rei, quæ venditur, quamque emptor emere se existimauit, & non eius quæ traditur, & quam emptor non putauit se emere: estque omnino aliud auri, aliud aurichalci, aliud plumbi, aliud argenti pretium; quare si eiusmodi venditio valeret duplicem initium, & deceptionem pateretur emptor: nam & emeret rem quam non fuisset empturus si in materia non errasset, & longè minus pretium obtulisset, si non aurum sed æs, nec argentum sed plumbum empturus fuisset: quæ omnia non contingunt in stipulatore, & creditore, quia ad nihil obligantur, nisi vt creditor id ipsum pignus quod accepit, restituat soluto sibi debito: quare dicere non possunt se non fuisse contracturos, si in materia non errassent, ipsorumque interest contractum consistere modò in corpore non dissenserint. In solutione quoque idem contingit quod in venditione; quia vt liberatio quæ indiuidua est, *l. si quis aliam* 46. *D. de solution.* vera sit, id quod soluitur debet respondere ei quod debetur. Auro autem quod debetur non respondet æs, neque argento plumbum. Iure itaque constitutum fuit *l. si aurum* 50. *D. eod.* debitorem auri vel argenti non liberari si æs vel plumbum soluerit: nam neque creditori superesset actio contra debitorem iam liberatum, si enim liberatus est, quomodo poterit manere obligatus *l.* 1. *de contrar. iud. tutel. l. Modestinus* 76. *D. de solution.*

Dices valere venditionem si quod venditum est quasi aureum fuerit inauratum; quia habuit aliquid auri *l. quid tamen* 14. *D. de contrah. emp.* vbi de venditione viriolæ inauratæ tanquam aureæ; & tamen eo casu conuentum fuerat pretium tanquam aureæ, & non inauratæ. Ea ea igitur ratione quod pretium constituatur ex comparatione rei quæ venditur, non quæ traditur, non debet vitiari venditio, vti contendebamus.

Resp. rem quam venditor pro aurea vendidit, vel nihil in se habere auri, vel habet aliquid. Si primum contingat, nulla est venditio, cum erretur in materia: si secundum vel venditur res illa quæ tanquam aurea venditur pro solida, vel simpliciter tanquam aurea venditur, neque an tota & solidè aurea sit exprimitur, aut cogitatur. Si tanquam ex solido auro vendatur, nulla erit venditio, cùm in materia tota erretur, vt contingit in eo qui mensam argento coopertam vendidit pro argentea in solidum ignoranti emptori, qui argenteam esse putabat, vti affirmabat venditor *l. cum ab eo* 41. §. 1. *D. de contrah. empt.* quia tunc nec vendendi animus fuit, nec emendi mensam, quæ non tota esset argentea. At verò si res quæ tanquam aurea aut argentea venditur aliquid immixtum in se & infusum auri, vel argenti habeat, neque tanquam solida argentea, vel aurea vendatur, valida erit venditio ratione saltem illius partis, quæ aurea vel argentea est: cùm ea ratione non magis erratum sit in materia, quàm in corpore. Quare Cuiac. *lib.* 2. *obseruat cap.* 4. subtiliter distinguit mensam argenteam, hoc est ex argento, & alia materia mixtam ab ea, quæ non nisi argento cooperta est, hæc enim nihil in se argenti habet, ideóque in eius venditione erratur in materia, cùm nulla ex parte sit argentea, sed vestita bractea & lamina argentea. Prior autèm illa aliquod argentum sibi immixtum, & infusum habet, ideóque ea parte argentea est; neque proinde erratur in tota materia; quare secundum illam partem valebit emptio. Atqui emptionem quæ ex parte valet, in totum valere necesse est, cum sit indiuidua, *l. fundus ille*, 64. *D. de contrah. empt. l. cùm ex causa* 139. *D. de verb. obligat.* quia partem neque empturus fuerat emptor, neque venditor venditurus, *l. Tutor*. 47. §. 1. *D. de minorib. l. si quis aliam* 46. *D. de solution.* habebit nihilominus emptor actionem contra venditorem quanti sua interest, etiamsi venditor nesciuerit, & errauerit. Quando verò in tota materia erratum est siue ab emptore solo, siue ab vtroque, venditio irrita & inutilis erit, quia pro nulla parte valere potest.

Hinc solues cur Vlpian. *in l. alioquin* 11. §. 1. *D. de contrah. emp.* dicat valere emptionem, cùm quis virginem emere putans emit corruptam, & mulierem iam factam; quia neque in materia, neque in corpore, neque in sexu errauit, neque proinde in totum, sed solùm in qualitate, quæ ad rei substantiam non pertinet. Et quamuis ea qualitas fortassis emptioni causam dederit, & sine qua nec emptor empturus, neq; pretium constiturus fuisset: nam fortassis virginem emebat, vt sibi illam matrimonio iungeret, vt in *l. si collactaneus* 13. *D. de manumiss. vind.* & absurdum omninò videatur valere emptionem, qua quis scortum emit pro virgine; quia tamen non minùs difficile est virginem à corrupta, quàm ancillam à libera dignoscere, postulauit publica commerciorum vtilitas & necessitas, vt eiusmodi venditiones valerent, adeò vt nec redhibitoriæ actioni tunc locus esse possit *l. ex empto* 11. §. 10. *l. qui virginem, D. de actionib. empt.* Vt tamen emptori decepto consulatur, tenetur venditor

ditor actione ex empto ad resoluendam venditionem, & vt restituto emptori pretio mulier venditori reddatur, ex *citato §. is qui virginem.*

Quando verò erratum est in sexu, cùm enim puerum vellem vendere, tu puellam te emere existimasti, venditio nulla est, quod affirmat Vlpian. *citata l. 11. §. 1. D. de contrah. empt.* quia cùm erratum fuerit in sexu, non fuit consensum in corpore; quandoquidem aliud naturaliter est corpus fœminæ, aliud masculi.

Discrimen præterea ponit Vlpian. *in l. in venditionibus 9. §. 2. D. eod.* inter eum qui acetum pro vino, & qui æs pro auro, vel plumbum pro argento vendidit: nam in priore illo non videtur erratum omnino in materia esse, cùm in vino & aceto eadem penè substantia, & *vsia* esse videatur: distinguendum tamen est cum eodem Vlpiano; vel enim acetum initio fuit, hoc est priusquàm venderetur, neque vnquam vinum, vt embamma, id est factitium, vt *l. si quis vinum 9. §. 1. D. de tritic. vin. vel oleo legat.* vel vinum ab initio fuit, quod deinde acuerit ante perfectam venditionem. Priore casu non valet venditio; quia fuit erratum in materia tota, & vnum pro alio venditum, & pro vino acetum quod nec vinum est, nec vnquam fuit; est enim embamma, & βάμμα est τὸ ὄξος ἐσκευασμένον, acetum factitium, & non tantùm vinum, quod coacuerit. De eo vide Cuiac. *lib. 15. obseruat. c. 27.* & Colum. *libro 12. capite 34. de aceto scyllitico*, & Mercurial. *libro 1. variar. cap. 14.* At verò cùm vinum tantùm acuit nondum perfecta venditione, non erratur in materia, quia vinum illud non acquisiuit nouam formam, sed solùm nouam qualitatem, nempe nouum odorem & saporem.

6 Quartus error contingit circa rei destructionem quæ tamen superesse existimatur; vt venditio domus combustæ inter ignorantes facta, de qua Paul. *in l. domum 57. D. de contrah. empt.* Si tota igitur domus combusta fuit, ita nulla est venditio, vt ne in area quidem ipsius combustæ subsistat, quia empta domus est, & non area sola, quæ licèt supersit combusta domo, verum est dicere venditam esse rem quæ in rerum natura non existebat amplius, ac proinde nihil esse venditum.

Dices ex eodem Paulo *in l. qui res 98. §. aream. D. de solution.* qui aream promisit, in qua ædificium extructum est, si posteà consumptum fuerit, teneri aream præstare: quidni etiam si domum promisit, quæ posteà combusta sit, pro domo saltem aream æquè præstabit; quia nimirum vnà cum domo promissa fuit area, quæ cùm supersit exusta domo, exhibenda erit: nam stipulatoris interest, vt si totam domum habere non possit, quia combusta est, habeat saltem aream, quæ superest ex eo quod promissum fuerat: sicut enim quod ex re iam mea superest, meum est *l. solum 49. §. 1. D. de rei vindicat.* ita quod ex re mihi debita superest, mihi debetur. Simili igitur ratione quod ex re vendita superest, venditum videbitur, atque adeò area domus venditæ, & combustæ.

Respond. latum esse discrimen inter dominum, atque stipulatorem, & emptorem in hoc casu: interest siquidem domini, vt si rem suam totam habere, vel vindicare non possit, id saltem quod ex ea superest habeat, aut vindicet: similique modo stipulatoris interest, vt si totum sibi promissum consequi nequeat, id saltem quod ex re promissa restat, consequatur; atque ita secundùm illam partem valere & subsistere promissionem. At verò interest emptoris venditionem domus combustæ, quam esse combustam ignorabat, non subsistere, ne conueniri possit ad solutionem pretij, & vt si fortè pretium soluerit, repetere illud possit ex condictione indebiti: alioquin grauiter omninò deciperetur, vt vides. Quare si tum venditor, tum emptor ignorauit combustionem illam, vides venditionem illam, vtpote rei non existentis, nullam esse, ne emptor graue damnum patiatur. Si verò vterque combustionem sciuit, id omninò inter eos actum videtur, vt nihil agerent vendita emptaque ea re, quam in rerum natura non esse, adeóque neque vendi posse sciebant. Si solus venditor sciuit domum esse combustam, neque valebit venditio propter rationem allatam, & præterea damnandus erit venditor actione ex empto in id omne, quod emptoris interfuerit, *l. non licet 6. §. 1. D. de contrah. empt.* & *l. si sterilis 21. §. quamuis, D. de actionib. empt.* Si denique solus emptor sciebat combustam fuisse domum, ignorante venditore, nulla competet actio venditori aduersùs emptorem ad solutionem pretij, cùm nihil ipse vicissim emptori præstare possit, *l. illud 29. D. de adil. edict. l. Quintus 40. D. de contrah. empt.* Si tamen ipsi solutum fuisset pretium, illius retentionem haberet, quia indebiti condictio dari nequibit emptori, qui sciens indebitum, soluendo id ipsum donasse videtur *ex reg. l. cuius per errorem. D. de regul. iur.* & conqueri non potest se à venditore fuisse deceptum, sed ipse sese decepit, *l. 1. in fin. D. de action. empt.* quæ tamen omnia quidem valere fateor in foro externo, quod in eo casu negabit condictionem indebiti emptori; at verò in foro interno tenebitur venditor restituere acceptum pretium, cùm ipse pro eo pretio nihil præstiterit emptori, neque præstare possit, & quia reuerà venditio nulla est, cùm nulla fuerit res vendita. Nisi igitur certò illi constet de mente & animo emptoris, qui emens domum quam combustam esse sciebat, pretium illius quod venditori soluit, donare voluerit, illud restituere tenebitur, quamuis emptor non possit agere aduersùs illum in foro externo condictione indebiti, vt diximus.

Quia verò quandoque tota domus vendita combusta non est, sed eius aliqua pars, quid tunc agendum sit additur *in citata lege domum 57. D. de contrah. empt.* Nam si pars amplior combusta fuerit, emptor non cogetur perficere emptionem: Imò si quid pretij nomine prorogauit, repetere poterit: si dimidia vel minor dimidiâ pars combusta fuerit, emptor cogetur perficere emptionem, æstimatione boni viri arbitratu habita, vt quod ex pretio propter illud incendium decreuisse videbitur, ab huius præstatione liberetur. Has tamen aliasque subdistinctiones in illa *l. domum* post illa verba *Neratius ait*: Triboniani esse assumenta putat Anton. Fab. rum in eam *l. tum lib. 12. coniectur. cap. 17. num. 6.* quem consule.

ARTICVLVS III.

De rescissione venditionis ex l. 2. C. de rescindenda venditione.

Improbabiles causæ rescindendi venditionem. 1.
Causa legitima. 2. 3. 4. 5.
Causa communis. 6.
An liberet obligatione naturali. 7.

An

An valeat in foro Ecclesiastico. 8.
An detur exceptio. 9.
Quid sit lædi intra aut vltra dimidium. 10.
An hæc lex succurrat emptori. 11.
An ad alios contractus amplietur. 12.
De contractibus bonæ fidei & stricti iuris. 13.
An valeat in locatione. 14.
An in diuisione hæreditatis. 15.16.
An in æstimatione rerum dotalium. 17.18.19.
An in permutationibus. 20.

IN toto isto titulo codicis, & tribus sequentibus quæritur quæ sint causæ probabiles, vel improbabiles distrahendæ, resoluendæ, vel reuocandæ venditionis. Dupliciter autem rescindi dicitur venditio. Primò quidem ipso iure. Secundò beneficio actionis ex empto & sententia Iudicis, vti obseruat & pluribus ostendit Cuiac. *in hunc. tit.*

1 Causæ igitur ex quibus non rescinditur venditio sunt. Primò prætextus vilioris pretij, nisi ea fraus superet dimidium iusti pretij, vt dicemus statim. Secundò non rescinditur vnius nuda voluntate, aut consensu, aut etiam rescripto Principis, aut priuilegio fiscali *l. 3. C. de rescind. vend.* Tertiò neque etiam obligatione pretij, quamuis venditor offerat duplum pretium *l. 6. C. eod.* Quartò non etiam priuilegio militiæ, licèt miles offerat pretium, & id impetrauerit à Principe *l. 7. C. eod.* Cuiacius tamen ait sequendum esse rescriptum his tribus simul concurrentibus; militia, obligatione pretij, rescripto Principis, sed si nihil est istorum, etiamsi rescripto ius illud obtinuerit miles, & impetrarit rescissionem, eodem iure aduersùs eum vtentur, qui aliquid vendiderint: nam etiam illi reuocabunt vendita oblato pretio ex edicto *quod quisque iuris.* Quintò non rescinditur venditio sine prætextu aliquo, qualis non erit si pecora aut aliæ res in solutum datæ fuerint pro pecunia. Sextò non rescinditur venditio si me vendente cuidam emptori denuntiauero me rem non vendere, & nihilominus perfecta fuerit venditio *l. 13. C. eod.* Septimò denique non rescinditur venditio eo quod emptor dictæ legi non pareat, vt si conuenerit vt emptor soluat vectigal Reipublicæ, nec soluerit, nihilominus erit actio ex vendito vt impleatur conditio *l. 14. C. eod.*

2 Causæ probabiles rescindendæ venditionis sunt, primò si curialis vitans munera ciuilia furtim bona sua vendiderit, & patriam reliquerit, *l. penult. C. de rescind. vendition.* Hi curiales, decuriones erant; Curia siquidem Senatus est. Et quidem Senatus Romæ tum antiquæ, tum nouæ, siue Constantinopolitanæ, dicebatur Maximus *l. vlt. C. de decurionibus*, in aliis ciuitatibus erat Curia & Senatus, sed minor dicebatur, & qui in illum adscripti erant consilij publici causa, Curiales, siue Decuriones, Senatores quodammodo erant, *l. omnes iudices 33. C. de decurionib.* Maiorian. *in Nou. de curialibus. Curiales seruos esse reipublicæ* (lege neruos) *ac viscera ciuitatum nullus ignorat, quorum cœtum rectè appellatum minorem Senatum.* Quæ eadem habet Cassiodor. *lib. 9. capit. 2.* vbi & neruos, non seruos legit. Illis indulta erat summa quælibet dignitatum prouincialium prærogatiua, cùm, vt iam dixi, minorem Senatum componerent, & coniugiorum sordibus maculari ipsorum dignitatem prohiberent leges ex *Nou. Maiorian. & l. nulli, C. Theod. de Decurion.* & per obligationem Curiæ quisquis naturalis foret, fiebat legitimus, *Nou. quibus modis natur. fieb. legit.* Quia tamen tenebatur quisquis fieret Decurio id agere cum suo ordine, vt tributa publica in tuto essent, & si illorum vel tantilla pars deesset, præstare cogebantur ex suis fortunis residuum; itaque obligati erant fisco in solidum, bonaque eorum vænibant, si non haberent vnde liberarentur ære publico, tantaque erat seruitus, vt illis aliò migrare relicta Curia non liceret; nonnulli vt tam importuna, exitiosa & seruilia munera fugerent; fuga sibi consulebant, & relicta patria, fortunisque diuenditis aliò commigrabant. Has itaque venditiones rescindi iubent Imperatores *in l. pen. C. de rescind. vendit.* Non absimilem constitutionem aduersùs Ægiptij Monachos, quibus infensus erat tulit Valens vnà cum Valentiniano collega, *l. quidam 26. C. de decurion. Quidam*, inquiunt, *ignauiæ sectatores desertis ciuitatum muneribus captant solitudines ac secreta, & sub specie religionis cum cæteris μοναζόντων congregantur. Hos igitur atque in eiusmodi deprehensos erui latebris consulta præceptione mandamus, atque ad munia patriarum subeunda reuocari, aut pro tenore nostræ sanctionis familiarium rerum carere illecebris, quas per eos censuimus vindicandas, qui publicarum essent subituri munera functionum.* Valens igitur non redeuntibus è solitudine abiecto monachismo propria ademit bona, quæ adiicit iis qui eorum vice bona ciuilia gesserint. Sed de impia Valentis aduersùs Monachos persecutione querelæ sunt patrum plurimorum, de quibus aliàs; neque enim ignauia illa quam falso prætextu expiabat Valens illum excusabat. Iubent quidem Francorum Regum capitularia *lib. 1. cap. 110. & 114.* veniam impetrari à Principe, vt quis fiat Monachus: *Quia audiuimus*, inquit piissimus Imperator Carolus, *aliquos ex illis non tam deuotionis causâ hoc fecisse, quàm pro exercitio seu alia functione regali fugienda.* Et sanè nullus probat per Religionis simulationem alimenta inertiæ quæri, vt loquitur Valer. Maxim.

Secunda causa venditionis rescindendæ fuit si 3
Palatini aliquid furtim emissent ex rebus priuatis Principis, quarum erant sub Comite administratores, *l. vlt. C. de rescind. vend.* in qua quod aliqui legunt *municipiorum coëmendorum*, legendum est cum Cuiacio *mancipiorum*, qui etiam eruditè obseruat quod illud à *priuatis nostris*, non de hominibus, vt perperam omnino aliqui, sed de negotiis priuatis Principis interpretatur, quæ Comes rerũ priuatarum administrabat. In his autem priuatis cùm essent mancipia aurum, argentum vestes, *Palatini*, id est apparitores Comitis emere ea vetabantur, sicut tutori interdictum est ne emat rem pupillarem, nisi actione publica, quod si emissent rescindi volebat constitutio citata venditionem, & pretium amitti; nempe ne fieret fraus in emendo prætextu & colore quæsito emptionis.

Alia causa rescindendæ venditionis est si bo- 4
na debitoris propter tributa publica vænierint sub hasta per ambitionem & gratiam minùs iusto pretio in debitoris fraudem; tunc enim venditio rescinditur, oblata fisco pensione debita. Consulendum tamen erat indemnitati tributorum, & ne eorum collatio cessaret. Vide *D. & C. de iure fisci, & C. si propter publicas pensitat. vendit. fuerit celebrata.*

Fuit & alia rescindendæ venditionis causa, si quis fundum debentem censum, vel reliqua censûs fisco, aut Reipublicæ vendat, aut emat ex

lege ne onus census, vel reliquorum sequatur emptorem: nam venditione rescissa emptor pretium, & venditor fundum amittit, vtroque in ærarium redacto *l. 2. C. Theodos. de contrah. empt.* & *l. vlt. C. de fund. rei priuat.* quæ sumpta est ex *Nouell. Theodos. de rescind. venditon. rei domin.* Vide & *C. sine censu & reliq. fundum comparari non posse.*

6 Vulgatissima tamen omnium causa rescindendæ venditionis habetur *l. 2. & 8. C. de rescind. vendit.* si venditor in pretio rei fraudatus sit supra dimidiam iusti pretij: quamquàm neque tunc planè rescinditur venditio, sed datur optio emptori vel redhibendæ rei, vel supplendi iustum pretium. De hac causa reuocandæ venditionis plurima disputari solent, quæ quamuis fere pertineant ad forum externum, paucis tamen perstringenda sunt, ne in celeberrima difficultate nihil dixisse videamur, & oscitantem lectorem reliquisse. In primis igitur supponendum est, licèt lex læsionem propter quam Prætor dabat actionem ad rescindendam venditionem, velit esse supra dimidium iusti pretij, non ideircò tamen decipientem infra dimidium iusti pretij liberari obligatione, qua tenetur ex æquitate naturali reparare iniustitiam commissam, vel resoluendo venditionem, vel supplendo quod iusto pretio deerat, vti cum S. Thoma 2. 2. *quæst. 77. art. 1.* & aliis ostendimus nuper hoc ipso libro *capite 4. artic. 3. numer. 1.* & fusiùs probat etiam vsurarum defensor Molinæ. *tract. de vsur. quæst. 14. n. 171. & seq.* vbi & legis istius secundæ duritiem ostendit: neque enim leges ea naturali obligatione liberant decipientem, licèt aliquo casu negent actionē decepto aduersùs ipsum: Immò neque id constituere lex humana potest, foueret enim peccatum & iniustitiam, neque ad constituenda certa rerum dominia & finiendas lites id necessarium est. Sufficit enim si deneget actionem in foro externo, & contentioso: & quamuis quis bona fide deceperit, non excusabitur ab obligatione reparandi damnum illatū cognita veritate, per hanc legem, vt vides, quæ concedit actionem decepto supra dimidium iusti pretij, negat verò infra illud, neque distinguit an bona, an mala fide cōmissa fuerit deceptio. Et sanè si quid iuris bona fides tribuere posset retinendi illum excessum, aut defectum iusti pretij, id ex legibus præscriptionis potius quàm ex ista constitutione de rescindenda venditione, cùm supra dimidium iusti pretij peccatur, petendum esset.

8 Quod autem dixi forum externum negare actionem læso in venditione infra dimidium iusti pretij, intelligendum est quoque de foro Ecclesiastico, vti obseruat Ferdinand. à Castro *de iustit. disp. 5. punct. 17. §. 2. n. 7.* contra glossam *in cap. ea enim §. hoc ius 20. quæst. 2. vers. plus.* Nauar. *in cap. 9. de iudic. notab. 6. corollar. 13.* & *in cap. qualitas, dist. 5. de pœnitent.* Couar. *lib. 2. variar. cap. 4. n. 11.* & alios à Tiraquello *quæst. 1. connub. numer. 11.* relatos, quibus adhæsit Fachinæ. *lib. 2. controu. c. 25.* Probatur quia *in cap. dilecti, & cap. cum causa, de emption. & vend.* conceditur quidem actio propter læsionem, vltra dimidiū, nullibi autem infra: quod argumentum, licet negatiuum, non leue est hoc loco. Nam cōcessisset absolutè Pontifex actionem læso, neque restrinxisset ad læsionem supra dimidium, si pro minori aliqua læsione illā concedere solita fuisset Ecclesia. Neque ratio qua mouentur aduersarij, quod Ecclesia non patiatur quidpiam admitti contra iustitiam, quidpiā probat: nam neque vlla alia peccata probat, & tamen non concedit actionem aduersùs omnia illa, & singula, alioquin de omnibus cognosceret, & ad suū tribunal singula traheret. Potest quidem læsus denuntiare Iudici Ecclesiastico, vt lædens satisfaciat obligationi, quam habet reparandi læsionem, quam intulit, quæ est actio indirecta, vti illā appellat Ferdinand. & tandem Fachinæ. se non alienam agnoscere hoc casu ostendit: itáq; possunt commode intelligi, qui in cōtraria sententia fuisse visi sunt, traditque Molina *tr. 2. disp. 349.* Rebell. *2. part. lib. 9. q. 3. sect. 2.* Salas *de emptione dub. 27. n. 3. & 4.*

Supponendum est secundò quibusdam in casi- 8
bus dari actionem ad rescindendam venditionem, etiam infra dimidium decepto non ex illa *l. 2.* quam explicamus, sed aliis ex causis: nam primò si fraus & dolus interuenerit, poterit deceptus agere actione doli ad rescindendum contractum, *l. Iulianus 13. §. si venditor, & §. idem Iulianus. D. de actionib. empt. l. 1. §. persuadere, D. de seruo corrupto. l. & eleganter 7. D. de dolo malo,* pluribusque tradit Couar. *lib. 2. variar. cap. 4. num. 11.* Cuiac. *in rubr. C. de rescind. vend.* aliique, estque manifesta ratio: nam si dolus est causa contractus, quia absque eo dolo non fuisset celebratus, tunc facit nullum contractum, qui proinde nō indiget rescissione, sed declaratione duntaxat. Si verò incidit in cōtractum, quia licèt dolus non interueniret, contrahens nihilominus contraheret, quo casu contractus quidē validus est, sed actione doli rescindendus, aut tollenda fraus, pretiumque supplendū, prout læso & decepto placuerit, vti fusiùs disputauimus *in opere de vsuris, lib. 3. c. 2. art. 3. in 3. reg.* itaque longè alius est ille casus ab eo qui continetur *in l. 2. C. de rescind. vend.* in quo lædenti competit optio vel rescindendi contractū, vel supplendi pretium: in casu autem actionis de dolo optio est penes deceptum, aut rescindendi contractum, aut eius emendationem acceptandi.

Secundò quoties pretium est lege definitum, poterit læsus etiam infra dimidium, compellere lædentem vt vel rescindat venditionem, vel pretium suppleat, eaque de causa Iudicem interpellare; eius siquidem officij est legum quę commoda ciuium & commerciorum spectant, obseruationem curare. Itaque sentiunt Couarr. *c. 4. cit. n. 11.* Salas *de empt. dub. 27. n. 5.* & alij apud ipsos.

Tertiò volunt aliqui ex læsione infra dimidium in contractu per procuratorem celebrato dari actionem ad illius rescissionem, ita Panormitan. *in cap. quintauallis, de iureiurando, num. 35.* qui tamen *in cap causæ, num. 5. de emption. & vend.* probabiliùs id negat; cùm nihil eiusmodi legatur in iure. Immò *in l. si voluntate 8. C. de rescind. vendition.* vbi filius nomine matris venditionem celebrauit, dicitur venditionem non rescindi, nisi minùs iustæ pretij dimidiā, quod fuerat tempore venditionis, datum esset. Neque licet ex arbitrio, cuius iudicium, quia in sexta parte lęserat, rescinditur, *l. vnde si Nerua 79. & l. sequenti 80. D. pro socio,* ad procuratorem argumentari. Sapienter enim illius arbitriū rescinditur, qui vt bonus vir iudicaturus eligitur, si infra dimidiā partem læsit, quia reuerà non iudicauit vt bonus vir, ideóque ad boni viri iudicium redeundum est. At verò cùm procurator constituatur à mandante, qui & illi modum atque ordinē exigendi præscribere potest, non autem arbitro, sibi tribuere debet, si imprudentē procuratorem constituerit, neq; à contractu per ipsum celebrato recedere magis potest, quā si ipse per sese ipsum celebrasset. Si tamen dolus fuerit in venditoris procuratore, sicut & in emptore, nullus est contractus, vt patet, si verò emptor non fuerit conscius fraudis, & doli com-

m:ssi

missi à procuratore, non dominium quidem in ipsum transfertur, sed vsucapiendi conditio: si solus emptor fraudauerit, non procurator venditoris, non aliter rescindendus erit ille contractus, quàm si cum domino fuisset initus. Denique si læsio facta fuerit à procuratoris substituto, nullus fuit contractus, cùm procurator in venditione nequeat alium sibi subsistere, nisi in mandato fuerit expressa forma venditionis, & pretium, vti ex Barr. & aliis refert Ferdinand. à Castro *punct.* 17. *cit.* §. 3. *n.* 5. his positis.

20 Quæritur primò, quid sit lædi vltra aut infra dimidium iusti pretij.

Respond. primò hanc læsionem intelligendam esse de iusto pretio, quod fuit tempore venditionis *l.* 2. & *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* non autem eo tempore quod venditionem præcessit, aut subsequutum est; quoniam, vti diximus aliàs, pretia rerum pro temporum & locorum varietate mutantur. Neque benè argumentamur à valore qui fuit ante, vel post contractum, ad eum qui fuit tempore contractus. Læsio itaque quæ dicitur in contractu quopiam contigisse, non benè probabitur, nisi attendatur illud ipsum tempus, quo fuit celebratus contractus: quod tamen non ita fuerit accipiendum, vt significetur præcise ille ipse dies quo contractum fuit, sed vt loquuntur Iurisconsulti ἐν πλάτει latiùs, circa id tempus quo contractum fuit. Probatur verò læsio id temporis primò ex comparatione venditionum, quæ eodem tempore factæ sunt bonorum eiusdem conditionis, & qualitatis.

Secundò venditor vltra dimidium iusti pretij læditur, cùm rem spectato infimo pretio iusto dignam 21. aureis, vendidit tantùm decem, & iustum pretium supplebitur ab emptore si offerat viginti & vnum; non si offerat dimidium aurei cum decem, quamuis si ab initio decem cum dimidio dedisset, venditori hodie non succurreretur, alioquin frustra lex daret optionem emptori, qui sine dubio mallet supplere quod deesset iusto pretio, quàm rem reddere.

Tertiò læsio emptoris contingit cùm non accipit dimidium pretij numerati, neque accipit rem cuius valor non attingit dimidium pretij numerati, quia v.g. rem valentem decem emit viginti & vno, daturque optio venditori vtrum velit aureos decem remittere, aut recepta re vendita 21. aureos, quos acceperat, reddere. Ita Cuiac. *lib.* 16. *obseruat. cap.* 18. Fachinæ. *lib.* 12. *controu. c.* 16. vbi ait eam esse antiquorum Interpretum sententiam. Mysinger *cent.* 4. *obseru.* 73. Forner. *lib.* 2. *selectar. c.* 19. Anton. Fab. *decade* 8. *errore* 7. *num.* 7. Mornac. *in l.* 2. *C. de rescind. vend.* & alij contra Anton. Gomes. *lib.* 2. *variar. cap.* 2. *num.* 22. Couarru. *lib.* 2. *variar. cap.* 3. *num.* 8. Gutier. *lib.* 2. *practicar qq. quæst.* 133. Molin. *tract.* 2. *disp.* 349. Rebell. 2. *part. lib.* 9. *quæst.* 3. *sect.* 1. Less. *lib.* 2. *cap.* 21. *dub.* 4. Salam *de emption. dub.* 26. & alios quos dabit Ferdinand. à Castro *disp.* 5. *de iust. punct.* 17. §. 1. *num.* 3. quibus & ipse adhæsit, qui omnes volunt emptorem læsum esse vltra dimidium, cum plusquàm dimidium iusti pretij dedit, vt si rem valentem decem emerit sexdecim, aut valentem centũ emerit centum quinquaginta vno; nam si emisset 21. aut 201. non esset læsus vltra dimidium, sed duplo. Perstandum tamen est in priori sententia. Cùm enim debeat esse æqualitas inter venditorem & emptorem, vti argumentantur aduersarij, & venditor dicatur læsus vltra dimidium, cùm non accepit dimidium iusti pretij rei venditæ, siue cùm non accepit dimidiam partem æstimationis rei quam tradit emptori, lædi quoq; dicetur emptor vltra dimidium, cum non accipiet à venditore dimidiam æstimationem pretij, quod ipsi numerauit: siue cùm non accipiet à venditore rem valentem dimidium pretium, quod pro illa tradidit. Hoc verò non continget, nisi rem valentem centum emat plusquam ducentis: nam si minùs ducentis emat, iam accepit dimidium æstimationis pretij, quod tradidit: ergo non est læsus vltra dimidium; hoc enim loco computatio facienda est ratione rei quam quisque contrahentium tradit, & eius quam accipit. Venditor rem tradit, & pretium accipit, emptor pretium numerat, & rem accipit. Sicut igitur vt venditor lædatur vltra dimidium iusti pretij, necessarium est vt res ab ipso tradita duplo magis æstimetur, quàm pretium acceptum; ita vt emptor lædatur vltra dimidium iusti pretij, necessarium est vt pretium quod dat, duplum sit æstimationis rei sibi venditæ. Vides igitur seruari æqualitatem hoc loco inter venditorem & emptorem, quam requirebant aduersarij: nam sicut Nouella Romani Senioris *de rescindenda venditione*, cùm de venditore fraudato loquitur, vocat dimidium iusti verique pretij duplum; illud enim quod plus est in re vendita, eiusque vero pretio, quàm in pretio conuento, ait esse τὸν ὑπερδιματισμὸν εἰς τὸ διπλοῦν: ita dum agitur de emptore fraudato, dimidia iusti pretij est duplum pretij veri, & non conuenti. Quod igitur non est hæc dupla, fraus est; alioquin si emptor rem dignam decem emerit sexdecim, habet ex ea re plusquàm dimidium suæ pecuniæ, ac proinde non est læsus vltra dimidium. Quare contrariam sententiam errorem communem nominauit Cuiac. & Ant. Faber, quibus præiuerat Molinæ. *tract. de vsur. q.* 14. *à n.* 174. non sine aculeis, & *in consuetud. Paris.* §. 22. *antiquæ editionis, n.* 46.

Quartò æstimatio rei venditæ sumenda erit deductis oneribus, quibus obligata est, vt si subiecta sit hypotecæ, vel alteri cuipiam oneri; minuenda siquidem est æstimatio ex illa obligatione, vti fatentur omnes.

Quæritur secundò an hoc remedio legis secundæ æquè succurritur emptori decepto, atque venditori, cùm illius duntaxat meminerit ea lex; quare illius remedium emptori non succurrere annotauit Cuiacius *lib.* 16. *obseruat. cap.* 18. & Anton. Fab. *decade* 8. *errore* 7. contra Pragmaticorum errorem, quibus adhæsit Fachinæ. *lib.* 2. *controuers. capit.* 16. Anton. Gomes. *tom.* 2. *variar. cap.* 2. *num.* 22. & Anna Robert. 5. *lib.* 1. *animad. cap.* 13. Probatur primò quia si vetus ius inspiciamus, ne venditori quidem succurrendum esset, etsi iudicio venditi & empti, quod bonæ fidei est, ageretur; quoniam in eo contractu est speciale, vt liceat contrahentibus se inuicem in pretio naturaliter decipere *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius. D. de minorib. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* Neque quod afferunt *ex l.* 4. *C. comm. vtr. iudic.* æquitate iudicij bonæ fidei id quod inæqualiter gestum est, in melius reformari oportere, valet, nisi cùm aut vis aut dolus interuenerit: quare illa generalis ratio quod emptio sit bonæ fidei contractus, non valet hoc loco, nisi fraus interuenerit: Quod si consulamus ius nouum, quod contra veteris rationem constitutum fuit à Diocletiano & Maximiano, perspicuum est, eorum constitutionem de solo venditore loqui: qui igitur ad emptorem illam extendũt, id sine lege & sua duntaxat authoritate faciunt. Secundò non eadem est ratio subueniendi emptori quæ venditori, quia, vt inquit Cuiacius, venditorem plerumque 21

rei familiaris necessitas cogit vendere pretio minori, *l. 2. l. si quos 6. l. non idcircò 12. C. de rescind. vend. l. 1. C. de præd. dec. l. 2. C. sine censu vel reliq.* Emptor verò vltro accedit ad emptionem prædij, sæpè fundandi causâ, & plerumque emit pretio immenso, & immodico assertione opportunitatis vel vicinitatis, vel cœli, vel quia ibi educatus est, vel parentes sepulti, vt *l. 1. §. sed si rem. D. si quid in fraud. patr.* vel quod maiorum eius fuerit, vt *in l. si emptionem 35. D. de minor.* quibus casibus siue prudenter, siue stultè faciat emptor, nihil est cor ei subueniatur. Confirmatur ex eo quod in sua constitutione dicant Imperatores, *humanum est:* ostendunt enim se ita in venditore constituere, non ratione aliqua iuris, aut bonæ fidei, sed commiseratione ductos, qua dignus omninò est venditor, qui, vt dixi, cogitur vrgente necessitate res suas vilissimo pretio distrahere, non inuenturus alioquin emptorem; & si res suas pluris esse sciat, eò magis dignus est, vt eius leges misereantur, qui contra quàm velit rem maioris pretij, vendit minori. Quid verò causæ est cur emptoris misereamur, cuius stultitiæ imputandum est, quod carius emat, vt *l. alienus 3. D. ad l. Falcid.* stultis autem vix vnquam subuenitur, sicut neque iis, qui errant in iure, cùm tamen habeant copiam Iurisperitorum, eos enim stultos vocat *l. regula 9. §. pen. D. de iur. & fact. ignorant.* sapienterque dixit Saluian. *libro 5. de prouid. inuidiam penes emptorem, inopiam penes venditorem esse, quòd emptor emat vt substantiam suam augeat, venditor vt minuat.* Denique nostram hanc sententiam confirmauit Senatus Parisiens. an. 1592. die 8. Ianuarij, vti refert Chanutius *quæst. 25.* Chopin. *lib. 1. de morib. Paris. tit. 3. num. 21.* & Mornac. *in l. 2. C. de rescind. vend.* qui addit hanc quæstionem denuò magna contentione à disertissimis Patronis in publicis actionibus agitatam fuisse, & Senatum in sua antiqua perstitisse sententia, atque contra emptorem pronuntiasse, sprúmque ab hoc beneficio rescissorio summouisse an. 1603. die 18. Mart. & iura quæ in gratiam emptoris allata fuerant, nempe *l. 3. C. comm. vtr. iud. l. 5. D. si quid in fraud. patr. l. si circumuenta. D. soluto matrim.* & *l. patri. §. 5. D. de minorib.* explicata esse, & restricta ad materiam singularem, de qua tractant secundam rubricam, in qua collocantur, nempe ad causam minoris ætatis, ad causam dotis, ad iuspatronatus, & alia quædam iura singularia, de quibus aliquid dicemus statim. Non aliter quoque indicasse Senatum Tholosanum refert Mainard. *qq. lib. 3. capit. 58. & 59.* quia tamen Anton. Robertus nuper adductus, qui hac in parte vehementius Cuiacium impugnauit, vtitur maximè illa *l. 1. §. si quid emerit 13. D. si quid in fraud. patron.* vbi emptoris multò maiore comparantis, & venditoris viliori distrahentis eadem ponitur esse conditio, respondet Faber l. illam pertinere ad actionem Fauianam, quæ datur patrono, in cuius fraudem quidpiam fuerat alienatum, non autem ad hunc nostrum casum. Ratio verò illius *l. 5.* aperta est; quia postulat æquitas, vt quidquid in fraudem patroni à liberto gestum fuerit, possit reuocari, & meliorem esse conditionem patroni, qui neque contraxit, neque fraudari potuit, quàm liberti, qui ipsemet emit aut vendidit, & sibi, non patrono fraudi esse potuit. Quare licèt læsio in emptione vel venditione minor fuerit dimidio pretio ratione patroni, rescindi tamen poterit, ideòque ex ea lege colligit Faber antiquo iure neque venditori, neque emptori propter solam immodicam læsionem succurri per rescissionem contractus: alioquin nihil fuisset opus patrono ex proprio iure per Fauianam succurrere, si ex persona liberti ei succurri posset, vt habeat eam actionem, quam ipse libertus iure suo fuisset habiturus.

Quæritur tertiò an ad alios contractus saltem bonæ fidei priuilegium *l. 2. C. de rescind. vend.* extendi debeat; ita enim passim docent omnes, vti videbis apud Fachinæ. *libro 2. contron. cap. 22. in quæst 4.* Gomes. *tom. 2. variar. cap. 2. num. 22.* Gutier. *lib. 2. practic. qq. quæst. 138.* Molin. *tract. 2. disput. 349.* quia eadem est in illis æquitatis ratio, quæ in venditione, estque illa regula generalis *in l. maiorib. 3. C. communia vtr. ind. In bona fidei iudiciis quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* Immò & aliqui ad contractus stricti iuris eandem *l. 2.* pertinere volunt, quia etiam illi bonę fidei sunt, cùm fraudem omnem abesse à quibuscumque contractibus oporteat, ideóque antiquam illam diuisionem contractuum bonæ fidei, & stricti iuris à Christianis Tribunalibus ablegandam esse: in his est inter nostros Iurisconsultos non ignobilis Imbertus in suo Enchyridio. 12

13 Respond. primò bonam quidem in contractibus fidem considerari æquum esse, vt loquitur *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & action.* nam à bona fide omnia, nihil ex mala inter contrahentes agi oportet. Malam fidem, quæ potissimum ex vi & dolo inducitur, leges omnes execrantur, neque vnquam patiuntur id quod vi vel dolo extortum est, ratum esse, sed reformari in melius omninò volunt. Dum enim Vlpian. *in l. in causa 16. §. idem Pomponius, D. de minorib.* & Paul. *in l. item si pretio 22. §. 1. D. locat.* scribunt in emptione & venditione, itemque in locatione, & conductione naturaliter licere contrahentibus se decipere in quantitate pretij, vel pensionis, non agunt de deceptione, quæ dolum malum adnexum habeat, vti sæpius aliàs monuimus, & constat *ex l. & ideò 23. D. locati.* sed de illa solertia, quam in contrahendo adhibere solent venditores, emptores, locatores, & conductores, vt in eo tractatu, qui contractum precedit, vnus alliciat consensum alterius quanto suo facere potest commodo, & lucro, sine fraude tamen & vi, atque intra limites æqualitaris, idque naturale est omnibus empturis, venditurìs, locaturis, & conducturis: neque aliter celebrantur isti contractus à viris etiam probis, cùm probitas, etiam summa, non tollat solertiam, & prudentiam ex hominum consortio, sed duntaxat impediat, ne quid per fraudem, dolóve malo, aut per vim fiat. Ex his tamen non sequitur omnes contractus esse bonæ fidei, tollendamque esse veterem illam diuisionem, qua nihil frequentiùs in iure est, contractuum bonæ fidei, & stricti iuris, de qua egimus priori *libro cap. 1. art. 1. num. 10.* ostendimusque non sumi ea defectu bonæ fidei, sed ea modo iudicandi de istis contractibus: in quibusdam enim Iudex iudicabat & bona fide, & ratione æquitatis attenta, potiùs quàm ex stricto iure, quod ex verbis quibus conceptus fuit contractus, nascitur. Quæ verba præcisè seruantur à Iudice, quamuis æquitatis ratio mollienda esse illa suaderet, quod tamen non licet Iudici, nisi apertam iniquitatem contineant, aut aduersùs illa quidpiam iure excipiatur: v. g. vindicatur dolus tam in bonæ fidei, quàm in stricti iuris cōtractibus, & in iudiciis quæ de illis exercentur; sed aliter, atq; aliter. Nam in bonæ fidei iudiciis vindicatur dolus ipsius iudicij æquitate, neque

neque doli exceptio necessaria est, ideóque dicitur vulgò in bonæ fidei iudiciis exceptiones doli inessa *l. sed etsi ideò* 21. *D. soluto matrim.* & *l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum*, *D. de legat.* 1. at verò in iudiciis stricti iuris, quæ ex contractu stricti iuris exercentur, requiritur doli exceptio, alioquin ex lege contractus, & natura iudicij condemnari oportebit eum, qui ex æquitate & bona fide non esset condemnandus, quia in bonæ fidei iudiciis condemnatio fit ex bona fide, & iudex sequi potest quod melius & æquius ipsi videbitur ex ipsi præscripta formula, quæ vt *in cit. c.* 1. *art.* 1. explicabamus, addebatur à Prætore, qui ad Iudicem causam remittebat *ex bona fide*, quia iudicium permittebat de æquitate. At verò in iudiciis stricti iuris, ita Iudex addicebatur formulæ verborũ, vt nequidẽ latum vnguem ab ea discedere illi fas esset: quare si appareat Lucium Mæuio stipulanti centum spopondisse, aut à Mæuio centum accepisse, nec formula iudicij cõtineat exceptionem doli, aut pacti, nihil aliud facere potest Iudex, quàm vt Lucium damnet, quamuis videat nõ deesse æquitatem, quæ pro eo faciat, si pacti, vel doli exceptio subiecta fuisset, quod pluribus explicat Anton. Faber *lib.* 15. *coniect. cap.* 1. Quod verò eruditi quidam existimant exceptionem doli oppositã facere iudicium bonæ fidei, quod anteà strictum erat, ex malè intellecta *l. Seia* 42. *D. de donat. causa mort.* & prætereà doli explicationes, quia exceptiones sunt, inesse bonæ fidei iudiciis, sicut & cæteras doli exceptiones ex *l. aduersus* 3. *C. de exceptionib.* quæ omnia docet Cuiac. *lib.* 3. *obseruat. cap.* 17. & *lib.* 8. *cap.* 6. pluribus confutat Anton. Faber *lib.* 14. *coniectur. c.* 18. & 19. Ex hac verò contractuum bonæ fidei & stricti iuris differentia sequitur & alia quædam, quam obseruauit Anton. Faber. *decade* 9. *errore* 1. *num.* 5. ratione præstationum, quæ fiunt multò ampliores ex contractibus bonæ fidei, quàm ex stricti iuris, cum ita postulet ipsa natura horum contractuum, & æquitas. Quare non tam facilè adiudicantur à die moræ vsuræ pecuniæ debitæ ex stipulatu, quàm si depositi aut mandati iudicio peterentur; neque tam facilè citra moram aut stipulationam adiudicantur ex mutuo, quàm venditori ob non solutum pretium ab emptore, qui tamen fructus rei venditæ percepit: quorum omnium non alia ratio est. quàm quia actiones ex causa mandati, depositi sunt bonæ fidei, condictiones autem ex mutuo vel stipulatu sunt stricti iuris.

Tertiò differunt bonæ fidei & stricti iuris iudicia, quia in istis si neque dolus, neque vis, aut metus interuenerit, etiamsi læsio reipsa existat, nullus Iudicis officio locus relinquitur, cùm in eo iudiciorum genere conuentionis formam, ex qua agitur, sequi præcisè teneatur Iudex, immò neque tunc restitutioni locus facilè concedi potest, nisi fauore minoris ætatis, aut ex iis causis quæ traduntur in edicto *ex quibus causis maior.* Quod si dolus, vel vis aut metus interuenerit, necessarium erit auxilium restitutionis ex edicti capite *de dolo*, aut *de eo quod metus caus.* quia cùm in eiusmodi iudiciis nulla prorsus æquitatis, sed stricti iuris habeatur ratio, fieri nequit, vt eam admittant reformationem, quam alioquin æquitas suggerere videretur; quãdoquidem ea contractuum stricti iuris natura & conditio est, vt nec æquum sit in iis haberi rationem æquitatis; in iudiciis verò bonæ fidei siue dolus, siue vis aut metus, aut quid aliud quod aduersùs contractum stricti iuris inducere posset restitutionem, interuenerit, sufficiet æquitas iudicij pro restitutione, vt ad æquitatem omnia reuocentur; si is qui dolum, aut vim passus est conueniatur, quia vti iam monui doli exceptiones insunt bonæ fidei iudiciis, & tantùm in iis potest Iudicis officium, quantum doli exceptio in strictis; atque adeò quantum ipsa in integrum restitutio *l. in contractibus* 3. *C. ex quib. caus. maior. l. iure succursum* 6. §. *vlt. D. de iure dot. l. si ex causa* 9. §. *in dotis quoque modo. D. de minor.* Denique quantùm in stipulatione nominatim facta interrogatio, *l. quia tantumdem* 7. *D. negot. l. quæro* 54. *D. locati.* Quod si is qui dolum aut vim passus est non conueniatur, sed agere velit, cogetur restitutionem in integrum postulare; non enim potest esse locus officio Iudicis nisi proposita priùs actione ex bonæ fidei contractu, quam proponere nequit is, qui agit vt contractus rescindatur ex capite doli vel metus, vt patet, sicut in strictis iudiciis doli exceptio sufficit reo, quæ eidem agenti foret inutilis; quoniam agenti vt dolus vindicetur æquitate iudicij, si qui dolum commisit agat, non potest tamen nasci actio ex contractu bonæ fidei ad contractum qui dolo malo initus est rescindendum, in eamque rem beneficium restitutionis prorsus est necessarium, siue in eiusmodi iudiciis officium Iudicis pro exceptione doli est, non pro actione de dolo, vbi res integra esse desiit, & bonæ fidei iudicium extinctum est, neque pro alia in integrum restitutionis *l.* 3. & 4. *C. de his qua vi met. caus. l.* 1. *l. si dolo* 5. *l. dolus* 10. *C. de rescind. vend.* quod autem aiebat Symmachus hanc iuris & legum vocem esse, bonæ fidei contractum non rescindi, non significat nunquam eiusmodi contractus per restitutionem in integrum rescindi oportere, sed illum duntaxat, qui bona fide initus perfectusque sit, qualis non est venditio quam emptoris dolus vel vis extorserit, quæ tamen bonæ fidei dicetur, quia bona fide contrahi debuit, licèt contracta non fuerit, quare in iudicio de illa officiũ Iudicis erit pro doli exceptione: immò & plus poterit quam doli exceptio in strictis, in quibus non quælibet æquitas exceptionem doli inducit, sed ea tantùm quæ ex causa doli proficiscitur, ne aduersarius ex dolo suo lucretur, ideóque restitutio plerumque necessaria est, etiam ei qui ea contractu stricto conuenitur: at in bonæ fidei iudiciis officium Iudicis non solùm est pro doli exceptione, sed etiam pro restitutione in integrum, si subueniendum sit ei qui conuenitur, non qui agit. Ex quibus sequitur si in venditione dolus interuenerit ex parte emptoris siue in pretio, siue in re quapiam alia, & emptor agat iudicio empti ad rem tradendam, sufficere æquitatem iudicij venditori ne rem tradere cogatur, nisi emptor supplendo pretium, aut qualibet alia ratione dolum purgare paratus sit: habet autem doli exceptionem, si Iudicis officium sufficere non posset, atque ita intelligenda est nuper allata *l. maioribus* 3. *C. communia vtriusque iud.* reformandum esse in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualiter factum esse constiterit; nempe cùm is qui dolum passus est, conuenitur; non autem cùm idem agit, vti diximus. Quod si in bonæ fidei contractu nullus dolus, nulla vis aut metus interuenerit, sed solùm læsio citra dolum, v. g. in venditione in qua læsio in pretio citra dolum potuit contingere, cùm dolus ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æstimetur, *l. si dolus.* 10. *C. de rescind. vend.* non poterit æquitas iudicij sufficere reo qui conuenietur ad implendum contractum; venditori, v. g. qui cõuenitur iudicio empti, quod bonæ fidei est, ad rem tradendam, quominus rem tradere cogatur, etiamsi

emptor pretium supplere noluit, quia nulla est æquitas quæ hoc suadeat: siquidem in pretio emptionis & venditionis naturaliter, hoc est ex natura negotij quod geritur, licet contrahentibus inuicem se decipere, modò absit dolus malus: multò minus autem sufficiet æquitas iudicij ad dandam actionem venditori, vt emptor rem tradere pretio recepto, aut pretium supplere teneatur, cùm difficilius sit dari actionem vltro ad rescindendum contractum, quàm vt aduersùs agentem ex contractu officium Iudicis imploretur: quare necessaria fuit noua constitutio *l. 2. C. de rescind. vend.* quæ subueniret venditori læso supra dimidium iusti pretij, siue is ageret, siue conueniretur; humanum nempe visum est non permittere vendentibus & ementibus naturalem illam deceptionem, de qua nuper, nisi certis quibusdam, vt ita dicam limitibus coërcitam, cùm ius antiquum nullos terminos posuisset.

Atque ex his tandem omnibus habemus quoties ex contractu bonæ fidei agebatur, non solùm vim & dolum, si quis interuenisset, sed etiam læsionem & inæqualitatem, si qua occurreret ipsius iudicij æquitate vindicatam fuisse: ab ea tamen generali regula exceptum fuisse contractum venditionis & emptionis, locationis & conductionis, quoties citra vim & dolum ac malam fidem læsio duntaxat in pretio & pensione interuenisset, quia in hoc genere contractuum naturaliter licet, modo sæpius explicato inuicem se decipere in pretij & pensionis modo constituendo, neque aliter venditio & locatio fieri solet quàm id agente venditore & locatore, vt cariùs vendat & locet, emptore verò & conductore, vt viliùs emat & conducat: quare subdit Hermogenian. *in l. & ideo 23. D. locati: Et ideo prætextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus aduersarij probari possit, rescindi locatio non potest.* Ex quibus vides singulari quodam iure id seruari in locationibus & conductionibus, in venditionibus ac emptionibus, vt nisi dolus aut vis interuenerit, læsio aut inæqualitas non emendetur sola æquitate iudicij; quod ius ad alios contractus bonæ fidei, in quibus nulla ratione contrahentibus permissum est vt se decipiant, producendum nullatenus est: v. g. in commodato, deposito, mandato, pignore & aliis in quibus non modò dolus aut vis, sed etiam læsio quælibet sola iudicij æquitate vindicatur. Ne tamen venditor quantumcumque læsus omni auxilio destitueretur eo prætextu quod in eo conuentionis genere liceat contrahentibus se inuicem decipere in pretio; & plerique ea licentiâ passim abuterentur etiam in graue damnum venditorum, quos necessitas rei familiaris ad venditionem vilissimo pretio faciendam adigit; Imperatores Diocletianus & Maximianus nouo iure constituerunt *in l. 2. C. de rescind. vendition.* vt si immodica foret læsio, venditori succurreretur, etiam perfecto contractu, & rei venditæ atque pretij mutuis traditionibus subsequutis; quod non licet in cæteris contractibus etiam bonæ fidei, & venditione fauorabilioribus, in quibus nunquam subuenitur ei qui læsus fuit, vbi ita ex vtraque parte impletus est contractus, vt ex illo amplius cogi non possit *l. maioribus 3. iuncta l. si tutor 8. l. communia vtr. ind.* Quod intelligo etiamsi vltra dimidiam læsus sit. Ratio est quia quamuis illi non imputetur quod ita contraxerit, imputari tamen potest, cur contractum tam enormis læsionis iniquitate laborantem vltra impleuerit; nec potius curauerit, vt ad æquitatem reduceretur, & in melius reformaretur: quod æquitate iudicij poterat obtinere, quod venditori imputari non potest, cùm illi ius antiquum non succurrat: lex verò noua non nisi vbi est immodica læsio, & vltra dimidiam pretij succurrit, tum ante, tum post impletum contractum, in eoque melioris conditionis est venditor, quàm cæteri contrahentes, quibus post completum contractum iudicij sola æquitate non succurritur. At verò deterior est eius conditio, quòd veteri iure illi ob solam læsionem, quamuis immodicam, citra dolum tamen, aut vim non succurratur, nouo verò non nisi post immodicam eam læsionem, siue ante contractum impletum, siue post illum reipsa perfectum sibi succurri velit.

Quæ itaque beneficio constitutionis Diocletiani, & Maximiani venditioni sunt concessa quoad restitutionem aduersùs immodicam læsionem, siue per contractus rescissionem, siue per supplementum pretij prout libuerit emptori, cuius arbitrio duorum illorum optio relinquitur, non sunt trahenda ad omnes alios bonæ fidei contractus propter varia discrimina, quæ inter illos & venditionem hactenus explicuimus. Atque ita soluta manet posita quæstio, an *l. 2. C. de rescind. vend.* ad omnes bonæ fidei contractus, & non ad solam venditionem protendatur, ex qua generali doctrina facilè fuerit de singulis contractibus pronuntiare: quare.

Quæritur quartò, an beneficium *l. 2. C. de rescind. vend.* valeat in locatione.

Respond. communem DD. sententiam æquiparare locationem venditioni hac in parte, & vtrique beneficium dictæ legis secundæ commune facere, vti videbis apud Fachinæ. *lib. 2. controu. c. 22.* Gutier. *qq. practicar. lib. 2. quæst.* 138. Molin. *tract. 2. disput.* 349. Ferdinand. à Castro *de iustit. disput. 5. punct. 17. §. 8. numero* 8. *&* 9. qui alios dabunt: probant quia iam olim eadem fuit locationis & venditionis ratio, cùm in vtroque contractu naturaliter liceret contrahentibus se in pretio decipere, vti sæpius nuper monuimus ex *l. in cauf. 16. §. idem Pomponius, D. de minorib. l. item si 22. §. vlt. D. locati. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* Qua de causa dicebamus, neque venditori, neque locatori citra dolum immodicè læsis fuisse succursum sola æquitate iudicij, vti fiebat in cæteris bonæ fidei contractibus; quare sicut hodie venditori succurritur ex constitutione *l. 2. C. de rescind. vend.* si vltra dimidium iusti pretij læsus fuerit, vt emptor vel pretium suppleat, vel recepto pretio quod dedit, rem venditam quam accepit restituere teneatur, ita etiam locatori eadem æquitatis ratione fuerit succurrendum, cùm locatio sit reuerà venditio quædam fructuum, vti ostendit Faber *decade 6. error. 6.*

Ab hac tamen communi & vulgata hactenus DD. omnium sententia iure merito discedit eruditus Anton. Fab. *decad.* 8. *errore* 8. in primis quia *l.* 2. nihil de locatione, sed de solo venditore loquitur, & nouæ leges atque veteris iuris correctoriæ, qualis est ista, vt patet, non sunt facilè extra suos terminos & casus trahendæ, etiam ex identitate rationis, & æquitatis, quia à iure communi quamminimè recedendum est.

Secundò quia non potest illa constitutio imperatoria locatori accommodari; dat enim optionem emptori, vt vel pretium suppleat, vel venditionem rescindat, quam optionem conductori facere nequit ratione iustæ pensionis, aut mercedis, in qua læsum se esse dicet locatori, quia iusta pensio

in-

in locatione non poteſt conſtitui, niſi ex modo fructuum percipiendiorum, qui modus & valor incertus eſt *l. ſi ea lege* 17. *l. oleo* 23. *C. de vſur.* Ideóque quoties in plures annos facta eſt locatio, ſi primo anno nulli aut peregrini fructus percepti ſint, remiſſio penſionis non prius fieri ſolet quàm totum locationis tempus effluxerit; videndum enim eſt an primi anni ſterilitas ſequentium vbertate compenſari debeat *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus, aliàs l.* 5. §. *vno anno. D. locati l. licet certis annis* 8. *C. eod.* Non poteſt igitur locator queri ſe immodicè fuiſſe læſum, quantulacumque mercede locauerit, niſi vbi tempus locationis effluxerit; atqui læſio cui ſuccurrit *lex* 2. æſtimanda eſt ex eo præciſè tempore quo contractus fuit initus, & non quod contractum fuit ſubſequutum, vti nuper monuimus *l. ſi voluntate* 8. *C. de reſcind. vend.* Hanc rationem ex incerta æſtimatione fructuum percipiendorum pluribus proſequitur Faber; indeque oſtendit diſcrimen venditionis rei immobilis à locatione; ſicut enim res immobilis, quæ venditur, certa & præſens eſt; ita certam & præſentem habet æſtimationem, ex cuius comparatione ſciri poteſt ab ipſo die quo contractum eſt, vtrum venditor ſit læſus vltra dimidium iuſti pretij, fructus autem rei locatæ licèt ſpe vberrimi ſint, poſſunt tamen reipſa & ipſo euentu eſſe tam parui, vt licèt minima mercede conducti eſſent, conductor tamen damnum pateretur, & iuſtam eorum æſtimationem ipſorum conuenta merces, licèt exigua ſuperaret.

Tertiò in caſu locationis emitur quodammodo ſpes & periculum quod vtrinque imminet, & ex maiore aut minore fructuum percipiendorum quantitate tanti æſtimatur; mirum verò non eſt propter incertitudinem valoris & quãtitatis fructuum percipiendum aliquando deteriorem, aliàs meliorem eſſe locatoris conditionem.

Quartò diximus miſeratione potiùs quam iuris aut bonæ fidei ratione ſuccorſum venditori noua iſta conſtitutione, quod ex illius ipſius verbis colligebamus; quòd illum plerumque neceſſitas ad venditionem ſuę rei viliſſimo pretio faciendam cogat: non licet autem eadem ratione dicere locatorem coactum eſſe ad locationem rei ſuæ viliſſima mercede faciendam, quia in illo etiam caſu anguſtiæ rei familiaris locator poterit reperire conductores, non vero venditor, niſi perpaucos emptores; nam merces non ſoluitur niſi quamdiu conductori frui licet; pretium autem ex venditione ſtatim ſoluendum eſt ſi non exiſtat periculum euictionis. Quæ omnia licèt in locatione prædij ruſtici manifeſtiora ſunt, locationi quoque prædij vrbani non difficulter accommodari poterunt.

15 Quæritur quintò an in diuiſione hæreditatis valeat *l.* 1. *C de reſcind. vend.* eiuſque beneficio gaudeat condiuiſor immodicè læſus, quia diuiſio locum venditionis obtinet *l.* 1. *C. comm. vtriuſq. iud.* ſicut & permutationis *l. ſi filia* 20. §. *ſi pater. D. famil. Erciſ.*

Reſp. diſtinguendum eſſe hoc loco ius antiquum Pandectarum, & ius nouum Codicis, & quidem iure illo antiquo conſtat, ſtatim inæqualitatem & læſionem in diuiſione commiſſam emendendam eſſe, vt dicitur *leg. maioribus* 3. *C. comm. vtr. iud.* quomodo autem id fiat explicandum eſt. Conſiderare verò oportet diuiſionem vel ante eius poſſeſſionem in condiuiſiones tranſlatam, vel poſt tranſlationem poſſeſſionis diuiſionis iam factæ; ſi igitur facta quidem ſit diuiſio, ſed nondum eius poſſeſſio, tranſlatio aut relictio, agenti ex ea diuiſione, quæ per fraudem, & dolum facta fuit obſtabit æquitas iudicij bonæ fidei, & reo ſufficiet ad excludendam actoris intentionem, vt quod inæqualiter geſtum fuerit in meliùs reformetur, eaque eſt mens *l. maiorib.* agit enim de diuiſione, quæ nondum per traditionem & tranſlationem poſſeſſionis finem accepit, vt loquitur *l. ſi inter* 8. *C. eod.* ſupponit ſiquidem actum eſſe iudicio bonæ fidei. Atqui ſi vel interpoſita eſſet ſtipulatio, vel traditio ſequuta, non ageretur iudicio bonæ fidei, nam ex traditione competeret ſola vindicatio, cùm quiſque dominium nactum ſit eius rei quam ex diuiſione accepit, & penes ſe habet *l.* 2. *C. comm. vtr. iud.* Ex ſtipulatu verò naſcitur quidem actio, ſed ſtricti iuris, & non bonæ fidei, *l. quidquid* 98. *D. de verb. oblig. l.* 91 *l. videamus* 38. §. *ſi actionem. D. de vſur.* Non poteſt igitur *l. maioribus*, de alio bonæ fidei iudicio, quàm de iudicio Familiæ Erciſcundæ, aut communi diuidundo agere, de quibus eſt totus ille titulus; atque neutro illo iudicio poteſt agi, niſi corpora maneant communia *l. familia* 9. *C. eod.* Corpora verò non ſunt ampliùs communia poſtquam per diuiſionem poſſeſſionis ipſorum dominium diuiſum eſt *l.* 2. *C. comm. vtr. iud.* Ex quibus neceſſariò ſequitur *l. maioribus*, intelligendam eſſe de diuiſione, quæ hactenus in nuda conuentione conſtitit, neque ex interpoſita ſtipulatione, vel ſequuta traditione effectum vllum habuit: quare lex illa & Imperatoria conſtitutio locum habebit primò ſi ille qui per fraudem & dolum à condiuiſore circumuentus eſt, conueniatur iudicio communi diuidundo, ad diuiſionem eo quo conuenit modo faciendam. Secundò, ſi ille ipſe qui circumuentus eſt agat communi diuidundo rebus omnibus adhuc in communione retentis, tuabitur illa lege; aduerſario ſiquidem excipienti de pacto diuiſionis obiicietur doli replicatio, quæ bonæ fidei iudicium faciet, & fraudem repellet, *l. aduerſus* 3. *C. de exception.* quod non contingit in cæteris bonæ fidei contractibus, quia illi ita nudo conſenſu perficiuntur, vt traditio non ſit neceſſaria, vt contractus perfectus eſſe dicatur.

Si res diuiſæ communes eſſe deſierint, quia diuiſæ, vt nuper loquebamur, relicta aut tranſlata poſſeſſione rei, diuiſio tamen non poterit quamquàm inæqualiter & perperam facta reformari in meliùs ſola æquitate iudicij, quia nullum ſupereſt bonæ fidei iudicium, quod exerceri poſſit, ſiue inæqualitas illa dolo malo, ſiue ſine dolo contracta fuerit, ſiue is qui læſus eſt agat, ſiue conueniatur. Poterit quidem, ſi ex fraude aut vi læſio contigit competere læſo reſtitutio in integrum ad reſcindendam diuiſionem ex capite edicti *de dolo*, vel *de eo quod metus cauſ.* vel ex capite minoris ætatis, ſi læſus fuerit minor, quod ſi nulla vis, nullus dolus interuenerit, non poterit ex ſola læſione licèt immodica reſcindi diuiſio facta iure vereri, & Pandectarum duntaxat attentis, quod ſignificat *l. ſi inter* 8. *C. comm. vtr. iud.* ait enim: *Si inter maiores annis viginti quinque diuiſio rerum omnium relicta vel tranſlata poſſeſſione finem acceperit, inſtaurari mutuo bona fide terminata conſenſu minimè poſſunt.* Diximus autem læſionem non impedire quominus bona fide facta fuerit diuiſio, ſi neque fraus & dolus, neque vis vlla interuenerit. Sanè ſicut in diuiſione ſola læſio non inducit exceptionem doli in ſtrictis iudiciis, nec in integrum reſtitutionem aduerſùs contractum ſtricti iuris; ita neque poteſt inducere officium Iudicis in contractibus bonæ fidei, ad hoc vt contractus vltrò reſcindatur per actionem; ſed ſolùm ſi iudicium bonæ fidei exerceatur, quod in noſtro caſu ex cauſa

diuisionis siue factæ, siue faciendæ excerceri ampliùs nequit, cùm omnino peracta perfectaque sit diuisio, vti ostendimus.

16 Quare sola difficultas est circa nouum ius & constitutionem Imperatoriam *l. 2. C. de rescind. vend.* an possit rescindi diuisio perperam facta propter immodicam læsionem, cùm ea diuisio venditioni, vti initio dicebamus, comparetur.

Resp. hanc constitutionem non habere locum in hac diuisione, propter discrimen nuper fusiùs explicatum inter venditionem & alios contractus bonæ fidei, in quibus non licet naturaliter contrahentibus inuicem se decipere. Huiusmodi verò est iste contractus diuisionis; id enim agunt qui diuidunt, vt vnusquisque illud duntaxat accipiat, quod suum est, ex alieno autem nihil: quare nec quidquam adquirere dicitur qui diuidit, quia licèt fiat dominos eius portionis quam in re communi socius habebat, tamen tantumdem præstat socio quantùm ab eo accipit. Illi igitur æquitas iudicij bonæ fidei sufficiet ad contractum inæqualiter factum in meliùs reformandum, si communi diuidundo agat ex inæquali diuisione lucrum capta, vt explicuimus, & in cæteris quoque contractibus bonæ fidei demonstrauimus. Quare inutilis est illa quæstio, an condiuisori læso subueniatur tantùm ex læsione supra dimidium, an ad trientem sufficiat, aut etiam aliqua minor, quas omnes reiicit Anton. Faber *decade* 8. *errore* 1. ex quo non proficemus; adi eundem *errore* 2. 3. 4. & 5. circa hanc diuisionem.

17 Quæritur septimò an *l. 2. C. de rescind. vend.* vim habeat circa læsionem in æstimandis rebus dotalibus, quia rei dotalis æstimatio vetam facit venditionem, *l. plerumque* 10. §. *si autem. D. de iure dot.* & æstimatio facit emptionem *l. 1. D. de æstim. act. l. sed etsi res* 7. §. 1. *D. de publician. in rem action.* Itaque succurrendum esse vxori læsæ etiam infra dimidium iusti pretij, vi *legis 2. C. de rescind. vend.* existimant aliqui apud Fachinæ. *lib. 2. contr. cap.* 29. alij saltem, vbi læsio fuit supra dimidium. Rebuff. *tractat. de rescis. contract. art. vn. gloss.* 15. *n.* 13. Ferdinand. à Castro *disp.* 5. *de iust. punct.* 17. §. 3. *n.* 7. qui alios dabit.

Resp. non quæri hoc loco, an mulieri si circumuenta sit in æstimatione fundi dotalis subueniendum sit; id enim certum est siue intra, siue vltra dimidium iusti pretij læsa fuerit; veteri siquidem iure cogebatur maritus vel fundum reddere, vel iustum pretium supplere, *l. iure succursum* 6. §. *vlt. D. de iure dot. l. si res* 11. §. 1. *D. eod.* quod idem quoque concedebatur marito si læsus fuisset, *l. iure, citata;* & *leg. circumscripta* 6. *in fin. Cod. soluto matrimonio.* Id autem totum fiebat iudicij æquitate, ac proinde in omnibus bonæ fidei contractibus, in quibus si dolus, aut vis interuenisset, aut etiam læsio, & inæqualitas, si citra vim & dolum occurrisset, iudicij æquitate vindicabatur, vti nuper ostendimus, ab ea tamen vniuersali regula contractus venditionis, & emptionis, locationis & conductionis excipiebatur, quoties citra vim aut dolum læsio contingebat in pretij aut pensionis quantitate, eo quod in his contractibus naturaliter liceret contrahentibus sese inuicem circumuenire modo sæpius explicato: quare cùm ex veteri iure venditori læso neque iudicij æquitate, neque vlla alia actione subueniretur ad rescindendum contractum, & plurimi abuterentur ea naturali circomuentione, opus fuit noua & lege, & constitutione quæ succurreret venditori saltem immodicè læso, quod factum est à Diocletiano & Maximiano *in l. 2. C. de rescind. vend.* qua constitutum esse ius nouum veteribus incognitum omnes æquè fatentur, ex quibus ita explicatis duæ difficultates soluuntur, quarum prima est cur veteri iure mulieri in æstimatione rei dotalis læsæ succurretur æquitate iudicij bonæ fidei, quamuis illa æstimatio venditionem faceret, & tamen in cæteris omnibus venditionibus non subueniretur illo iure venditori citra dolum & vim læso.

Resp. plures esse differentias inter cæteras venditiones, & hanc rei dotalis æstimationem, quas tradit Cuiac. *lib.* 17. *cap.* 1. *obseruat.* quibus omissis præcipua est, quod hæc æstimatio non sit simplex venditio, sed venditio dotis causâ, hoc est vti explicat Anton. Faber *decade* 6. *errore* 6. *numer.* 9. quæ sic fiebat vt contrahentes transferri nollent in venditionem dotis causam, sed eandem omninò manere, vt soluto matrimonio iudicium dotis maneret, perinde ac si dos inæstimata fuisset: quoties enim fundus æstimatus datur in dotem, id primum & præcipuè agitur, vt fundus ille pro dote, & deinde vt fundi æstimatio sit in dotem pro fundo, neque id agitur inter virum & vxorem, vt plus minúsue sit in dote, sed vt fundus ipse, aut quanti fundus est, dos sit: quare si in fundi æstimatione altereuter circumscriptus est, licèt ea æstimatio venditionis instar sit, quia tamen facta est dotis causa, soluto matrimonio petetur æstimatio, non ex venditio, sed actione de dote per quam fundus ipse, si non fuisset æstimatus peteretur. Manet itaque contractus dotis, qui bonæ fidei, ac proinde in illius iudicio, si quid inæqualiter gestum est, æquitate iudicij reformabitur in meliùs; immò melior est huius contractus quàm aliorum etiam bonæ fidei conditio, nam in cæteris vbi perfecti sunt, & traditione finem acceperunt, fieri nequit vt fraus vel inæqualitas, si qua fit, æquitate iudicij corrigatur, quia nullum superest iudicium quod exerceri possit, vti nuper diximus *ex l. 3. & l. si inter* 8. *C. comm. vtr. iud.* Ideóque restat sola in integrum restitutio, si illius concedendæ subsit aliqua ratio, cuiusmodi non est sola læsio, licèt immodica, si dolus & vis omnis abfuerit. At verò in causa dotis, vbi fundus dotalis æstimatus est, quæ æstimatio vicem obtinet venditionis, sed etiam vbi traditio facta est, læsio & circumscriptio facta in æstimatione *corrigi* & emendari potest æquitate iudicij de dote, quia traditio illa dotis facta marito non impedit iudicium de dote ex parte mulieris, quæ soluto matrimonio persecutionem dotis ex eo contractu habitura est contra maritum aut mariti heredes, sed tantùm ex parte mariti, qui accepta dote siue læsus sit siue non, nihil habet quod conqueratur. Denique soluto quomodocumque matrimonio muliere, aut eius hærede dotem repetente siue mulier læsa sit in fundi dotalis æstimatione, siue maritus ipse, res tota reuocabitur ad æquitatem ex potestate iudicij bonæ fidei, quia superest iudicium bonæ fidei ex parte mulieris ad dotem repetendam. 18

Altera difficultas est an cùm æstimatio fundi dotalis sit venditio, locum habeat *l. 2. C. de rescind. vend.*

Respond. non habere, quia causa propter quam lex illa ita statuit de venditionibus, deficit hoc loco, cùm enim illa læsio ex veteri iure non posset emendari æquitate iudicij bonæ fidei, in his contractibus, in quibus naturaliter licet contrahentibus sese circumuenire, & non esset aliud remedium succurrendi venditori læso citra dolum & vim; opus fuit noua illa constitutione, quæ nouum ius statueret. 19

Atqui

Atqui iam ostendimus læsionem in æstimatione fundi dotalis emendari posse æquitate iudicij bonæ fidei, quod semper superest; non fuit igitur opus ad hoc noua constitutione, quæ etiam non agit nisi de venditionibus simpliciter, & absoluè, non verò de venditione causâ dotis, quæ plùrimùm differt à venditione simplici, vti demonstrauimus hactenus.

20 Quæritur 8. *an lex 2. C. de rescind vendit.* valeat in permutationibus quæ magnam affinitatem habent cum venditione cuius ipsæ fuere origo; vti diximus aliàs, ideóque vicem emptionis obtinere dicuntur *l. 2. C. de rerum permut.* quare passim DD. omnes & Pragmatici vim huius legis in permutationibus agnoscunt.

His omnibus nihilominus repugnat sapientissimus Iurisconsultus Anton. Faber *decade 8. errore 9.* primò quia Imperatores in sua constitutione de sola venditione, non de permutatione loquuti sunt, neque ratio vlla fuit propter quam de illa loquerentur, quia cùm permutatio sit contractus bonæ fidei, & non ex illorum numero, in quibus naturaliter licet contrahentibus se decipere; si quæ in illa læsio & inæqualitas interuenerit, ea corrigi potest æquitate iudicij bonæ fidei, neque alio indiget auxilio, Quod si læsus vel prior impleuerit permutationem, vel aduersario implenti consenserit, sibi ipsi imputare debet quod communi iuris beneficio noluerit vti, indignusque est si sit maior viginti quinque annis, vt illi succurratur, qui bis consensum præstitit; nempe dum contraxit & deinde cùm contractum adimpleuit. Secundò quia licèt permutationum locò inductæ fuerint venditiones; non tamen permutatio venditio est, sed potiùs esset emptio, vt *ibid.* ostendit Fab. quare cùm pridem docuerimus *leg. 2.* non valere in emptione, sanè non valebit in permutatore.

21 Quæritur nonò an in transactionibus vim suam obtineat ista *l. 2.* & eius beneficio immodicè læsus transigendo deinde restitui debeat.

Diuersas hoc loco DD. sententias refert & expendit Ferdinand. à Castro *disp. 5. de iustit. punct. 17.* §. 8. *à numer. 11.* quibus omissis dico breuiter cum Antonio Fab. *errore* 10. *decade* 8. hoc legis remedium non valere aduersùs immodicam læsionem ratione transactionis. Primò quia illa lex non potest produci ad contractus stricti iuris, qualis est transactio. Deinde veteri iure Digestorum non potuit rescindi transactio prætextu cuiusuis læsionis *l. Lucius 78. §. vlt. D. ad SC. Trebellian.* Tertiò ex natura rei de qua transigitur non potest haberi tam certa æstimatio læsionis, vt propter illam transactio rescindi debeat, aut possit. Quartò non minor est authoritas transactionis quàm rerum iudicatarum *l. non minorem 20. C. de transact.* Atqui sententia rescindi non potest prætextu cuiuscumque læsionis *leg. vltim. & toto C. sentent. rescind. non posse.* Quintò deniqne edicta Gallica, & Sabauda vetant rescindi transactiones prætextu immodicæ læsionis, vti testatur idem Faber, qui ista fusiùs prosequitur, hæc pauca nobis qui forensia non prosequimur sufficiunt: quare omittimus & illam quæstionem quam tradit Fachin. *lib. 2. capit. 21.* & Ferdinand. §. 8. *citat. numer. 4.* an in liberatione facta debitori, & in datione in solutum possit læsio vi legis 2. quam explicamus reparari; quæ omnia spectant ad forum externum, & ex hacterius dictis constat non posse: cætera quę in hanc legem disputat Ferdinand. *punct. 17. cit.* Fachinæ. & alij prætereunda duximus, quia nō sunt nisi de materia huius legis, an scilicet omnis venditio illa comprehendatur de actione, qualis illa sit, & quomodo instituenda, & aduersùs quem; videlicet an aduersus tertium possessorem, de tempore quo durat illa actio, & denique de modo quo fiet illa lęsionis emēdatio, an deducenda sint melioramenta facta in re vendita, an liberanda sit hypotheca, si cui ab emptore subiecta fuerit, an fructus percepti restituendi; & cętera similia quæ definire debebit Iudex, & nostrum institutum non attingunt.

ARTICVLVS IV.

De rescissione venditionis per retractum.

Retractus quid. 1.
Quotuplex. 2.
Quid gentilitius. 3.
In quibus rebus detur. 4. 5. 6. 7.
An retrahens eadem moneta soluere debeat qua venditum fuerat. 8.
Quis retrahere possit. 9.
Qualis sit actio retractus. 10.
An illi sit locus in datione in solutum. 11.
An alteri cessibile sit hoc ius. 12.

Retractus est redemptio rei venditæ eodem oblato pretio, iure sibi à lege, aut consuetudine concesso: nam & retrahendi verbum pro recuperatione prædiorum alienatorum vsurpatur ab Vlpiano *l. Imperatores 9. §. 2. D. de administ. rerum ad ciuitat.* 1

Triplex in vniuersum retractus statui potest, gentilitius, feudalis, & conuentionalis. Gentilitius, seu legitimus & linearis, ius est propinquis & consanguineis concessum, vt alienata prædia à consanguineis, eodem pretio oblato intra certum tempus recuperare possint. Ius *προτιμήσεως* dicitur à Græcis, & Constantinus Harmenopulus, Nomophilax Ecclesiæ Thessalonicensis in epitome Iuris Ciuilis *lib. 3.* titulum habet *περὶ προτιμήσεως*, vbi sic habet, venditione facta extraneo creditor, aut propinquus præfertur in emptione. Tiraquellus tamen in præfatione *de vtroque retract. n. 2.* mauult nomen *προτιμίξεως* à mixtione potius quàm à prælatione deducere. In Gallia tota valet hoc ius ex sanctione Henrici III. data Parisiis an. 1581. quamuis deinde variæ sint leges municipales circa hunc retractum, quas ad vnguem, vt loquuntur, & in forma specifica seruandas esse traduot omnes passim, vt videbis apud Louetium *litt. R. n. 51. in notis.* Alibi quoque vsurpari hoc ius tradit Tiraquel. *in prefat. n. 1.* Ab Hebræis diuino iussu obseruatum esse constat *ex cap. 5. Leuit.* & *Ruth. 4. Ierem 2.* & alibi. Iure quoque Pontificio approbatur *cap. constitutus, de in integrum restit.* De Iure Cæsareo locus dubitandi est, nam *l. dudum 24. C. de contrah. emp.* irritat legem quæ proximis, & consortibus concedebat, vt extraneos ab emptione remouerent, & permittit vt vnusquisque suo arbitrio quærere, vel probare possit emptorem. Hanc tamen legem ad retractum non pertinere Hotman & alij contendunt, nam ius retractus non prohibet dominum rem suam cuilibet vendere, sed concedit proximo vt rem alienatam retrahere, & redimere possit intra certum tempus. 2

Alius

3 Alius retractus feudalis, seu dominicus dici potest; quia conuenit domino ratione feudi. Tertius quidam est, qui conuenit ratione societatis & communionis in re aliqua indiuidua possidenda, ita vt tota indiuisibiliter pertineat ad plures dominos, de quo retractu frequentiùs in Hispania vsitato disputat pluribus Molina *tract. 2. disp. 571* Ferdinand. à Castro Palao *de iustit. disp. 5. punct. 29. per plures §§.* & alij DD. Hispani. Vltimus retractus dicitur conuentionalis, cùm in venditione prædiorum pactum est, vt venditori quandoque liceat restituto pretio recuperare, siue dicta sit dies illa recuperationi, siue non sit: qui retractus non differt à pacto de retrouendendo, de quo nuper fusiùs disputauimus. Quæ verò de aliis contractibus agitari possent, ad forum externum ferè pertinent, ideóque à nobis omittenda videntur paucis istis delibatis.

4 In primis igitur ex ordinatione Henrici III. nuper allata non conceditur hoc ius nisi consanguineis ex ea stirpe & linea ex qua prodiit res vendita. Secundò intra annum & diem à venditione. Tertiò retrahens debet emptori restituere pretium & illum ab aliis omnibus expensis immunem reddere triduo, postquam agnitus fuerit hoc iure gaudere. Quartò annuum illud tempus numerandum erit à die quo contractus venditionis notificatus fuerit in gestis ordinariæ Iurisdictionis Regiæ vel subalternæ, si in illis bona vendita collocata fuerint.

5 Non datur autem retractus seu gentilitius, seu feudalis circa census pecuniarios, & bona quæ situm non habent, neque fundum afficiunt, quod in Curia receptum esse ait Louet. *littera R. numer. 2.* eamque sententiam primus innexit Molinæ. qui & eam vbique profert. Secus dicendum est in censibus perpetuis, & non redimilibus fundum afficientibus, qua de re Tiraq. *de retract. lin. §. 1. glossa 6. num. 3.*

Tertiò quoties alter coniugum iure retractus gentilitij, aut feudalis quidpiam acquirit, illud inter propria eius & non inter acquisita censetur, neque dissoluta societate superstes coniux illius dimidium, vt & aliorum acquisitorum repetere potest, sed solum dimidium pretium *par le retrait de demi denier.* Ita iudicatū in V. caedra Inquisitionum 15. Septembris an. 1591. refert Louet. *littera R. numer. 3.*

6 Quartò quando vnam partem rei venditæ consanguineus vendentis retrahere vult, est in arbitrio emptoris, aut partem illam cedere retrahenti, aut totum contractum discindere, si illi totam rem venditam recepto suo pretio tradere velit. Debuit autem res esse vendita vnico pretio, quod notat Chopin. *lib. 2. de morib. Paris. tit. 6. numer. 13. argumento l. cum eiusdem 34. & duabus sequentibus & penultima. D. de aedilitio edicto.* Quando enim plura mancipia siue plures res eiusdem generis vnico pretio vnica venditione vænierunt, si quis eorum vitiosus, aut morbosus sit, & agatur actione redhibitoria, omnes simul redhiberi debent, *ex l. tutor 49. §. curator. D de minorib.* Quando tutor & minor fundū communem vendūt, & minor deinde restituitur in integrum, quæritur an contractus rescindi solùm debeat quoad partem minoris, an verò quoad totum fundum venditum. Scæuola respondet eatenus venditionem rescindi, nisi si emptor à toto contractu velit discedi, quòd solam partem empturus non fuisset. Ita etiam in retractu gentilitio dicendum est, qua de re vide Tiraq. *de retract. lin. §. 1. glossa 7. n. 8.* Itaque censuerūt patres 6. Maij an. 1574. & in 5. inquisitionum 18. April. an. 1598. apud Louet. *lit. R. n. 15.* Secus cōtingit in retractu feudali, non tenetur enim dominus nisi retrahere partem suę mensę subtractam. Causam discriminis reddit Molinæ. *in art. 28 r. consuetud. March.* quia in retractu gentilitio, si sola pars retraheretur, emptor nō abiret indemnis, cōtra quàm ferat retractus æquitas: cum ius retractus ad conseruandas res singularū familiarū inductum, odiosum sit. Retractus autem feudalis in ipsa natura feudi fundatur: cum ea enim conditione prędium datur in feudum, neque iure quæri potest emptor, qui cùm rem feudalem emit, se submisit conditioni feudalis retractus: quando tamen dominus est solùm dominus partis feudi; liberum est emptori admittere pro parte, quæ illi domino subiicitur retractum, aut obligare vt totum fundum retrahat, vt ait idem Molinæ. in *consuetud. Paris. §. 13. glossa 1. quæst. 50.* & ita iudicatum refert Louet. *littera R. num. 19.* Quando autem duo consanguinei æquali gradu à venditore distantes volunt retrahere rem venditam, vnus non potest cogere alium, vt totum fundum sibi relinquat, aut totum retrahat, maximè si facilè diuidi valeat: sicut vnus cohæredum non potest alterum cogere, vt vel suam partem emat, vel sibi totam hæreditatem relinquat. Ita 21. Maij an. 1613. iudicatum habes *in notis ad Louet. littera R. numer 25.*

Quintò retrahens non tenetur ordinariè eadem moneta emptori pretium soluere, qua ipse primo venditori soluerit; neque si post venditionem & solutionem creuerit pecuniæ valor, illum compensare: immò vsuram committeret emptor, si hoc valoris incrementum peteret, quare edictum an. 1577. de monetis, iubet solùm depositas & consignatas pecunias eadem specie reddi. Sapienter omninò, quia qui deposuit pecuniam, manet eius dominus, vti diaimus aliàs *l. si quis, C. depositi*, atque ita iudicatum fuisse 14. Martij an. 1605. refert Louet. *loc. cit.* sed hac de re plura Tiraq. *de retract. §. 1. glossa 18. numer. 26.* Si tamen specialē conuentione certa monetā putà aurea solutum fuisset pretium in prima venditione, illud eodem genere pecuniæ restituendum foret; alioquin emptor non abiret indemnis, & illa species eonuenta pecuniæ partem pretij sine dubio fecit, atque ita conciliabis varia Curiæ decreta, quæ inter sese pugnare videri possent. 7

Variæ porrò sunt consuetudines in consignandis pecuniis à retrahente, dum rem venditam repetit: aliquando enim summam integram consignare debet; aliàs sufficit, vt per ipsum non stet quominus pretium statim offeratur, quas aliasque varietates vide in notis ad Louet. *lit. R. n. 35.* 8

Sextò poterit à primo retrahente alius consanguineus venditori proximior retrahere denuò, id est rem venditam & iam retractam euincere. Hæc tamen mutatio non parit nouum ius lucratiuum pecuniarium domino; quia non à volente sed à coactō fit in vim consuetudinis. Vide notas ad Louet. *lit. n. R. 2.* 9

Septimò, quæstio est, an actio retractus sit personalis, an realis, & an actor debeat agere apud Iudices loci in quo habitat reus, siue defensor; an verò apud Iudicem loci in quo bona retrahenda sita sunt, quam quęstionem pluribus versat Annotator Louet. *lit. R. n. 51.* Posse autem dominū retrahere fundum à vassallo datum, quamuis relicta fide & homagio, atque censu imposito, tradit definitum esse à summa Curia Louet. *ibid. n. 26.* 10

Octauò

11 Octauò difficoltas prætereà est, an in datione in solutum creditori ius retractus locum habeat; quia in odiosis quæ pertinent ad venditionem non sunt extendenda ad omnem dationem: aliuode tamen is qui accipit in solutum similis est emptori, vt ait a Vlpian. *leg. final. D. ex quib. caus. in possess. eatur.* & contra consuetudinem, quæ hoc ius inuexit ad retinendum splendorem familiarum, committitur, si res extraneo detur in solutum, perinde atque si venderetur. Quare hoc casu retractum concedit Ioan. Faber in *l. si prædium. D. de euict.* Distinguit verò Corras. *lib. 3 miscellan. capit. 3. num. 3.* quando enim donatio fit in solutum, fit sponte à debitore pretij causâ, vt in *l. pretij causa 9. C. de rescind. vend.* & *l. eum à quo 16. C. de solution.* ea donatio vicem venditionis obtinet, *l. si prædium 4. C. de euiction.* ac proinde in illa ius retractus locum habet sicut in cæteris venditionibus. Quando autem datio in solutum fit à Iudice, qui rem debitoris creditori adiudicat, *l. à Diuo Pio 15. §. si pignora. D. de re iud. l. final. C. de iure domin. impet.* non est locus retractui. Sic dicitur emphyteutam, sicut sine consensu domini rem non alienat *l. final. Cod. de iure emphyt.* & *cap. potuit. de locat.* ita neque in solutum dare posse: à Iudice tamen res emphyteutica creditori adiudicatur sine domini consensu, modò causa cognita & solemnitas seruata fuerit, re auctioni legitimè exposita & subhastata. Denique si sit simplex donatio, locus habebit retractus, quia venditionis nomine etiam donatio, & omnis alienatio continetur *l. statuliberi 29. §. final. D. de statulib. l. si vsumfructum 23. D. de liberali causa. l. 1. C. si mancipia ita fuerint aliena.* Quare debebit afferri ratio diuersitatis? in transactione autem ad finiendam litem moribus receptum esse ait *ibid.* Corras. *numer. 5.* vt non habeat locum retractus. Sic licèt feudum alienari non possit, de eo tamen transigit vassallus *cap. 1. § si vassall. si de feud. fuerit contr.* quod ita intelligendum esse monet, vt in fraudem consuetudinis non fiat transactio iuxta *l. creditor §. Lucius. D. mandati.*

12 Noobò denique non potest proximior cedere extraneo ius retrahendi, vt ait Corras. *lib. 3. miscellan. cap. 3. numer. 7.* quia sic res vendita exiret de genere, & contra mentem statuti fieret, quod illud beneficium agnationi concedit, neque extra illam egredi vult; atque ita etiam censet Ioann. Faber *in §. 1. inst. de adquir. per arrogat.* Nequ: dicas esse cessibilia, quæ ad hæredes transmittuntur *l. ex pluribus 42. D. de administ. tutor.* nam cedi tantùm potest iis hæredibus, ad quos transmitti potest. Quare cùm hoc ius retractus non transmittatur ad extraneos, neque illis cedi poterit. Deinde ea regula negatiuè sumpta, quomodo tradita fuit à Papiniano *in citata l. ex pluribus*; verissima est; affirmatiuè autem pronuntiata fallet; plurima siquidem ad hæredes transmittuntur, quæ tamen cedi nequeunt, actiones enim directæ, & rescripta ad hæredes transeunt, & tamen cedi non possunt *l. quis ergo casus 16. D. de peculio. l. fin. C. de rescrip.* Fideicommissum ad hæredes transit *leg. cogi 16. §. idem Metianus. D. ad S C. Trebellian.* quod tamen cedi non potest *l. si mulier 59. §. ex asse. D. de iure dotium*: poterit nihilominus alteri consanguineo cedi hoc ius; immò & extraneo, si nulli supersunt propinqui, quo casu posset etiam alienari extraneo; atque hæc pauca de retractu, ne nihil dixisse videremur.

ARTICVLVS V.

De dissolutione venditionis per euictionem.

HIc est vltimus modus dissoluendi venditionem alicuius rei siue recuperandæ ab eo qui illam venditione, aliaue alienatione sibi legitimè facta acquisiuerat; quod cùm non nisi Iudicis authoritate fiat, tota ista tractatio ad forensia Tribunalia pertinet, vt vides, & idcircò accuratiorem de illa tractationem à nobis, qui alia omnia tractamus expectare non debes, sed à Iuris Interpretibus postulare.

Est verò euictio rei emptæ aliaue de causa acce- 1
ptæ per Iudicis decretum ablatio: vel eius rei quam aliquis legitimo iure acquisierat, recuperatio per Iudicem; & euincere est per vindicationis iudicium rem auferre, *l. stipulatio ista 38. §. si quis fortè. D. de verb. obligat.* moris verò fuit olim, vt si res non Quiritium, sed Gentium iure alienaretur, is qui eam acquirebat, quem emptoris nomine designamus, duplam aut simplam stipularetur sibi ab authore dari, si ea sibi iudicio adimeretur, quemadmodum Varro *lib. 2. de re rust. cap. 10.* significat. Cùm autem mancipio res vænierat, tum iudicij periculum præstabat is qui vendiderat; dabatur autem res mancipio, quando acquirebatur iure Quiritium, id est per emancipationem, & nexum, vti explicuimus *in opere de vsuris lib. 1. cap. 2. art. 2.* & tunc res nunquam euinci poterat, id est iudicio à possessore auferri: nam author seu venditor nexu se obligabat ad rem mancipi, id est emptori perpetuò præstandam, ac perpetuò euictionis periculum in se recipiebat. Quod si mancipatio adhiberetur, & res posteà euinceretur, Paul. *lib. 2. sent.* scribit venditorem authoritatis nomine duplo tenus obligari; ex quo consuetudo illa fluxit, iure postea confirmata, vt etiam in aliis emptionibus stipulatio duplæ adhiberetur, si quidem pretij alicuius res esset, sin minus simplæ, *l. ex empto 37. D. de euictionib.* quæ consuetodo ita quotidiana & vsitata fuit, atque, vt Vlpian. ait assidua, vt etiamsi fortè omissa fuisset, nihilominus in actionem ex empto propter bonæ fidei naturam tacitè veniret. *Ea enim*, inquit, *quæ sunt moris, & consuetudinis, in bonæ fidei iudicis debent venire, l. quod si 31. §. assidua. D. de ædilis. edicto, l. 2. D. de euict. l. ex empto 21. §. Cassius. D. de act. emp.* Mancipationis igitur, & vulgaris emptionis illa fuit differentia; quod in illa periculum mancipationis præstabatur, in hac non præstabatur: in illa dupla ipso iure authoritatis nomine debebatur, in hac primùm quidem non nisi stipulata fuisset. Deinde tamen propter consuetudinis assiduitatem in empto vendito iudicium, etiam tacitæ & bonæ fidei actione veniebat, & hodie passim venditor moribus nostris de euictione tenetur emptori, licèt non fuerit stipulatus, vt venditor illius periculum præstaret; cùm ipsa naturalis æquitas postulet, vt venditor præstet emptorem indemnem, si illi rem alienam, aut alteri obligatam vendidit, quæ ab ipso per vindicationis iudicium auferatur, & abducatur, atque hanc præstandæ euictionis obligationem nostro idiomate dicimus *Garanties*, quam vocem Cuiac. ad *lib. 2. feud tit. 28. de lege Conradi* germanam facit. Alij volunt esse Gallicam, nam *garer* est recedere, & in locum tutiorem abire. Mo-

linæ,

linæ. *ad l. 1. §. si quis ita. D. de verb. obligat.* petit à Venetis, quibus *garentigare*, firmare est. Sanè in veteri glossar. auctor in materia euictionum dicitur βεβαιωτὴς, id est venditionis confirmator, & euictionis actio est βεβαίωσις, apud Harpocration. Rhetorem *verb.* βεβαιώσεως. Quare qui agit nullo authore vindice dicitur αὐτομαχεῖν, teste eod. Harpocrat, in eo verbo, quod est inquit τὸ δι' ἑαυτοῦ δικάζεσθαι ἀλλὰ μὴ δι' ἑτέρου.

Stipulatio duplæ in vulgaribus venditionibus, & quæ non fiebant mancipio & nexu, sic concipiebatur: Spondes hanc rem mihi habere licere, & si quis eam per Iudicem petierit, vt primùm te authorem laudauero, iudicio adfuturum: si ita factum non fuerit, aut si mihi res euicta fuerit duplam præstaturum, dolumque tuum malum abesse, abfuturumque esse, *l. stipulatio ista 38. D. de verbor. obligat.* vbi Vlpian. illam formulam accuratè explicat. Sed de ea atque actione, quæ ex illa nascebatur fusiùs disputant qui totam istam materiam pertractant Interpretes *in D. & C. de euict.* & Couar. *lib. 3. variar cap. 27.* Molina *tract. 2. di p. 380.* omniúmque fusissimè Ferdinand. à Castro, *de iust. disp. 5. punct. 28. per plures §§.* à quibus nos abstinemus, iam diu forensibus iurgiis fatigati. Cùm enim non committatur priùs stipulatio illa, quàm iudicio res allata & abducta fuerit, quamuis condemnatio sequuta sit, vt si victor sine successore decesserit, *l. habere 57. D. de euiction.* & emptor debeat primùm suum auctorem laudare, hoc est profiteri, illique denuntiare, vt iudicio adesse velit, adeò, vt si hanc denuntiationem omiserit, neque actionem ex stipulatu in duplam, neque ex vendito habeat, & de modo illius denuntiationis faciendæ plurimæ sint controuersiæ; vides totam istam disputationem nostri instituti non esse, & ad Iuris Interpretes reiiciendam esse.

CAPVT VII.

De transactionibus, & compositionibus.

ARTIC. I. *De transactionibus.*
II. *De compositionibus.*

Cvm omnis humana negotiatio pluribus controuersiis exposita sit, quæ sæpe in tribunalibus Iudicum magno vtriusque litigantis damno agitantur, commodiùs ferè pluribus videtur rem transactione & amica compositione dirimere. Quare pauca quædam de duobus hisce pactis & contractibus annotare visum est.

ARTICVLVS PRIMVS.

De transactionibus.

Quid sit transigere. 1. 2.
Qualis hic contractus. 3. 4.
Ex quibus possit transigi. 5. 6.
An de capitali crimine. 7. 8.

Transigere est finire, terminare, ad exitum perducere: quare interdum vsurpatur de quibusuis negotiis. Plaut. *ne hanc incohatam transigam comœdiam.* Terentius: *Intus transigitur quod restat.* Et eiusdem significationis in iure plura exempla congerit Hotman. *disp. de transact. num. 10.* Generalis deinde illa significatio restricta est ad dubia, & incerta negotia, quæ non alio modo finiuntur quàm aliquo dato vel promisso, & aliquo retento *l. 38. C. de transact.* Inde sumitur aliquando pro compensare, vt *in l. quid ergo 13. §. pœna grauior. D. de his qui not. infam. l. ordine 15. D. ad municip. l. 5. D. de decurion.* vbi de eo qui mitiore quidem pœna dignus erat; sed tamen cum infamia, grauiùs & duriùs, sine infamia mitiùs punitur; dicitur negotium transactum, eleganti translatione, quasi aliquid ad eius pœnam additum, aliquid detractum esset.

Transactio igitur est pactio non gratuita de re dubia, vel lite & controuersia mota, vel mouenda. Ita Molin. *tract. 2. disp. 556. num. 1.* & alij passim ex Panorm. *in rubricam de transact.* Dicitur *pactio non gratuita*, quia vtrique transigenti aliquod onus imponitur, vt iuri quod prætendit cedat; si enim vni res concederetur absque vllo onere, aut compensatione, esset vel donatio, vel compositio. *Est de re dubia*; si enim alterutri transigenti constaret rem de qua disceptatur esse alterius, iniusta & inualida foret transactio tum in conscientia, tum etiam in foro externo, *leg. in summa 65. §. 1. D. de condiction. indebiti*, & *l. prases 12. C. de transaction.* si actor transigit sciens rem ad alterum pertinere; si autem reus transigit sciens rem ad actorem pertinere, valida erit transactio in foro externo; actor tamen vti poterit actione doli, vt ea transactio rescindatur *l. sub prætextu 19. C. de transact.* quam actionem biennio durare affirmat *ibid.* glossa. Ita Panorm. *in cap. super eo, de transact. in fin.* 2

Hinc sequitur non posse transigi circa rem de qua lata est sententia, si iam transierit in rem iudicatam *l. si causa 32. C. de transaction.* & *l. eleganter 22. §. si post. D. de condict. indeb.* quia res illa ampliùs dubia non est, nisi propter aliquod remedium restitutionis in integrum denuò de eadem re controuerti possit, aut ignoretur sententiam esse latam, quia satis est haberi rem dubiam à transigentibus, dum contrahunt, etiamsi reipsa dubia non sit. Qui tantùm transigit post latam sententiam ad redimendam vexationem, non transfert dominium in alium, & non obligatur illa transactione, sed potest agere aduersùs alium ad rem suam recuperandam; quia non donat illam sed ex mixto inuoluntario transigit. Quare licèt eiusmodi transactionem firmet iuramento, non tenetur nisi virtute religionis ad non violandum iuramentum, cuius relaxationem petet, & si illud seruet, non transferet tamen dominium in alium, qui rem illam transactione receptam retinere non poterit, vti contingit in eo qui iurat se soluturum vsuras.

Hinc contractus onerosus est, & contractus innominatus. Pactum nudum vulgò dicitur, quem vulgatum errorem multis conuellit Hotman. *cit. num. 7.* quo loco plures contractus innominati, & transactionis differentias affert, sicut & pacti cum transactione conuenientias & discrimina *cap. 1.* nobis satis est hoc pactum, si nudum est vestiri aliquando stipulatione Aquiliana, firmari preterea, adiecta pœna nolenti illi stare, & tunc qui stare noluerit, 3

luerit. cogi poterit vel ad soluendam pœnam, vel ad standum transactioni prout maluerit, *l. rescriptum* 10. §. *si pacto. D. de pactis.* Si autem cum pœna addatur clausula, *Rate nihilominus manente pacto*, cogi poterit & ad pœnam subeundam, & ad seruandam transactionem *l. qui fidem* 16. *D. de transaction.* hæc enim verba faciunt vt & pacti, & stipulationis pœnalis commodum sentire debeat stipulator, qui alioquin per exceptionem alterutro contentus esse cogeretur, *l. cum proponas* 17. *C. de transact. l. ita stipulatus* 115. §. *vlt. D. de obligat.* etiamsi pristina actio per acceptilationem ipso iure sublata esse proponeretur, *l. vbi pactum* 40. *C. de transact.* Non tamen ex ea clausula cogetur pactum transactionis ratum habere is cui fides frangitur; quia pro ipso non contra ipsum hæc clausula ponitur, & non potest aduersarius intentionem suam fundare ex ea transactione contra quam ipse veniat *leg. cum pater* 77. §. *libertis. D. de legat.* 2. *l. cum par* 154. *D. de regul. iur.* nec potest repugnare quominus rescindatur transactio, ita volente aduersario cùm fidem ipse frangit, *leg. si diuersa* 14. *C. de transact.* Et sanè si actio quam habet is, cui fides frangitur, sublata fuerit per stipulationem Aquilianam, secutamque acceptilationem, hoc ei vnum supererit auxilium, vt possit agere de dolo *leg. sub prætextu* 19. *Codic. eod.* non enim est in potestate transigentium facere vt actio ipso iure sublata, ressuscitetur, aut inducatur aliter, quàm interueniente vno ex illis legitimis modis, quibus obligationes & actiones nasci placuit.

Pœna porrò soluenda intelligitur, non quoties contrauenietur transactioni, sed prima vice tantùm: & præterea si qui noluit stare transactioni, postea dum exigitur ab eo pœna, statim pœniteat, euitabit pęnam, & purgabit moram ex glossa in *l. qui fidem* 15. *D. de transaction.* vbi autem vnus discesserit à transactione, potest idem alter facere, neque tenetur stare pactioni, etiamsi prioris pœniteat.

4 Seruanda est æqualitas in transactione, an verò si quis vltra, aut infra dimidium iusti pretij decipiatur, detur illi actio, vt vel rescindatur contractus, vel ad æqualitatem iusti pretij reducatur disputauimus nuper *cap superiori art.* 3. Minor quidem læsus restitutione in integrum iuuari poterit *l.* 1. *& 2. C. si aduersùs transaction.* Si quod vnus accepit de re controuersa altero cedente, euincatur; qui illud cessit ad transactionem celebrandam, non tenetur de euictione, neque reddere quod vicissim ab illo accepit vt à lite discederet, quia id quod accepit, habuit tantùm pro iure obscuro, quod credebat se habere ad eandem rem.

5 Qui non possunt bona aliqua alienare, non possunt circa illa transigere, quare quoad vinculata bona non licet transigere, neque id potest feudatarius quoad feudum, aut hæres grauatus restituere; aut Prælatus circa bona Ecclesiæ, aut minor tutoris, & curator sine decreto Iudicis. Nec denique procurator, nisi specialem habeat facultatem *l. transactionis* 7. *C. de transact.* Si tamen cum clausula speciali ad aliquod negotium addatur clausula generalis, qua conceditur quidquid etiam requirit speciale mandatum, transigere poterit procurator ille, ex Couarru. *lib.* 2. *variar. cap.* 5. *num.* 8.

Nihilominus in bonis prohibitis potest aliquando fieri transactio. Primò si fiat authoritate Supremi Principis. Secundò si per eam transactionem res inalienabilis manet apud eum, qui eam non possidet, & is det aliquid quod possit alienare. Tertiò si transactio mandato Iudicis aut Principis, aut aliunde ad lites tollendas necessaria sit. Quartò si hi in quorum gratiam prohibita est alienatio, consentiant transactioni.

Circa alia quædam, etsi alienatio non sit prohibita, est tamen transactio prohibita. Primò transactio super contentis in testamento sine scientia eorum, dicitur à quibusdam inualida ex *l. de his* 6. *D. de transaction.* eo quod Caius dicat non posse aliter *transigi, quàm inspectis cognitisque verbis testamenti.* Verùm cùm transactio, vti monuimus *ex l.* 1. *D. de transact. l.* 2. & *l. præses* 12. *C. eod.* non fiat nisi de re dubia, & incerta, de qua vel lis sit, vel litis metus; inspectis testamenti verbis dubia res non est, cùm non liceat recedere à propria verborum significatione, nisi voluntas alia testatoris euidenter appareat *l. non aliter* 99. *D. de legat.* 3. *l. Labeo* 7. *D. de supellect. legat.* Quare Cuiacius, aliique volunt eam legem apertè falsam esse, si de conuentione priuata agatur, esseque Tribunianismum, eo quod Caius cuius est ea *l.* 6. apertius suam mentem explicet *in l.* 1. *D. de testam. quemadmod. aper.* nempe in controuersiis, quæ ex testamento proficiscuntur, aliter apud Iudicem exquiri veritatem non posse, quàm si verba testamenti proferantur. Verùm Caius, si legatur attentiùs hoc vnum voluit, vti obseruat Anton. Faber, non aliter posse, sine Iudice transigi, quàm inspectis cognitisque verbis testamenti. Et sanè si qua ex testamento controuersia pendeat, nullus tam incautus futurus est, vt de ea velit transigere, nisi priùs inspectis testamenti verbis, ne alioquin facilè lædatur, quamuis aduersarij dolo non decipiatur quod Demosthen. ἐν παραγραφῇ ὑπὲρ Φορμίωνος eleganter expressit, πρῶτον μὲν γὰρ τίς ἂν ἐνείματο τὰ πατρῷα, μὴ λαβὼν γράμματα ἐξ ὧν ἤμελλεν εἴσεσθαι; quisnam patrimonium diuideret, non acceptis tabulis, ex quibus quantum relictum esset cognosceret, nemo sanè omnium. Itaque illa verba: *Neque aliter transigi potest quàm inspectis testamenti verbis:* ad voluntatem difficultatemque transigendi refert Anton. Faber, non ad formam & solemnitatem iuris, vt alij, nimirum hoc sensu, *Non aliter transigi commodè & vtiliter potest.* Quare si quis tam imprudens & incautus sit, vt etiam non inspectis testamenti verbis velit de iure testamenti transigere, nihil causæ erit cur non perinde valeat transactio ac si verba omnia lecta perlectaque fuissent, sibi enim debet imputare qui tam facilis & inconsultus fuerit ad transigendum. Quæ omnia veriora erunt, si dicat se nosse ea quæ testamento continentur. Confirmatur *ex l. non ferendus* 12. *D. de transact.* & *leg. Lucius* 78. §. *vltim. D. ad S.C. Trebellian.* in quibus proponitur transactio facta vtiliter de vltima voluntate, etiamsi non fuissent lecta omnia verba testamenti, aut codicillorum, quæ necdum legi potuerant, quia non nisi posteà reperti codicilli fuerunt. Error itaque Triboniani fuit in citata *l. de his*, quod Caij sententiam pro ratione allatam sic accepit quasi simpliciter, & absolutè prolatam, quæ res fecit vt ab Interpretibus relata sit ad ius, quæ à Caio relata fuerat ad factum; ac si dixisset non posse sciri quomodo transigendum sit de controuersiis ad testamentum pertinentibus, quin testamenti verba inspiciantur. Ita Faber. His adde quoties aliquis transigens fuit deceptus ab altero qui

illi significauit aliud contineri in testamento quàm reipsa continetur, inualidam esse transactionem etiam iuramento confirmatam quoad excessum saltem, in quo deceptus fuit læsus, quia in illum excessum non consensit, ac proinde in illum non cadit iuramentum, si autem non fuit deceptus, & neuter transigentium conscius erat eorum, quæ testamento continerentur, valida erat transactio: fuit enim æqualitas cùm vterque periculo se exposuerit, & qui læditur suæ leuitati imputare debeat. Si denique alter erat conscius testamenti, læsus ignorans non obligatur etiam iuratus, quia non habuit animum transigendi cum ea conditione, & in eo cuenttu. Vide Molinæ. *tractatu* 2. *disputat.* 557. *numer.* 13.

Secundò transactio de alimentis præstandis vi testamenti inualida est, *l. cùm hi* 8. *D. de transaction.* ex oratione Diui Marci in Senatu habita. Voluit enim huiusmodi transactionem non aliter fieri, quàm præsente Prætore, quod idem deinde constituit Gordianus *in l. de alimentis* 8. *C. eod.* Maxima sanè æquitate, plerumqoe enim hi quibus alimenta relicta erant facilè transigebant contenti modico præsenti, vnde fiebat vt posteà laborarent egestate, & aliquando mendicando viuere cogerentur contra testatorum voluntatem, qui vix aliquando legant alimenta nisi egentibus, aut iis quibus prospectum velint, ne in egestatem incidant. Quare tota ista Gordiani constitutio de alimentis futuris, & non præteritis agit, sicque est Diui Marci oratio intelligenda. Alimentorum verò nomine etiam vestiarium, & habitatio intelligitur, vti affirmatur *in citata leg. cùm hi*, §. 1. Plurimæ autem quæstiones circa hanc transactionem de alimentis istis vi testamenti aut codicillorum aut donationis mortis causâ relictis, & adhuc futuris *in cit. l. cùm hi* per plures §§. explicantur, de quibus adi Anton. Fab. *in eam l.* Couar. *in cap. quamuis pactum, part.* 2. §. *vlt. n.* 6. Molin. *disp.* 556 *n.* 16. & alios, ad illas enim modò digredi non vacat.

Tertiò transactio particularis seu circa res particulares non extenditur ad illas quæ in ipsa expressæ non sunt, *l. age* 3. *C. de transact.* nisi eæ sint connexæ necessariò & dependentes ab iis de quibus trāsactum est: Ita Molin. *disp.* 558. & glossa *in l. si vnus* 27. §. *ante omnia. D. de pactis.*

Quartò si transactio particularis circa res, fuit vniuersalis circa actionem, quia remittitur ius in illam rem ex quocumque titulo prouenienss illa res ex nulla omninò causa peti ampliùs poterit, si autem sit particularis quoad actionem, qoia creditur iuri cuicumque qnod ex illi causa competebat in illam rem, ex alio nihilominus deinde titulo eadem res peri poterit: qood si nihil istorum fuerit expressum, videndum erit qualis fuerit ea transactio ex petitionis variis titulis, & causis, atque ex aliis coniecturis.

Quintò transactio generalis post primam petitionem generalem extenditur ad incognita quæque, quę tunc non occurrebant, & transigens repellitur deinde ab omni petitione, *l. sub prætextu* 19. *C. de transaction.* qoia nihil exceptum est, & omnia in illa generalitate comprehēsa sunt, nisi dolo & fraude transigentis occultata fuerint, vt dicitur *l. rex fratres* 35. *D. de pactis.*

Sextò transactio generalis præuia petitione particulari, si potest restringi ad particularia petitione contenta, ad alia extendi non debet, *leg. si de certa re* 31. *C. de transaction.* quia sequentia intelliguntur iuxta præcedentia si nihil obstet. Si verò salua sermonis proprietate ad particularia petita arctari non potest, extenditur ad omnia, vt autem lites vitentur, solent fieri plenissimæ transactiones, quæ dicuntur extendi ad incognita, in genere, & in specie.

Septimò, *transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est, in aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem;* inquiunt Imperatores Diocletian. & Maximian. *in l.* 18. *C. de transaction.* cuius constitutionis duæ sunt partes, vt vides. Primò enim concedit transactiones & pacta quælibet in capitali crimine, excepto adulterio. Secundò hoc ipsum vetat in crimine non capitali, nisi de falso agatur. Ita quidem communis interpretatio, eaque non obscura. Verùm si diligentius examinetur, nulla lex in toto Codice videbitur obscurior, vt monet Anton. Fab. *lib.* 2. *Coniect. cap.* 20. & Doctorum omnia ingenia torsisse fatetur Goueanus *lib.* 1. *variar. lection. iur. capit.* 30. & prima qoidem pars, siue regula, in criminibus capitalibus, quæ pœnam sanguinis ingerunt licitum esse transigere, manifesta est: transigere autem de crimine, est reum posse iure, pactione & transactione se crimine absoluere. Ratio est quia omnis ratio expediendæ salutis honesta censetur, & concessum cuique est suum sanguinem quoquo modo redimere *leg.* 1. *D. de bonis eorum, qui ante sententiam mort. sibi consciu.* & capitalium pœnarum odium legitimum existit, vt ex *leg. famosi.* 7. *D. ad leg. Iuliam maiest.* vulgò colligunt.

Dices accusatorem trānsigentem vt à lite desistat, plectendum videri tanquam præuaricatorem, *l. preuaric.* quinimò infamia notatur, vt *in l. si maritus* 15. §. *si negauerit. D. ad l. Iuliam de adult.* observat Bart. Quis igitur dicat transactionem concedi si lex puniat eum qui transigit, & in vniuersum leges puniont quemlibet accusatorem, qui accepta pecunia ab accusatione desistit, *l. si fœmina* 55. *C. ad S.C. Turpillian.* & *leg. ab accusatione* 6. *Digest. eod.*

Respondent quidem passim DD. non minus aliquando valere actum, eo quod illum præstantes puniantur, verùm ex ea pœna saltem colligitur huiusmodi actum non esse prohibitum; atqui lex qoam versamus ait non esse prohibitam transactionem in crimine pœnam sanguinis ingerente. Igitur puniri non debet. Et sanè ex ista satis ostendit non esse afficiendum pœnâ accusatorem, qui transactione desistit ab accusatione. Deinde si transactio valet respectu rei vt sanguinem suum redimat, & ne in pœnam corrupti aduersarij incidat, debet qnoque respectu accusatoris valere, cùm eadem sit correlatiuorum natura.

Tota itaque difficultas in eo consistit quod ab hac generali regula licitæ transactionis de crimine capitali pœnam sanguinis ingerente excipiatur adulterium, de quo transigere non liceat, cùm nulla exceptionis ratio reddi posse videatur ex iure veteri, aut nouo. Nam iure quidem veteri non licebat de crimine adulterij pacisci & transigere, alioquin actor in pœnam Senat. Consult. Torpilliani incidebat, *leg. de crimine* 10. *Codic. ad leg. Iuliam de adult.* Verùm hoc commone erat adulterio cum cæteris criminibus capitalibus sanguinis pœnam non ingerentibus, de quibus ex veteris iuris regola transigere non

non licebat, *vt ex l. transigere* 18. *C. de transaction.* quam exponimus constat: atqui iure veteri ante Constantis & Constantij tempora crimen adulterij sanguinis pœnam non irrogabat, immò nequidem deportationis, sed relegationis tantùm, vti passim sentiunt DD. *ex leg. si quis viduam* 5. *D. de quæstion.* in qua adulterium cum incestu coniunctum deportatione tantùm coërcetur, atque ex infinitis aliis iuris locis, ipsisque Iuliæ legis verbis, quibus mulier adulterij damnata testis esse prohibetur, & qui adulterij damnatam ducit vxorem, coërcetur, consentiuntque passim DD. illa verba: *Si quocumque modo pœnam capitalem euaserit. in leg. constituti* 9. *Codic. ad leg. Iul. de adult.* esse assumentum Triboniani, sicut & illud quod *in inst. de public. iud.* scriptum est lege Iulia de adulteriis, corruptores alienarum nuptiarum gladio puniri. Nihil igitur opus erat cur adulterium ex regula generali, quæ permittit transigere de crimine pœnam sanguinis irrogante exciperetur; quandoquidem tale non erat illo veteri iure crimen adulterij: nouo quidem iure adulterium pœnam sanguinis ingerit. Verùm nihil causæ afferri potest cur de eo, vt de cæteris eandem pœnam sanguinis ingerentibus pacisci & transigere non liceat ex perpetua illa constantique, & vniuersali regula nuper allata, honestam esse quamlibet rationem redimendi sanguinis sui: quare in quærenda ratione huius exceptionis de adulterij transactione laborant Interpretes, vt videbis apud Corrasium *libro* 2. *miscellan. capit.* 1. Cuiac. *lib.* 6. *obseruat. capit.* 1. Alciat. *in l. transigere*, & *libro* 3. *paradox. capit.* 8. quibus omnibus omissis placet Anton. Fab. *libro* 2. *coniecturar. capite* 20. sententia: in primis illam exceptionem additam esse à Triboniano, vel ab alio quopiam imperito constitutionis Diocletiani, & Maximiani, quorum ætate adulterij crimen non plectebatur sanguine. Cur autem deinde adulterio pœnam sanguinis ingerente ex Constantij & Constantini sanctionibus, non liceat de illo, vt de cæteris eiusmodi criminibus pacisci, & transigere nouo iure; alia ratio quærenda non est, quàm quod ita constitutum fuit ab Imperatoribus.

Octauò altera pars legis est de criminibus capitalibus sanguinis pœnam non ingerentibus transigere non licere *citra falsi accusationem*, in quibus postremis verbis tota est difficultas, & an scilicet falsi crimen ab ea vniuersali regula excipiatur, quasi de eo transigere liceat; an verò, vt is qui de crimine capitali sanguinis pœnam non ingerente transigit, in falsi accusationem incidat; & in S. C. Turpilliani pœnam priorem illam expositionem probat Cuiacius *libro* 6. *obseruation. capite* 11. Mornac. in *leg. transigere*, vbi & Senatusconsulta Parisiensia refert, quibus probata est transactio de falso. Posteriorem explicationem sequitur Alciat. locis nuper adductis, & plures alij recentiores, in iisque illustris Iurisconsultus Anton. Faber *libro* 2. *coniecturar. capite* 20. Primò quia Latinus sermo non fert, vt *citra falsi accusationem*, significet *excepta falsi accusatione*. Secundò falsum est de crimine falsi licere transigere, cùm neque dissimilitudinis ratio reddi possit, neque dubitari possit eum qui de crimine falsi transigit in S. C. Turpilianum incidere, sicut contingit in cæteris criminibus, sanguinis pœnam non ingerentibus, quod probatur primò *leg. quæsitum* 5. *Digest. ad S. C. Turpillian*; vbi dicitur, eum qui libello Principi oblato falsum se obiecturum minatus est, si non obiecerit S. C. Turpilliano non teneri. Igitur aliud probandum esset in eo qui crimen falsi abiecisset, & denuntiasset. Deinde *leg.* 1. *§. accusationem. §. vt cùm Papinianus. D. eod.* Vlpianus ex Papiniani sententia scribit mulierem, quæ ad falsi accusationem non admittitur, quòd suam suorumue iniuriam non persequatur, Senatusconsulto Turpilliano non plecti; vnde intelligimus mulierem, quæ ad falsi accusationem ideo admittitur, quia suam suorumue iniuriam persequatur, si desistat, & non accuset, Turpilliano teneri *leg. si fœmina*, 3. *Cod. eod.* ex qua & *laudato §. accusationem*, apparet corruptum esse Papiniani sententiam *in leg. mulier* 4. *Dig. eod.* vbi dicitur mulierem, quæ falsi crimen iniuriæ propriæ post interpositam denuntiationem omisit, Senatusconsulto non teneri: legendum enim est *non iniuriâ propria*, si credimus Vlpiano sententiam Papiniani referenti *in citato vers. atqui Papinianus*; etsi certum ius traditum *in citata leg. si fœmina*, admittamus, alioquin illam cum *leg. si mulier* vix conciliare licebit, quod plures inutiliter tentarunt; ex quibus omnibus vides de falsi crimine non licere transigere citra Senatusconsulti accusationem, quod si concedas, falsi crimen ex generali regula excipi non debet.

Dices pluribus locis legi transactum esse de falso. Respondet Faber ea loca intelligi non de crimine falsi, sed de causa falsi, quæ iam ciuiliter intentari & exerceri potest, *leg. de fide* 16. & *leg. sequent. Cod. ad l. Cornel. de fals.* aliud enim longè est de falso instrumento, aliud de crimine falsi transigere: quare in *citata leg. de fide*, dicitur, ei qui de fide instrumenti quætit, duplicem esse litigandi viam, per accusationem scilicet, & per priuatam disceptationem.

Maneat itaque illa verba in *leg. transigere, Citra falsi accusationem*, intelligenda esse de Senatusconsulti Turpilliani accusatione, quod scilicet pertinet ad eos qui aut falsa criminia intendunt, aut falsas eorum excusationes admittunt, *leg.* 1. [*Digest. ad S. C. Turpillian.*] In quibus porrò criminibus transigere non licet, neque etiam pacisci licet, vt *in c. cit. sub. fin.* explicat Faber.

ARTICVLVS II.

De Compositione.

COmponere, si vim nominis inspicias, est diuersas res apta quadam cohærentia simul ponere, & cõiungere significat. vnde per translationem dicimus componere litem, æquis videlicet conditionibus præscriptis conciliare, & sicut apud Cic. *lib.* 2. *de legib.* dicitur compositor anni qui componit annum, & statuit qui dies sacri, qui profani sint, vti explicat Victorin. *lib.* 1. *antiq. lect. cap.* 6. *Feriarum*, inquit, *aliarum festorumque dierum ratio in liberis requietem habet litium & iurgiorum; in seruis operum & laborum, quas compositior anni cõferre debet perfectionem operum rusticorum.* Eãdem significationem habet compositio litium, nam & *διάταξιν, διακόσμησιν, κατάστασιν* coniunctionem, dispositionem, ordinationẽ significat, & præterea pactũ, conuentionem, transactum, cõpromissũ cócordiã. Vnde

Cic.

Cic. *Philip.* 5. *Pacis, concordiæ, compositionis author esse non destiti*: & Cæs. *lib.* 1. *de bello Ciuil. Legates ad Pompeium de compositione mitti oportere.* Compositio igitur idem ferè est cum transactione, nisi dicere malis latius eam patere transactione. Est enim amica pactio de re aliqua, siue dubia, siue certa sit, siue controuersa, & litigiosa, siue non, atqui transactio non est nisi de re controuersa, vt nuper monebamus, licèt sit & ipsa species aliqua compositionis; nam res controuersa componitur, & datur aliquid vni vt discedat à lite & iure quod prætendebat.

Circa compositionem porrò difficultas omnis oritur ex materia de qua fit compositio: v. g. circa spiritualia. Nam si fit compositio onerosa, quæ est vera transactio, illa in spiritualibus pro quibus datur, vel dimittitur aliquod temporale, nulla est, sed simoniaca, vti fusè demonstrauimus tractatu de simonia *quæst.* 20. *confect.* 15. Compositio verò amica, & non onerosa licita erit *ex cap. super eo. de transactionib.* vbi sic habetur, *Si inter se gratis & amicabiliter componunt, nequaquam sacris canonibus obuiare dicuntur*: quod *loc. cit.* explicuimus. De compositione super decimis & aliis eiusmodi explicabitur dum de singulis materiis disputabimus, quare de compositione in vniuersum nihil adiiciendum videtur, cùm ex iis quæ de transactionibus diximus nuper satis colligi possint.

CAPVT VIII.

De alienatione rerum, quæ alienari prohibentur.

EXPLICATIS hactenus toto isto opere variis modis, quibus vna res ab vno domino transfertur in alium, quæ dominij translatio in commerciis humanis perpetuò agitatur, quætendum nobis superest, an quælibet res humanæ huiusmodi commerciis sint obnoxiæ, & pro voluntate dominorum ab vno in alium transire possint contractu gratuito, vel oneroso; & præcipua difficultas circa res Ecclesiasticas existit, de quibus idcircò primo loco & fusius agemus.

ARTICVLVS PRIMVS.

Quænam res Ecclesiasticæ, & quo iure prohibeantur alienari.

Quis sit immediatus bonorum Ecclesiæ dominus. 1.
Quid sit & quotuplex alienatio. 2.
Prohibetur bonorum Ecclesiasticorum alienatio iure Canonico. 3.
Et Iure Ciuili. 4.
Et ratione iuramenti à Prælatis præstiti. 5.
An prohibeatur duntaxat perfecta alienatio. 6.
Quænam bona prohibeantur alienari. 7.
Quænam fiat immobilia. 8.
Quid de iuribus. ib.
De mancipiis rusticis. 9.
De gregibus. 10.
De arboribus. 11.
Quænam mobilia. 12.
Catas pretij. 13.
Quid de grandi pecunia. 14.
Catnum Ecclesiæ prohibeantur ea alienatio. 15.
Pia loca gaudent eodem priuilegio. 16.
Bona Ecclesiasticorum non sunt inalienabilia. 17.

1 PONENDUM in primis est Ecclesiam non modò mobilia bona sed etiam immobilia iure possidere fidelium liberalitate: quod quādo fieri cœperit & qua ratione dispu. Sarmiento *de red. Eccl. part.* 1. *c.* 1. & passim alij contra Vvicleffistas hanc bonorū possessionem ab Ecclesia defendunt, vt suo loco docebimus: dissentiunt tamen Theologi & Canonistæ penes quem sit immediatum bonorum eiusmodi dominium: nam plerique volunt esse pauperum, quos latè confutat Sarmiento *cap.* 1. *cit. numero* 15. *& part.* 2. *cap.* 1. *&* *part.* 3. *capit.* 1. Alij volunt bonorum omnium dominum immediatum esse Christum. Ita contendit fusè Nauarr. *tract. de redditib. q.* 1. *monito* 16. *&* 40. *& q.* 3. *monito* 35. *& comm. de spoliis* §. 9. *num.* 14. quo postremo loco ait id esse de fide certum. Suar. verò *lib.* 4. *defens. fid. c.* 18. *n.* 8. ait duntaxat eam opinionem esse piam, eo quod si quis rerum illarum Ecclesiasticarum dominium haberet, is esset maximè summus Pontifex, qui tamen non nisi per modum fidelis dispensatoris de iis bonis disponere posse dicitur, & non tamquam dominus pro arbitrio, tanquam de re verè sua. Deinde, vti argumentatur Azor. 2. *par. lib.* 6. *cap.* 1. *qu.* 6. fideles voluerunt ea tradere Deo & Christo, acceptantibus Christi & Ecclesiæ ministris, in quos tamen illorum dominium transferre noluerunt, sed in ipsum Christū, ideòque passim in Iure Canonico dicuntur bona Dei, patrimonium Christi, res Diuini Iuris & in nullius esse dominio. Hancq; opinionem sequitur glossa *in cap. Saluator. q.* 3. *& c. cum vetier* 23. *q.* 8. Innoc. *in cap. sup. eo, de causa possess. & propriet.* Panorm. *in cap. cum esses, de testament. in repet. numer.* 29. Maior. *in* 4. *dist.* 24. *q.* 16. *conc.* 1. *&* 2. Alij volunt dominium Immediatum eiusmodi bonorum nō esse penes solum Christum, sed penes Ecclesiam, siue eo nomine intelligas tantùm ipsam communitatem Ecclesiæ, quatenus est vna persona ficta; siue ipsos singulares beneficiatos & Clericos, qui eius Ecclesiæ membra sunt, & illam communitatem componunt; quæ omnia disputant Sarmiento *tract. de redditib. part.* 1. *& part.* 4. *cap. vlt.* Vasq. *tract. eod. cap.* 2. §. 1. *dub.* 2. Molina *tract.* 2. *disput.* 19. *&* 142. Lorca *disp.* 40. *de charit. num.* 14. Lessi. *lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 19. Sopranis *in supplemento*, Filluc. *tractat. de alienat. rer. Ecclesi. capit.* 2. & alij, quos nos afferemus *in appendice de domin.* vbi totam controuersiam accuratè exsequemus

mus, nostro nūc instituto sufficit dari illarum rerum Ecclesiasticarum aliquem verum & immediatum dominum siue sit ipse Christus, qui tamen illas per Ecclesiam administrat, siue ipsamet Ecclesia, siue ipsimet Clerici beneficiati: cùm inter hos, siue dominos, siue administrantes sit quidam nexus atque dependentia. ideóque tres illos dicendi modos *verbaliter tantùm differre* monuit Maior *q. 16. citata*. Et sanè cùm Christus & Ecclesia sint vna persona, & tum Christo ad eius cultum, tum Ecclesiæ ad ministrorum ipsius sustentationem, pauperumque subsidium offerantur à Fidelibus ea bona; verè dicuntur esse & Dei, & Ecclesiæ cui donantur, vti sapienter explicatur *libro 6. capitular. cap. 305.* Vnde colligit eiusmodi rerum Ecclesiasticarum impiam attributionem, furtum & sacrilegium pœnis spiritualibus & temporalibus mulctandum. *Omnia*, inquit, *quæ Domino offeruntur procul dubio Domino consecrantur, & non solum sacrificia, quæ à Sacerdotibus super altare Domino consecrantur, oblationes Fidelium dicuntur, sed quæcumque & à Fidelibus offeruntur, siue in mancipiis, siue in agris, vineis, syluis, pratis, aquarumque decursibus, artificiis, libris, vtensilibus, petris, ædificiis, vestimentis, pellibus, lanificiis, pecoribus, pascuis, membranis, mobilibus, & immobilibus, vel quæcumque de his rebus, quæ ad laudem Dei fiunt, vel suplementum sanctæ Dei Ecclesiæ, eiusue Sacerdotibus, atque ornatum præstare possunt, Domino, Ecclesiæque, siue à quibuscumque vltro offeruntur, Domino indubitanter consecrantur, & ad ius pertinent Sacerdotum. Et quia Christum & Ecclesiam vnam personam esse veraciter agnoscimus, quæcumque Ecclesiæ sunt, Christi sunt, & quæ Ecclesiæ vel in supradictis, vel in quibuscumque speciebus, siue pollicitationibus, siue pignoribus, siue scriptis, siue corporalibus rebus offeruntur, Christo offeruntur, & quæ ab Ecclesia eius quocumque commento alienantur, vel tolluntur, siue alienando, siue vastando, siue inuadendo, siue minorando, siue diripiendo, Christo tolluntur.* Addit deinde hoc sacrilegium non posse, *nisi per puram probatamque; atque publicam pænitentiam, & per Ecclesiæ satisfactionem, Episcoporumque per manus impositionem, & iuxta Canonicas Sanctiones reconciliationem expiari*, & eiusmodi sacrilegium non solùm à Regno Dei fieri alienum, sed etiam liminibus Sanctæ Ecclesiæ vsque ad prædictam satisfactionem extorre effici. Maneat igitur quod vnum hoc loco quærimus, bona tum mobilia, tum immobilia esse in vero & proprio dominio Ecclesiæ, quacumque ratione dominij illius proximum, & immediatum subiectum explicetur, siue ante, siue post factam canonicam diuisionem eorumdem bonorum.

Ponendum secundò est alienationem esse rei suæ, iurisque sui in alium translationem, vt explicuimus in opere de vsuris *lib 1. cap 2. art. 1.* Duplex porrò est alienatio; prima perfecta, & præsè dicta, in qua res, & ius illius, siue dominium ponitur extra manum, vt ita dicam, & potestatem eius qui ipsam alienat: nam si vel ipsa rei possessio apud ipsum maneat, vel illius ius & dominium, non est perfecta & integra alienatio, vt videmus in locatione, in qua datur vsus non proprietas, & dominium; & in venditione quamdiu venditor rem venditam retinet, etiamsi eius ius in emptorem transtulerit, in illis enim nondum est completa alienatio; vti explicabamus *articul. 2. cit.* quare quod dixit *lex 1. C. de fundo dotali: Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur*; de quo fusiùs disputauimus *capit. cit. art. 4. à num. 5.* intelligendum est de dominio perfecto, pleno, & non nudo, plenè translato cum ipsamet re, vt sit alienatio propria, aut perfecta, vel ea difinitio est tantùm alienationis in genere, cuius sunt diuersæ species, provt plenum & totale ius ac dominium rei cum ipsa transfertur, aut imperfectum & diminutum duntaxat, cùm alienans rem aliquam, sibi adhuc eius partem retinet, vel rem ipsam, vt in locatione & vsufructu contingeret. Quare Iustinianus *in l. sancimus 7. C. de rebus alien. non alienand.* nomine alienationis intelligit omnem actum per quem alteri quæritur ius rei. Sanciuit enim vbi prohibetur alienatio vel lege, vel testamento, vel pacto contrahentium; *non solum alienationem dominij vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam vsufructus dationem vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi; imò & seruitutem imponi, & emphyteuseos contractus*, nisi vbi lex aut testamentum, aut pactorum tenor id permiserint. Idem affirmat *Nou. 120. de rebus Ecclesiæ non alienand.* Alienatio quoque ad finem mutandi iudicij fit per solam translationem possessionis, vt constat ex tot. *D. ne alienatione iudicij mutandi causâ.* Denique Iulianus antecessor *const. 17. Alienationis*, inquit, *verbum continet venditionem, & permutationem, & emphyteuseos perpetuum contractum*, quas omnes alienationis species improprias esse à Iustiniano & Triboniano inductas propter analogiam quam habent cum vera alienatione contendit Salmasius *opere de vsuris*. Verùm dicendum est omnes eiusmodi contractus esse veras species alienationis perfectæ vel imperfectæ, provt dominium, & ius quod per illas transfertur maius, aut minus, perfectius, aut imperfectius est. Nam dominium vtile in emphyteusi maius est quàm in pignore aut hypotheca, in conductione quoque quàm in sola habitatione. Vnde fit vt perfectæ alienationis vna tantùm sit species, nempe ea in qua transfertur dominium plenum, perfectum, & integrum: alienationis verò imperfectæ species plures sunt provt dominij perfecti & pleni plures aut pauciores partes transferuntur. Sex enumerat Rebuff. *tract. de alienat. num. 6.* Quod si placeat has species minùs perfectæ alienationis appellare improprias cum eodem Rebuffo, eo quod propria alienatio sit pleni dominij, & rei simul in alium translatio, non contendam obstinatiùs; eritque quæstio de nomine; vti in pluribus aliis contingit. Alij vocant alienationem latè sumptam, aut vniuersaliùs acceptam illam cuiuscumque rei & iuris siue perfecti, siue imperfecti translationem, inde enim definiuimus *capit. 2. de vsur. articulo 6. numero 5.* an perfecta alienatio possit esse temporaria tantùm, & non perpetua. Nam cùm perfecta alienatio sit totius pleni, & perfecti dominij volontaria translatio, & in alienatione temporaria primus dominus habeat rem sibi adhuc obligatam aliqua ratione, & retineat ius eam elapso tempore recuperandi, non videtur tradidisse plenissimum dominium, quod in ea habebat, & nouus dominus illam eximere non potest obligatione & onere redeundi ad priorem dominum, quem neque sine iniustitia præfixo tempore sua re priuare poterit; vnde omninò fit, vt non acceperit nisi dominium diminutum, ac proinde non fuisse nisi imperfectam alienationem. Similia obseruat Balsam. *in*

can. 1 a. 7. *Sinodi.* In legibus, inquit, propriè κυρίως dicitur ἐκποίησις dominij translatio, ἡ μετάθεσις τῆς δεσποτείας, nempe ἡ δωρεὰ ἡ πρᾶσις ἡ ἐμφυτεύσις ἡ ἀνταλλαγὴ καὶ τὰ ὅμοια, donatio emphyteusis, permutatio, & alia similia. At verò ἔκδοσις, siue elocatio est ad personas, & tempora definita quædam transmissio ἡ ἐπὶ προσώποις καὶ ἢ χρόνοις ὡρισμένοις παραπομπή, abusiuè tantùm καταχρηστικῶς ἐκποίησις dicitur ἔκδοσις, & ἔκδοσις ἐκποίησις: his positis.

Dicendum est primo, alienationem bonorum Ecclesiasticorum tum immobilium tum mobilium prætiosorum, quę seruando seruari possunt prohibitam omninò esse, nisi ex legitima causa & seruata certa solemnitate præscripta à iure.

Hæc assertio manifesta est ex Iure tū Canonico, tum Ciuili, vt constat *ex c.* 12. *q.* 2. per plura capita, *& cap. nulli, cap. si quis presbyterorum, cap. possessiones, cap. ad audientiam, de reb. Ecclesiæ non alienand. in 6. atque in Clement. eod. tit.* ac demum in *Conc. Trid. sess.* 25. *cap.* 11. atque constitutionibus summorum Pontificum Pauli III. in solemni extrauaganti *ambitiosa*, Pauli IV. & demum Pij V. qui quod Paulus IV. addiderat, reduxit ad dispositionem iuris communis constitutione quæ incipit, *prouida.* Itaque hodie statur veteri iuri, & Pauli III. extrauaganti *ambitiosa* duntaxat, in qua & iura omnia antiqua, quod ad faciendam alienationem ex certa duntaxat causa & certis solemnitatibus confirmat, & predictæ requiri mandat consensum Sedis Apostolicæ, nisi agatur de locatione ad triennium, & de emphythensi in casibus à iure permissis, & de bonis solitis ab antiquo in emphyteusim dari, & fiat in euidentem Ecclesiæ vtilitatem, vel res quæ alienantur, seruando seruari nequeant, in illis enim venia Pontificis obtinenda non est: annullat verò & irritat Paulus omnes contractus & dispositiones aliter factas, & denique pœnas imponit ita contrahentibus. Atque hanc Paulinam constitutionem vbique receptam esse contendit Vasq. opusc. de redditib. *cap.* 2. §. 2. *dub.* 7. Filluc. *tract.* 44. *cap.* 1. *n.* 8. eo quod in corpore iuris inserta sit, itaque iudicet Romana Curia & Pœnitentiaria. Negant tamen Pauli constitutionem esse vbique receptam Sylu. *verb. alienatio, q.* 15. *& verb. excommunicatio, q.* 47. Caietan. *verb. excommunicatio cap.* 75. qui ait non esse vbique receptam eam decretalem; & alicubi receptam esse, sed non totaliter; vnde sic monet Confessarium, *esto ergo cautus Confessor, vt scias consuetudinem patria quoad hoc.* Sarmiento consentit 1. *part. de redditib. cap.* 2. *n.* 20. Nauar. verò *c.* 29. *n.* 150. in nihilo fuisse receptam, adeoque valere consuetudinem contra illā ex Rochoa Curte; addit nullibi esse *omnino*, id est totaliter receptam: v.g. quoad priuationem beneficiorum impositam, neque in Lusitania quoad locationes vltra triennium, & paucis in locis quoad pœnas extrinsecas, quamquam in multis recepta sit quoad dispositionem principalem, & pœnam intrinsecam nullitatis alienationis atque locationis factæ in plures quàm tres annos. Idem quoad pœnas affirmant Vasq. *de reddit. cap.* 2. & §. 2. *dub.* 7. *n.* 32. Bonac. *disp. de contract. q.* 8. *punct.* 4. *n.* 14. Suar. *de censur. disp.* 23. *sect.* 6. *num.* 3. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 10. *num.* 10. qui tamen omnes in aliis quàm in pœnis, & locatione ad triennium receptam esse volunt eiusmodi extrauagantem.

4 Similia edixit Ius Ciuile *l. Iubemus* 14. *C. de sacrosf. Eccles.* cui subiiciuntur aliquot authentica, quæ desumpta sunt *ex Nouella* 9. *cap.* 1. *&* 12. *Nouell.* 20. *cap.* 6. *&* 7. *Nou.* 120. *cap.* 1. 5. 6. 7. 11. & aliis, quæ constitutiones quoad prohibitionem alienandi res Ecclesiasticas vbique receptæ sunt, licèt quoad modum & solemnitatem seruandam in eiusmodi alienatione si quando ex legitima causa fieri contingat, non vbique seruentur, maximè in iis quæ præter Ius Canonicum hac in parte præscribunt, tunc enim ea duntaxat quæ Iure Canonico præscripta sunt attendi solent, quod monent Couuar. *lib.* 2. *variar. cap.* 16. Molin. *tract.* 2. *disp.* 465. Soto *lib.* 4. *q.* 5. *art.* 1. Comitol. *lib.* 3. *q.* 19. Lessi. *lib.* 2. *cap.* 24. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 10. Tanner. *tom.* 3. *q.* 4. *dub.* 7. *n.* 184. neque obstat quod Gratian. *in cap. ea enim* 10. *q.* 2. retulerit Authent. *hoc ius porrectum, C. de sacrosf. Eccles.* vbi plures aliæ solemnitates in hac alienatione seruandæ præscribuntur, quia vti sapienter obseruauit Nauar. *in comm. de reb. Eccles. non alienand n.* 6. non potuit Gratian. è Iure Ciuili facere Canonicum, neque leges in eam collectionem relatæ maiorem inde accipiunt authoritatem, quàm ex sese habeant. Existimarim tamen vbi Ciuiles tueotur Ecclesiasticas, & illas confirmant, atque ea de causa plura præscribunt in fauorem Ecclesiæ, quàm ipsæmet Ecclesiasticæ, seruandas esse in ditione Principum, qui pro sua pietate eas tulerunt & ad illas suos subditos obligare potuerunt, & voluerunt; sic enim neque immunitatem Ecclesiasticam violant, neque Iuri Canonico quidquam detrahunt, aut sibi potestatem arrogant in sacra; eaque praxis ferè est maximè in Gallia, quod enim in *cap. Ecclesia S. Mariæ, de constitut.* Abb. *n.* 15. Felin *n.* 40. & Decius *n.* 24. obiiciunt fauorem Ecclesiæ non supplere defectum potestatis in concedente, non vrget, quia negamus non esse potestatem in Principe condendi leges quibus res Ecclesiæ tueatur, & Canonica sancita corroboret, maximè in iis quæ ad contractus cum suis subditis celebrandos, & commercia agitanda pertinent. Sunt enim innumeræ leges circa contractus, quæ ab Ecclesia quoque seruantur, & sine quibus inualidè contraheret. Sed de his omnibus plura *in scientia canonica* disputauimus. In hac igitur alienationum materia voluere Principes non posse à suis subditis acquiri res Ecclesiasticas, & illarum dominio priuari Ecclesiam absque certa quadam solemnitate, cuius defectu possint repeti res alienatæ ab Ecclesia. Non est igitur quod tantopere miretur Nauar. *loc. cit.* Turrecrematam, vti iure nominat virum doctissimum in *cap. non liceat* 12. *q.* 2. *n.* 3. referre totam formam alienationis traditam à Gratiano *in* §. *hoc ius* 10. *q.* 2. desumptam ex Iure Cæsareo: nam vidit doctissimus vir eam formam, licet Cæsarea constitutione præscriptam obligare vbi constitutio illa recepta est. Itaque frustra laborant, qui apud Filluc. *tractatu* 44. *cap.* 1. *q.* 1. disputant quo iure Principes potuerint leges condere de rerum Ecclesiasticarum alienatione, eo sane iure quo res Ecclesiasticas tueri possunt & debent, & prouidere ne ad inopiam redacta Ecclesiā malè & inconsultò factis alienationibus, pereuntibus & egentibus ministris diuinus cultus pluribus in locis minuatur, aut etiam cesset magno Religionis ipsiusque Reipublicæ dāno, eaque de causa in Gallia omnia bona Ecclesiarum esse sub regio patrocinio pluribus docet Chopin. *lib.* 3. *sacra polit. tit.* 6. *num.* 13. eorumque conseruationē ipsi incumbere. Adde pleraque eiusmodi bona ab ipsis Principibus concessa fuisse Ecclesiis, aut ab eorum saltem subditis, ipsorumque proinde interest ne pia illa munera aliò transferantur,

tur, & ob alias causas quàm in diuinium cultum, sacrorum ministrorum sustentationam, & pauperum subsidium expendantur contra donatorum mentem & voluntatem.

5 Præter hæc Sacrorum Canonum & Principum Edicta rerum Ecclesiasticarum alienationem prohibantia, singuli Episcopi ipsique Abbates Pontificiis authoritate creati, aut confirmati in sua initiatione sacramento sa obstringunt se non alienaturoa inconsultò Pontifica Romano suarum Ecclesiarum bona, de quo iuramento aglt glossa *in cap. vlt. de Eccles. ædificand.* & *c. super, de reb. Eccles. non alienand.* Panorm. *in cap. ad nostram, tit. eod.* Redoan. *tract. de alienatione rerum Eccles. q.* 55. Nauarr. *comm. de alienat. num.* 12. vbi addit, etiamsi Prælati illi iuramantum eiusmodi non amittant, præsumi nihilominus amisisse, quia quæ fiari solent & debent, facta asse creduntur *l. vlt. C. de fideiussorib.* Itaque hi omnes Prælati præsumuntur obligari ex iuramenti religiona ad non alienandas res Ecclesiæ suæ. Huius iuramenti formulam habes in pontificali: promittit itaque Prælatus se possessiones ad mensam suam pertinentes nullo modo alienaturũ, etiam cum consensu Capituli, inconsulto Romano Pontifice: licat enim ex extrauagante Paulina requiratur consensus summi Pontificis ad licitam alienationam istam, quia tamen iure antiquo, non requirebatur, inductum fuit illud iuramentum, quod licet post Paulinam non videatur necessarium, seruatum nihilominus est, tum vt si alicubi recepta non asset ista constitutio, hoc saltem iuramento tenerentur Prælati, tum ob reuerentiam Romanæ Sedis, vt duplici vinculo obstricti Prælati, religiosores in seruandis Ecclasiæ bonis reddarantur.

Circa hoc porrò iuramentum grauis oritur difficultas; an de alienationa tantùm illicita, quæ sine iusta causa & debita solemnitate fiat, an verò etiam de quacumque licita alienatione iuramentum istud intelligendum sit, ita vt promittat Prælatus duntaxat se bona Ecclesiæ suæ non alienaturum sine iusta causa & solemnitate, inconsulto Pontifice, an varò se nullam alienationam etiam licitam, & iure concessam facturum sina consansu Pontificis. Inter illa porrò iuramenta magnum discrimen ast: nam in priori illo non promittit aliud quàm se non alienaturum res Ecclesiæ aliter quàm ius præscribat, nisi priùs obtenta Pontificis venia: in posteriore autem obligat sa ad petandum Pontificis consensum ad quamcumque alienationam, & in omni casu siue aa permissa sit à iure, siue non. Quare si quidpiam aliter faciat, periurus est, & inualidè alienat; cùm inter substantialia alianationis consensus ille ponatur, vi cuius iuramenti, sicut in extrauaganti Paulina eodem modo raquiritur, quãquàm in his omnibus excipiamr, sicut & in pluribus aliis casibus vrgentis necessitatis, quæ non patiatur dilationem, neque recursum ad summũ Pontificem qui consuli possit, quod obseruat Sylu. *verb. alienatio. quæst.* 17. *Et hoc*, inquit, *nota, quia facit pro exemptis habentibus Superiorem in locis remotissimis.* Hanc controuersiam pluribus agitat Nauar. *comm. de alienat. num.* 12. & Azor. 2. *part. lib.* 9. *c.* 1. *quæstion.* 9. qui Doctorum dissidia refarunt & expendunt.

Existimarim ego primò Prælatum, qui inconsulto Pontifice res Ecclesiæ alienat, quamuis causam legitimam habeat, & alias solemnitates præsariptas seruet, periurum omninò asse, contra Calderinum, & qui eum sequitur Couarr. *libro* 2. *variar, cap.* 16. *num.* 6. quia vt argumentantur passim omnes, illud iuramentum esset inutila, si æquè posset alienare res Ecclesiasticas seruata forma præscripta, atque si non iurasset.

Existimo secundò validam nihilominus fore eam alianationem, si seruata fuerint omnia præscripta, nequa aliud obstet aius validitati, quàm iuramentum præstitum de non alienando. Ita Nauar. *comm. cit. numero* 17. Azor 2. *part. libro* 9. *cap.* 1. *quæst.* 9. Filluc. *capite* 1. *cit. num.* 17. qui alios dabunt, quia iuramantum de aliquo faciendo, aut non faciendo circa aliquam contractum, non facit vt res iurata sit de substantia contractus, sed solùm de requisitis ex parte contrahantis, quod si ipsa non facit, periurus ast, & illicitè facit, non taman inualidè, vti colligitur *ex cap. sicut ex litteris, de sponsalibus, & cap.* 1. *de sponsa duorum.* Sic tastamantum sacundum factum ab eo qui iurauerat sa non rauocaturum prius, valat ex Bartol. *in l. si quis. D de legat.* 3. Qui iurauit donare, vendere, locare Titio, & non Caio, si deinde vendat, donet aut locet Caio validè facit *cap. cùm contingat, de iureiurando.* Denique nullus potest sibi vel aliis vllo actu, vel contractu etiam iuramento firmato legem imponere, per quam non possit deinde id validè facere quod à sua voluntate dependet, nisi vel ipse velit id quod deinde faciet infectum, inualidum, nulliusque roboris futurum esse, aut accedat iuris dispositio, quæ id quod factum fuerit contra promissionam, contractum, val iuramentum ipso iure rescindat. Hanc vniuersalem regulã fusiùs confirmat Gomes. *tom.* 2. *variar. cap.* 2. *num.* 20. quia iuramantum de aliquo faciendo, aut non faciendo, quod pendet à nostra voluntata, obligat personam ne faciat, sad non inualidat actum, si fiat, pluresque DD. & glossas in hanc rem allegat.

Porrò non inferiores tantùm Prælati iuramento se obstringunt se non alienaturos bona suarum Ecclesiarum inconsulto Pontifica, sed ipsemet summus Pontifex iurat sa non alienaturum, præsertim per modum infeudationis Castra, Ciuitates, & Dominia Romanæ Ecclesiæ, & Cameræ mediatè, vel immediatè subiecta. Et primò quidem non infeudandi quæ nunquam infeudata fuerunt. Secundò non continuandi infeudationem eorum quæ ad Sedem Apostolicam deuoluta fuerint, vassallis & feudatariis dominis extinctis. Tertiò non confirmandi aut prorogandi tempus infeudationis in easdem, aut alias personas, feudorum quæ nondum deuoluta sunt. De hoc iuramento vide Franciscum Leonem in suo thesauro fori Ecclesiastici 1. *part. capit.* 15. & Soptan. *in* 3. *appendice ad Filluc. c.* 3. *§.* 3. & alios.

Ratio verò propter quam tam seuerè prohibuit Ecclesia omnes alienationes rerum Ecclesiasticarum perspicua ast; cùm anim bona illa collata fuerint ad diuini cultus, & sacri ministerij obsequia perpetuò exercenda, atque in pauperum subsidia, vti nuper monuimus, & dicemus iterum inferiùs, cessabit facilè, aut minuetur diuinus cultus per aiusmodi alienationes, neque Ecclesia suis opibus destituta poterit ministros alere, diuinum cultum promouare, pauperes iuuare, cæteraque piatatis & religionis ipsi imposita officia exercere.

Dicendum secundò ast, alianationis nomen in 6
hac prohibitione alianandi ras Ecclesiasticas latius sumi, neque continere solam alienationem perfectam, sed omnes alias alianationis species minua perfectas, aut vt alij loqui malunt improprias, per quas ius & dominium aliquod vtile transfertur

tam rei subsistentis, quàm non subsistentis, tam quoad vsum quàm quoad proprietatem : quam communem sententiam colligunt *ex cap. nulli, de rebus Eccles. non alien.* & fusiùs explicat Rebuff. *in compendio de alienat.* Redoan. *de alienat. quæst.* 1. Azor. 2. *part. lib* 9 *cap.* 1. *q.* 2. & nos in sequentibus ostendemus. Sic verò habet cap. *nulli*, ex Concil. Syluanectensi. *Alienationis autem verbum continet conditionem, donationem, venditionem, permutationem, & emphyteuticum contractum.* Per conditionem intelligit Innocentius contractum, cui fuit adscripta conditio, veluti si nauis ex Asia venerit: verùm cùm conditio nihil disponat reiiciunt hoc verbum alij, & legunt conductionem, quos damnat ipse Innocent. quia conducere non est alienare, nisi perpetua foret conductio, quod annotat Hostiens. Alij legunt testamenti conditionem, in ea enim reperitur alienatio. Alij, quod non improbat Innocent. rei immutatam conditionem, id est, statum, causam, naturam, v.g. prædij, veluti si faciat illud tributarium, aut annua pensione grauatum, cùm antea non esset. His omnibus consentanea quoad alienationis vocem habet *l. sancimus* 7. *C. de rebus alien. non alien.* vbi explicat quid nomine alienationis significatur quando illa fieri prohibetur à lege, testamento, vel pacto contrahentium, & de Ecclesiasticarum rerum alienatione agens *Nouella* 7. His ita stabilitis duo adhuc explicanda restant. Primum est quænam sint eæ res Ecclesiasticæ, quæ prohibentur alienari, aut quid nomine Ecclesiæ intelligendum sit hoc loco. Itaque.

7 Dicendum est tertiò omnes res immobiles Ecclesiæ atque etiam mobiles pretiosas, quæ seruando seruari possunt prohiberi alienari. Hæc assertio vniuersalis vera quidem est, sed singillatiùs explicandum restat quænam sint illa bona mobilia, quænam immobilia quæ eiusmodi vniuersali prohibitione continentur, & quænam mobilia pretiosa censeantur; quæ singula perpendit Redoan *q.* 3. *&* 8. *tract. cit.*

8 Bona igitur immobilia dicũtur quę ex se perpetua & stabilia sunt, quæque, vt loquuntur, fixam radicẽ habẽt, vt prædia tum vrbana tum rustica, eaq; bona ferè corporalia sunt: his annumerãtur cẽsus, quibus annui redditus respondent, ius ad ipsos, & ad quaslibet alias seruitutes, cathedra, commenda, beneficium Ecclesiasticum, vsusfructus longioris temporis, quia hoc ius ex se perpetuum est: Talis autem iudicatur actio & ius, qualis est res ad quam datur actio, & ius, quod pluribus ostendit Anton. Gomes. *tom.* 2. *variar. cap.* 14. *numer.* 14. Syluest. *verb. alienatio* 99. Vasq. *de redditib. cap.* 2. *§.* 2. *numer.* 44. Barbosa *de potest. Episc. allegat.* 99. & expressè traditur in Clement. *exiui de paradiso, §. cum que annui redditus*: & innuit glossa *in cap.* 2. *vers. iura, de reb. Eccles. non alienand. in* 6. Neque dicas actiones & iura bonis mobilibus comprehendi *l. à Diuo* 15. *§. in venditione. D. de sentent. & re iudic.* id enim procedit in testamentis, aliisque dispositionibus, in quibus verba in maximè propria & strictiori significatione capienda sunt, *l. qui hæredi. D. de condition. & demonstrat.* nisi tamen aliam fuisse mentem testatoris aliunde conijcere liceat: quæ omnia ex Panormitan. fusiùs refert Azor. 2. *part. lib.* 9. *cap.* 1. *qu.* 6. & plures alios adducens Barbos. 1. *part. de potest. Episc. allegat.* 95. *num.* 46. Maneat itaque iura hoc loco inter immobilia numerari, quod vbi perpetua sunt, nemo negabit. De iure verò ad longum tempus, v.g. decennium dubitari posset: id tamen affirmat Molin. *tract.* 2. *disput.* 46. 68. *&* 465. *num.* 3. quia ea iura firma & stabilia sunt, quamuis non perpetua. Neque obiicias iura tertium quoddam genus bonorum constituere, vti explicat idem Molina *disput.* 98. *&* 202. quia quando ex subiecta materia aut ex intentione disponentis, vel ex modo loquendi comprehendi debent nomine mobilium, vel immobilium, ad immobilia referenda sunt. Quare cùm omnia iura Canonica, & Ciuilia dum agunt de alienatione bonorum Ecclesiasticorum, illa omnia comprehendãt nomine immobilium & mobilium, prohibeantque alienari immobilia, atque etiam mobilia pretiosa, quæ seruando seruari possunt, in hac bonorum vniuersitate iura etiam comprehendi voluerunt; quare vel ad immobilia vel ad mobilia reuocari debent hoc loco, & cùm perpetua & stabilia sint, ad immobilia potius reduci; quod de iuribus ad res immobiles, qualia sunt debita rerum immobilium, & actiones ad illas nemo dubitat; sicut neque de seruitutibus, sed de iuribus quæ perpetua non sunt, sed ad longum tempus, quæ tamen, vt dixi, Molina cum glossa *in cap.* 2. *de reb. Ecclesiæ non alien.* vbi plures textus allegat, ad immobilia sapienter reducit.

Secundò mancipia rusticana, quæ ex antiquo 9
more prædiis affixa sunt, inter mobilia recensentur: Iulianus ait mancipia rustica esse velut membra rerum immobilium, & ideò *l.* 3. *D. de diuers. tempor. præscription.* longæ possessionis præscriptio locum habere dicitur tam in prædiis, quàm in mancipiis: vbi Cuiac. *in Nouell.* 7. intelligit de rusticis, vt *in l. hac edictali. §. his illud. C. de secundis nuptiis, l.* 4. *§. in seruis. D. de censibus.* Quare Iustinian. *Nouell.* 7. mancipium rusticum alienari prohibet, sicut & *cap. nulli, de reb. Eccles. non alienand.* quod tradunt passim Molin. *tract.* 2. *disput.* 465. *num.* 4. Ferdinand. à Castro *tract.* 12. *disput. vnic. punct.* 15. *§.* 1. *num.* 1. Filluc. *tract.* 44. *capit.* 4. *qu.* 21. Iumenta tamen & mancipia, quæ libera sunt, & non affixa, cùm in eodem statu seruando seruari non possint ob varios casus, morbos & senium, neque facilè reparari, non censentur Inter immobilia & inalienabilia vti obseruat idem Filluc.

Tertiò greges ouium, caprarum, armenta boum 10
inter immobilia numerat Molina *disput.* 465. *num.* 4. & Ferdinand. *cit. §. num.* 2. quia ex illis fructus & emolumenta percipit Ecclesia, & multiplicatione fætuum, atque supplendo capita sua seruari possunt. Quare licèt fas sit singulos arietes, capras, boues vendere, non tamen totum gregem, aut armentum, prætcrquam quod licèt inter immobilia non numerares armenta, & greges, nihilominus inter mobilia pretiosa censerentur, atque adeò inalienabilia forent, qua de re inferiùs.

Quartò arbores cùm partes quædam fundi sint 11
& vnà cum illo simul venditæ censeantur, vti diximus nuper, inter immobilia censeri debent, cùm sint res subsistentes, radicesque solo infixas habeant. Isque est communis omnium sensus. Qua de re vide Boër. *decision.* 51. *part. prima*, & Tiraquel. *de retractu conuent. §.* 1. *glossa* 1. *n.* 23. cùm ita in fundo fiant, vt in illius dominio sint, in cuius dominio fundus ipse existit. Audi Caium, *in l. adeò* 7. *§. si alienam. D. de acquir. rerum domin. Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diuerso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit; si modò*

modò vtroque casu radices egerit: antequam enim radices ageret, illius permanet cuius & fuit: his conueniens est quod si vicini arborem ita terra presserim, vt in meum fundum radices egerit, meam effici arborem: rationem enim non permittere, vt alterius arbor intelligatur, quàm cuius fundo radices egisset, & ideo prope confinium arbor posita si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est. Idem habetur §. 31. *alias* 34. *instit. de rerum diuision.* Rationem reddit Paul. *l. sed si* 26. §. 1. *D. de acquir. rerum domin.* quoniam nouo alterius terræ alimento noua arbor nasci videtur. Est & alia vniuersalior ratio, quoniam superficies solo adhærescens solo cedit tanquam pars totius: quare arborum quæ fundo continentur corpus dicitur non esse separatum à fundo *l. Quintus* 40. *D. de actionib. empt.* Denique quod ex re mea natum est, meum est, §. *item ea quæ ex animalibus, inst. de rerum diuis.* quare ex cuius agri succo arbor alitur, eius esse intelligitur. Quamquam verò longè alia videatur esse Pomponij mens, maximè circa arborem in confinio positam *l. 6. §. 1. D. de arborib. furt. cæs.* & *l. 2. de arbor. cæd.* de qua antinomia plurima dabit Hotman. *lib. 1. obseruat. cap. 10.* & *lib. 5. cap. 19.* quem consulas velim, omnes tamen concedunt arborem quamdiu terræ cohæret, rem immobilem & partem fundi censeri *l. 40. D. de actien. empt.* & *l. 44. D. de rei vind.* quod nostro instituto modò sufficit. An verò inde sequatur arboris inscisionem esse alienationem prohibitam *cap. nulli*, disquiremus inferiùs.

12 Bona mobilia pretiosa, & quæ seruando seruari possunt, quæque quoad alienationem immobilibus accensentur, sunt non modo vasa aurea & argentea, gemmæ, vestes cæteraque eiusmodi, quæ magni æstimantur, & facilè ab interitu vindicari possunt; sed etiam illa omnia quæ fructificant, & triennio durant. Ita ex glossa *in l. 1. C. si aduersùs vestras*, tradit Azor *2. part. lib. 9. cap. 1. quæst. 5. & 7.* & plures referens Barbosa *3. part. de potest. Episc. allegat. 95. num 38.* Quare res mobiles, quæ non durant triennio, nec fructificant, sed vsu consumuntur, vt vinum, oleum, mel, triticum, lana, cæteraque similia, poterunt alienari, neque hac prohibitione continentur.

13 Quia verò reliqua mobilia quæ seruando seruari possunt debent esse pretiosa, vt fiant immobilia, quæri potest cuiusnam pretij illa esse oporteat. Ferdinand. à Castro §. 1. *cit. num. 2.* vult esse valoris c . . . aureorum, alij meliùs relinquunt prudentum arbitrio spectatis varijs circumstantiis, maximè locorum & regionum diuersarum vsu ac sensu, atque inibi communi hominum existimatione, quod tradit glossa *cap. terrulas 12. quæst. 2.* Panorm. *in cap. 1. num. 8. de restit. in integ.* Redoan. *de alienat. quæst. 10.* Volunt alij statuta synodalia consulenda esse, illaque haberi vilia quæ talia synodali iudicio censebuntur, quod ego quoque interpretater de sensu Capituli, vbi synodalia statuta de his siluerint, si tamen Capitulum & communitas omnibus expensis rem de qua agitur vilem & exigui momenti esse iudicauerit, ac proinde alienabilem, communi eius iudicio & sensui stare licebit.

14 Maior difficultas est circa pecuniam, an si eius summa notabilis sit, inter mobilia pretiosa, eáque inalienabilia censeri debeat; itáque censent Tiraq. *de vtraque retract. glossa 7. num. 105.* Boët. *decis. 209.* Redoan. *quæst. 16. tract. cit.* quos sequitur Filluc. *tract. 44. cap. 4. num. 25.* ac proinde summam pecuniæ Ecclesiæ datam, non posse totam consumi quoad sortem, sed vel fructuosè collocandam, vel asseruandam esse ad futuras Ecclesiæ necessitates: neque tunc poterit mutuo dari; quia tunc mutuatio pecuniæ vera & propria illius alienatio est, quod fusiùs contra Salmasium olim ostendimus *in opere de vsuris lib. 1. cap. 2.*

Verùm cùm pecunia vsu ipso consumatur, neque perpetuò in arca concludi debeat, sed ad quotidianum vsum fuerit destinata, & ex se non fructificet, non video quomodo inter mobilia inalienabilia numerari poterit, & cur indigeamus solemnitate præscripta ad eius vsum & consumptionem: nam non modò quando ingens aliqua summa tota simul expendenda foret, sed etiam quando per exiguas partes, & pro quibuslibet grandioribus summis, quæ centum aureos excederent, seruanda esset solemnitas præscripta, vt illa summa siue simul, siue per partes alienaretur, & expenderetur in vsus etiam quotidianos; quod quis dixerit.

Existimarim itaque pecuniam Ecclesiasticam etiam ingentem non esse numerandam inter pretiosa mobilia inalienabilia; nisi locum & vicem rei immobilis, cui subrogatur, teneat. Primam partem tradit communis sententia. Ricc. *in praxi resolut. 56. num. 1.* Azor *part. 2. lib. 9. cap. 1. quæst. 5.* Barbosa *allegat. 95. n 49.* Molina *tract. 2. disp. 465. num. 4.* Ferdinand. *punct. 15. cit. §. 1. num. 4.* & alij passim, quod ex natura ipsa pecuniæ certum videtur; cùm eius vsus in ipsius alienatione consistat; quare aut ea inutilis in arca seruanda erit, aut eius vsus liber debet esse Ecclesiæ.

Secunda verò pars nostri dicti non minus certa esse debet; quando enim pecunia locum rei cuiusdam immobilis, aut mobilis pretiosæ quæ seruando seruari possit obtinet, eius quoque naturam induit, & non magis alienari poterit, quàm illud cuius vicem supplet, quodque tunc alienari reipsa dici posset. Hæc porrò subrogatio fit duobus modis. Primò dum certa destinatione ad res immobiles aut mobiles non alienabiles comparandas donata est: v. g. à testatore aut alio quopiam benefactore ad emendum prædium, aut calicem, aut vestes sacras pretiosas: vult quippe testator sicut & benefactor suum illum beneficium permanere, atque ideò in aliquo quod inalienabile sit comparandum, impendi: aut quando eadem dantis voluntate datur, vt fructuosè collocetur, vt inde prouentus Ecclesiæ augeantur. Sic dos monialium datur monasterio ad illarum sustentationem, quamdiu viuent, quare illa & fructuosè collocanda est à Monasterio, neque alienari potest viuente saltem moniali, cùm habeat locum rei immobilis fructificæ, cuius ex fructibus alatur monialis; quare quando expenditur in vsus quotidianos, & breui consumitur, id non tantùm ingenti monasterij damno fit, sed etiam contra canones & prohibitiones alienatur. Viderint itaque qui bona monialium administrant quo iure, quave religione eiusmodi dotium alienationes patiantur. Addunt alij idem contingere quando authoritate Prælati Ecclesiā vel monasterium administrantis ad fructificandum pecunia destinata est, non posse alienari. Verùm ea destinatio merè extrinseca est, neque mutat naturam pecuniæ, neque obligationem inducit ad eam expensionem pecuniæ, manetque libertas Prælato & Ecclesiæ mutandi animū, & pecuniam alios ad vsus destinandi. Alij quoque excipiunt pecuniā cambio & negotiatui expositam: cùm enim illa otiosa non

sit, sed per cambia exerceatur, & agitetur, non sine compendio, & pretiosa est, & vtilis, & fructificat, diutiusque per commercia poterit agitari, atque ita modo suo seruari. Ita Tiraq. *de retr. gentilit.* §. 1. *glossa* 7. *num.* 214. Barbosa *citata allegat.* 95. *num.* 44. qui alios dabit. Verùm nisi sit aliqua obligatio ex voluntate donantis illam per cambia, aut negotiationes exercendi, donec in rem aliquam immobilem impendatur, quia non vult suam iterum pecuniam inutilem esse Ecclesiæ cui illam donauit, non est cur eiusmodi pecuniam inter immobilia censeamus; cùm neque teneatur Ecclesia illam fructiferam reddere & negotiationi exponere, neque vbi illam exposuit non eam expetere ad sumptus quotidianos aliasve impensas faciendas, liberè enim commerciis exposuit, eademque libertate ab iis auocat, cuiusmodi est pecunia collecta ex fructibus Ecclesiæ, aut donata ad vsum liberorum ipsius, quam liberè Prælatus & Ecclesia, dum se offerat occasio illam expendendi prout necessitas & prudentia postulabit, interim agitandam dat campsori, vt ex ea negotiatione per industriam campsoris exercitata aliquid lucretur ex pecunia alioquin inutili & otiosa in arca. Ita Franc. Leo *in Thesaur. fori Ecclesiast. decision.* 160. Riccius *resolut.* 56. & alij. Sapientes tamen Fillucius, aut eius supplementum excipit pecuniam in montibus collocatam, quia per illam emitur census & ius ad aliquot annua centena: quare de ea pecunia atque de censibus eodem modo ratiocinandum est, vti fusiùs ostendi *in opere de vsuris lib.* 5. *cap.* 7. *art.* 1. *& art.* 2. *num.* 7. Cùm itaque census alienari nequeant, & inter immobilia censeantur, idem omninò dicendum erit de pecunia in montibus collocata. Denique pecuniam ad futuras patrimonij Ecclesiastici conseruandi necessitates destinatam à Prælato Ecclesiæ succedere in locum ipsius patrimonij, atque adeò esse immobilem & inalienabilem malè dixerunt aliqui, quando Prælato & Ecclesiæ libera fuit ea destinatio, & non ex obligatione sibi imposita à donante eiusmodi pecuniam, cum, vt dixi animum mutare possint, & ad aliud suam pecuniam destinare: quare similem aliquam eiusmodi obligationem in istis requirit Sylu. *verb. Alienatio*, q. 8.

Secundo modo pecunia succedit in locum rei immobilis quando ex re immobili, aut mobili pretiosa vendita collecta fuit, vt illa in aliam commutaretur, aut alia quapiam ratione innouaretur & repararetur: tunc enim alienari nequit, cùm prior vendita aut alienata non fuerit nisi vt ex eius pretio similis alia melior, vel commodior, & vtilior compararetur. Quare quæ fuerat obligatio non alienandi priorem illam rem, eadem nunc est non alienandi eius pretium, sed ex illa aliam rem comparandi.

15 Secunda difficultas quæ hoc loco proposita est postulabat quid nomine Ecclesiæ, cuius res immobiles & mobiles pretiosæ prohibentur alienari, debeat intelligi.

Resp. alienationem duntaxat bonorum maioris Ecclesiæ Constantinopolitanæ inhibitam fuisse constitutione Leonis *l. iubemus* 14. *C. de sacros. Eccles.* Deinde fuit ea constitutio porrecta ad omnes Ecclesias, quæ erant sub Patriarcha C. P. noua constitutione Anasthasij Græca quæ desideratur, Latina verò habetur *in C. Iustinian. eod. tit. l. priuilegia* 17. Permittebat autem Anasthasius interueniente decreto, & actorum monumentis alienationes. Denique Iustinian. *Nou.* 7. Leonis constitutionem porrigit ad omnes prouincias, & in multis supplet; Anasthasij verò constitutiones prorsus abrogat. Verùm iam olim *can.* 38. Apostolorum, quem laudat septima Synod. *cap.* 12. prohibuerat Episcopis quidpiam ex rebus Ecclesiasticis sibi vindicare, & neque ex illis cognatis donare, ne Ecclesiæ defraudarentur, si ea de causa venderent Ecclesiæ res; quo canone suam sanctionem firmat 7. Synodus, quæ prohibet Episcopis, & Abbatibus quidpiam in τῶν αὐτουργιῶν Episcopatus aut Monasterij in Principum manus, aut alterius personæ conferre: αὐτουργίας reddidit Anasthasius qui hanc Sinodum Latinam fecit, *salaria. De salariis*, inquit, *Episcopy, aut Monasterij transferre.* Editio verò Parisiensis Græcorum cannnum legit ἐκ τῶν προαστείων, id est ex suburbanis, quasi suburbana dicantur αὐτουργία, quòd ipsius possessoris manibus colantur. Balsam. tamen αὐτουργία interpretatur agros qui per se ipsi sine magna cultura fructus proferunt: cuiusmodi sunt syluæ, vineta, prata, molendina, figulinæ. Notat tamen non de illis solùm prædiis loqui Synodum, sed de quouis immobili, cuius est bonus redditus, cum hoc tamen discrimine, vt prædia boni redditus nec alienari nec elocari possint, agri verò nullius redditus alienari valeant: qua de re inferius. Quod autem dixit Anasthas. *non liceat ei*, nempe Episcopo *fraudare quidpiam ex illis*, Græcè habetur σφετερίζεσθαι sibi vindicare, eaque fraudandi vox in illius æui scriptoribus frequens fuit. Hanc vero 7. Synodi canonem malè Anselmus & Gratianus ex historia Eusebij referebant, quod emendatum deinde est. Satis nobis sit antiquissimam esse hanc alienandi res Ecclesiasticas prohibitionem, & ab ipsis Apostolicis temporibus repetitam. Cirill. *ep. ad Domnum, cap.* 2. ait ἀνεκποίητα εἶναι τὰ κειμήλια ἱερὰ, καὶ τὰς ἀκινήτους κτήσεις τῶν ἐκκλησιῶν: sacra vasa & immobiles possessiones Ecclesiarum esse inalienabilia. Denique constans & perpetua fuit ea Pontificum, & Conciliorum prohibitio, ne fraudarentur Ecclesiæ, & res earum alienarentur; quamuis non semper fuerit idem prohibitionis rigor, & circa res alienandas, atque formam alienationis variatum nonnunquam fuerit, vti facilè *ex tot.* 12. *qu.* 2. colliges, & nos aliquid dicemus *articul.* 3. *&* 4.

Resp. secundò nomine Ecclesiæ comprehendi monasteria omnia, xenodochia, ptochotrophia, nosocomia, orphanotrophia, gerontocomia, adde & λωβοτροφεῖα, ac demum omnia pia loca, vt in ipsa Iustiniani Nouella 7. disertè exprimitur, hæcque omnia priuilegiis omnibus Ecclesiasticis fruā contendunt passim omnes. De Prochodochiis Abbas & Barbat. *in cap. ex litteris, de consuetudine*, Ioan. Andreas *in cap. grandi, de supplend. neglig. prælat. in* 6. *& in cap.* 2. *de restitut. in integrum in* 6. Innocent. *in cap. cùm ad sedem, de restitution. spoliator.* Baldus *in l. si quis ad declinandum, l. orphanotrophos, C. de Episc. & Cleric.* Valetudinariorum cura Episcopis impendebat; ideoque Concil. Chalced. *action.* 15. *Canone* 8. iubet Clericos valetudinariis præfectos Episcoporum imperio, & censuræ obnoxios esse. Ea verò valetudinaria in Cœnobiis & Basilicis Martyrum erant. Pelagius in suam & Ecclesiæ tutelam recepit nosocomium à Childeberto Rege, & eius coniuge Vltrota erectum in vrbe Lugdunensi, vti habetur in Concil Aurelianensi V. Erfanè quondam valetudinaria & publica egenorum domicilia non alio moderatore, quàm ecclesiastico regebantur: nam ipsi Diaconi 16

pi.ra

piam eleemosynarum curam & distributionem gerebant, vt constat, quare Trident. *sess.* 22. *cap.* 9. iubet hospitalium & aliorum piorum locorum administros reddere rationem singulis annis suæ administrationis Episcopo. Dicitur autem pius locus hospitale, quòd authoritate Episcopi fundatum est in eoque publica sunt altaria, ad quæ sono campanæ vocatur populus. Ita Abbas *in cap. patientibus, de priuil.* Felin. *in c. de quarta, de praescript.* & publicum hospitale de iure censetur ab Episcopo, quando solitum est dari in titulum ex statuto fundatoris, vel per viam electionis, *Clement. quia contingit, de religios. domib.* Vide Chopio. *de sacra politia lib.* 2. *tit.* 6. *num.* 20. Lege Romana hospitulares debebant inuentarium bonorum hospitalis conficere, & Superioris authoritate admioistrationem capiebant, & res eius alienare non poterant nisi causa vrgente; rationem non reddebant pauperibus, *l. orphanotrophos* 32. *C. de Episcop. & Cleric. & vlt. authent. de Ecclesiastici titulus.* Francicis verò edictis die 17. Iunij ann. 1543. & 15. Ianuar. 1545. & 26. Februar. 1546. & mense Augus. 1561. administrationis rationem instar tutorum reddere coguntur quolibet triennio, quæ à ciuili Magistratu excutiuntur; militarium tamen ordinum oolocomia, pariter & religiosorum ordinum eximuntur profano & ciuili plebeiorum regimine, neque alios agnoscunt quàm Ecclesiasticos piarum facultatum dispensatores, seruamusque Clem. nuper citatam. Sed hac de re fusissimè disputat Chopin. *libro* 3. *de sacra polit. tit.* 5. quem legisse non pœnitebit.

17 Respond. tertiò bona ista Ecclesiæ; quæ alienari probibentur noo esse bona ipsorum Ecclesiasticorum, si patrimooialia sint, illa enim verè Ecclesiastica non sunt, bona verò quæ ab ipsis ratione beneficij & titulo clericali possidentur, Ecclesiastica verè sunt, neque ea licet ipsis alienare, secus est de fructibus, quos ex huiusmodi bonis precipiunt ad sui sustentationem; illos enim alienare quantùm necesse est poterunt ad suum vsum: quid verè de superfluis agere debeant dicetur alibi vbi de beneficiorum dominio.

ARTICVLVS II.

Quibus personis bonorum Ecclesiæ alienatio licita, vel prohibita sit.

Status quæstionis. 1.
Requisita ad validam, & iustam alienationem. ibid.
Quæstio prima, an Pontifex possit pro arbitrio res Ecclesiæ alienare. 2.
Quale sit dominium Pontificis in res Ecclesiæ. 3. 4.
Pontifex non tenetur legibus Ecclesiasticis de alienatione. 5.
Tenetur tamen ex æquitate naturali non facere statum Ecclesiæ deteriorem alienando eius bona. 6.
Nisi sit iusta causa. 7. 8.
Poterit tamen alienatione compensatiua alienare sine iniustitia. 9.
Damnosa alienatio bonorum vnius Ecclesiæ alteri facta erit valida, licèt iniusta. 10. 11. 12.
Sicut & beneficij vnius alteri sine causa facta collatio. 13.
Alienatio quoque facta laicis sine causa erit etiam valida, sed iniusta. 14. 15. 16.
An ea iusta præsumi possit, & debeat. 17.
Ad quid teneatur Pontifex iniustè alienans. 18. 19.
Et ij in quos sit alienatio. 20.
Quæstio secunda quid possint alij Prælati circa alienationes eiusmodi. 21.

1 QVia rerū Ecclesiasticarū alienatio non ita prohibita est, vt nullo casu licita esse possit, vt constat ex ipsis factis, & ciuilibus legibus eam prohibentibus, idcircò deinceps nobis quærendum est quid requiratur ad istam alienationem, vt legitima sit. Legitimam oomino alieoationem, quæ valida, & simul iusta atque licita est, siue absolutè & ex omni parte bona, & honesta: aliqua enim esse potest, quæ sit tantùm valida, licèt non iusta nec licita: v. g. venditio facta secundo emptori de re iam alteri vendita, & nondum tradita valida est, vt diximus aliàs; cùm tamen ea lædat ius primi emptoris, neque iusta, neque consequenter licita est: aliqua potest esse etiam valida & iusta, sed illicita, vt donatio facta meretrici ad obtinendam copiam sui corporis, valida est, cùm fiat à domino de sua re disponente, est quoque iusta cùm nemini faciat iniuriam; quia tamen fit ad turpes vsus, illicita protsus est. Hinc fit alienationem quæ est licita, & legitima, esse quoque validam, & iustam, saltem formaliter, & eo ipso quod iusta est, valida quoque est, non tamen reciprocè, quæ valida est, iusta est. Quare hoc & sequenti articolo quærimus, quid requiratur, vt alienatio rerum Ecclesiasticarum, & valida, & iusta simul, ac licita fit. Quod vt explicetur, suppono illud Baldi *cons.* 526. *volum.* 1. dictum, ab omnibus deinde probatum: *Tria sunt quæ canonicant actum, potentia, & voluntas agendi, & ordo, siue modus in agendo seruatus.* Hoc est, ad omnem actum humanum validum, licitum, & iustum requiri in operante potentiam, voluntatem & iustum operandi modum. De potestate certum est, cùm actio ab agente potente, & ad agendum completo prodire debeat. De voluntate æquè certum est, cùm actus, humanus & liber de quo solo disputamus, voluntatem liberè agentem & potentias alias sibi externas applicantem essentialiter requirat. Inde illud vulgatum iuris axioma, actus non operari vltra intentionem agentium, & illud Boëtij *lib.* 4. *de consolatione. Duo sunt in quibus omnium humanorum actuum constat effectus: potestas scilicet, & voluntas, quorum si alterum desit, nihil est quod perfici possit; quia nullus aggreditur quod non vult, & si potestas non adsit agendi, frustra erit quod vult.* Cùm tamen omnia quæ quis vult & potest, licita non sint, præter voluntatem, & potentiam operandi, debitus modus in operando seruandus est, siue ille modus ex iure naturali, siue ex dispositione legis debitus sit. Modus porrò iste complectitur omnes circumstantias, in quibus actus fit, nimirum vt non aliter, neque alio fine, loco, aut ab alio, aut circa alia fiat, quàm fieri debeat. In alienatione itaque, de qua agimus debet esse in alienante potestas alienandi, & seruari modus debitus; qui duo maximè continet, nempe causam

causam propter quam alienat, & solemnitatem à lege præscriptam. De alienante atque potestate in eo requisita disputamus hoc articulo. De modo seruando, siue de causa, & solemnitate dicemus *art. proximo*.

2 Quod igitur ad alienantem spectat, quæstio solum esse potest de iis qui dominium aliquod rerum Ecclesiasticarum habent: quandoquidem alienatio est alicuius dominij in alium translatio, quæ à non domino fieri nequit, vt vides. Itaque ij solum qui dominium aliquod rerum Ecclesiasticarum habent, eas alienare poterunt, prout eorum dominium maius aut minus est. Prima præcipuáque difficultas existit circa summum Pontificem, quem aliqui volunt esse verum & supremum dominum omnium bonorum Ecclesiæ, & non tantum Ecclesiæ Romanæ. Alij verò duntaxat administratorem, quamuis maiori cum potestate quam habeat simplex administrator, aut etiam fideicommissarius grauatus hæreditatem restituere: si enim dominus est, poterit pro arbitrio de rebus Ecclesiasticis validè disponere, quamuis si id temerariò faciat, iniustè & illicitè faciet. Si verò concedamus tantùm esse administratorem, eius facultas non extendetur ad alienationem rei administratæ, etiam alienatione compensatiua: quod colligitur ex *l. procurator tutorum 63. D. de procuratoribus*, & *cap. fin. de officio vicarij in 6.* Immo punitur si id tentet *l. iubemus 14. §. œconomus, C. de sacros. Eccles.* Deinde à quonam domino hic administrator facultatem capiet, & mandatum alienandi, & eandem facultatem inferioribus Prælatis concedendi? Ad hanc difficultatem digredimur quæ grauissima sanè est circa valorem alienationis, de qua disputamus, quamuis animus non sit hoc loco grauissimam illam controuersiam de dominio summi Pontificis à iuris interpretibus & Theologis magna contentione, & dissidentibus sententiis agitatam dirimere.

3 Suppono tamen quod omnes admittunt, & pluribus ostendit Sopranis in appendice 3. *ad Filluc. cap. 3.* Papam non esse solùm administratorem, aut fideicommissarium, sed aliqua ratione rerum dominum, licèt non absolutum, sed limitatum, cùm duo ista plurimùm differant, esse verum dominum, & esse dominum absolutum: hic enim ita rem possidet, vt nulla conditione ad quidpiam circa illam, aut ex præcepto, aut ex conuentione obligetur, sed possit in omnes vsus de illa pro arbitrio disponere: dominus autem non absolutus, licèt sit verus dominus, rei quidem proprietatem possidet, eiusque commoditatem percipere debet, nisi aliunde impediatur; habet nihilominus aliquam obligationem circa illam sibi impositam, qua durante non potest de re sua liberè disponere, vt apparet in debitore cuius omnia bona creditori oppignerata, vel hypothecaria sunt, & in hærede fideicommissario, qui fidei suæ commissam hæreditatem restituere tenetur, neque illam alienare potest; verus tamen eius dominus est quamdiu illam retinet *l. deducta 58. §. vlt. D. ad S. C. Trebellian.* & *cap. 1. de testam.* probatque Redoan. *de spoliis quæst. 3. numero 25.* Et sanè ipsi Reges, primogeniti, & fideicommissarij, aliique quamplurimi, qui habent ex aliquo contractu, vel alia quapiam ratione bona sua vinculata & obligata siue ad tempus, siue in perpetuum, non essent veri domini, quia non sunt absoluti ab omni obligatione, quod nemo dixerit. Discrimen igitur manifestum est inter dominum absolutum, & non absolutum, sed limitatum; quia dominus absolutus potest de sua re liberè in omnes vsus disponere, nullo priuato iure contradicente. Priuato inquam, nam aliquando suprema potestas, aut publicus Magistratus poterit ob publicam vtilitatem prohibere ne rem suam vendat, aut alia ratione abutatur, tuncque parere tenebitur hic dominus, neque poterit, saltem licitè, in vsus ipsi à publica potestate prohibitos re sua vti, non modò quia parere tenetur iustè imperanti, sed quia iure naturali tenetur bonum suum priuatum postponere publico; in qua naturali obligatione fundatur æquitas imperij prohibentis liberum aliquem vsum rerum suarum ciuibus, qui tamen rerum illarum veri domini sunt. Neque illa obligatio naturalis procurandi bonum publicum cum aliquo suo dispendio, & molestia, atque parendi legibus, quæ tale bonum procurant, impedit dominum absolutum priuatum, qui postulat duntaxat vt non possit à quoquo priuato iure impediri. Dominus autem non absolutus potest in aliquo vsu rei suæ iure impediri ab alio quopiam priuato, quia licèt sit verus illius rei dominus, in aliquo tamen illius vsu, & dispositione facit iniuriam alteri, qui ideircò ius habet eiusmodi vsum impediendi, quo tamen impedimento non tollit, imò neque diminuit dominium veri domini, sed abusum sui dominij impedit, & ne de re sua disponat cum alterius iniuria, quam quisque ius habet à se repellendi. Hoc porrò ius impediendi quandoque verum dominum ab aliquo rei suæ vsu, eo quod cum nostra iniuria coniunctus sit, ex duplici capite nascitur. Primum est voluntas tradentis alicui rem possessam, & eius dominium, quod certa lege & conditione tradit: v. g. qui hæredem fideicommisso grauat: illum enim verum facit dominum fideicommissi, non tamen absolutum, cùm illud alienare non possit, neque de eo pro arbitrio in quos libuerit vsus disponere; quod si facere tentet, ipsi contradicet is, cui grauatus est hæreditatem restituere. Idem dicendum est de dominio dotis, de quo in opere de vsuris fusiùs disputauimus, & de iis omnibus, quæ aliquis titulo officij possidet: tametsi enim Officialis sit verus dominus omnium bonorum, quæ eius dignitati sunt à republica attributa, illa tamen imminuere aut alienare nequit, sed integra illibataque successori seruare debet. Denique quoties primi domini rem quampiam ad alios cum certis legibus, ac conditionibus transmittunt, faciunt quidem illos veros dominos, non absolutos tamen, sed limitatos, vt vides; quæ domini limitatio contingit quoque ex altero capite, nempe ex pacto & conuentione dominorum rei alicuius, cuiusmodi sunt omnia dominia nexu aliquo obligata, vel ex contractu, vt pignoris, hypothecę generalis, aut specialis, vel ex delicto, vt vsuræ, furti & cæterorum: qui enim granatus ære alieno voluerit sua bona vendere, aut alienare, statim repugnantes habebit creditores, quamuis eiusmodi bonorum verus dominus existat. Imò licèt creditores ignari non contradicant, ipse tamen dominus peccabit in ea alienatione, si in fraudem creditorum ea fit, & reddat dominum impotentem ad sua nomina diluenda. Denique, vt paucis omnia complectar, duæ illæ limitati dominij causæ ad vnam reduci possunt, nempe ad pactum aliquod tacitum vel expressum, quod reperitur inter dominum, & illos quibus ille obligatur: v. g. hæres fideicommissarius eo ipso quod acceptat hæreditatem cum onere illam restituendi, tenetur ex tacito contractu ad eam restitutionem. Maritus qui dotem vxoris accipit, & qui officium quodpiam

quodpiam acceptant, eo ipso paciſcuntur, ne aliter eo; cuius dominium recipiunt vtantur, quàm cum iis conditionibus, quæ vel à iure, vel ab iis qui dominium illud transferunt conſtitutæ ſunt. Vides igitur dominium non abſolutum non excludere verum dominium, ſed illud ligare in eo quod domino abſoluto nullus priuatus contradicere poteſt ne de ſua re diſponat prout placuerit; cùm dominus non abſolutus impediri à priuato quandoque poſſit, ne in quibuſdam caſibus pro libito diſponat de ſua re. Vnde differunt vlteriùs hi diuerſi domini circa ſuorum bonorum alienationes, quod licèt vterque dominus teneatur non alienare ſine cauſa, ad id tamen dominus abſolutus tenetur tantùm ex debito, & obligatione naturali, qua quiſque tenetur nihil contra rectæ rationis ordinem agere: dominus autem non abſolutus tenetur ex debito quodam veluti iuſtitiæ, quod ſpeciale eſt, & alterum reſpicit, cùm oriatur, vti diximus ex pacto quodam tacito, vel expreſſo, vt in hæiede grauato oſtendimus: obligatur enim ex pacto cum defuncto, vel cum aliis quibuſcum tacitè ſaltem contraxit. Ex quibus ſequitur vlterius dominum abſolutum non indigere alia cauſa ad alienandum, quàm quæ rectæ rationi conformis ſit, non habito reſpectu ad ius aut voluntatem alterius, cùm in ſuo dominio, & illius vſu non pendeat ab vllo alio, ſicut dominus non abſolutus pendet, qui idcircò in rei ſuæ diſpoſitione debet attendere ius & voluntatem alterius, eique conſentire; quandoquidem ea alienatio ipſius intereſt: quare in domino abſoluto eſt pro ratione voluntas, modò ſit rationi conformis; pro libito igitur & libertimè diſponit, nullo contradicente, neque vllius voluntatem attendere cogitur, vti dominus non abſolutus, qui niſi alterius ius ſeruet, peccabit contra iuſtitiam: neque tamen dicas hunc dominum non abſolutum minimè differre ab adminiſtratore; nam præterquàm quod iam oſtendimus adminiſtratorem non eſſe dominum, vt patet in tutore & curatore, in hoc ipſo alienationis negotio plurimùm differunt. Nam dominus non abſolutus ſine iuſta cauſa alienans peccat contra iuſtitiam, ſed validè alienat, adminiſtrator autem tunc & inualidè & iniuſtè alienat; idcircò dominus ille tenetur quidem compenſare damnum quod intulit iis quorum intererat rem illam non alienari, non autem ad rem alienatam aut eius valorem reſtituendum, niſi eiuſmodi res ſit ſpecialiter illis tradenda ex iure quodam ſpeciali, vti contingit in fideicommiſſo: adminiſtrator autem tenetur ad reponendum id totum quod alienauit, & peccauit furti peccato rem alienam inuito domino contrectando, vendendo, donando, aut alienando, quod furtum non admittit dominus rem ſuam alienando, quamuis cum alterius damno, quod damnum reſarcire omninò debet.

Itaque cauſa alienandi in domino abſoluto eſt quæcumq; rationabilis, in non abſoluto debet etiam eſſe iuſta, cuiuſmodi duntaxat eſſe cenſetur illa, quam ij, quorum intereſt, & ad quos res alienanda quoquo modo pertinet, non poſſunt rationabiliter improbare: rationabilis enim diſſenſus, & repugnantia eius cuius intereſt, reddit iniuſtam rei illius attrectationem, ſi verò eiuſmodi repugnantia rationabilis non ſit, cauſa alienandi rem illam iuſta dicenda erit; tunc enim nullius ius læditur in illa alienatione, quæ proinde iuſta cenſenda erit; & tunc dominus illius rei, quamuis non abſolutus, eo quod alij plures habeant intereſſe, & ad eos quapiam ratione pertineat, poterit illam alienare, cum & eius dominus ſit, & nullius ius alteriùs tunc violet, nulluſque ipſi rationabiliter repugnare valeat in ea alienatione. Quænam verò ſit iuſta illa cauſa, aduerſùs quam cæteri ad quos illa res quoquo modo pertinet, nequeunt rationabiliter excipere, & domino alienanti ſe opponere, quætemus *art. ſeq.* ſufficiat nobis in præſentiarum aliquam huiuſmodi cauſam neceſſariam eſſe, quoties dominus non abſolutus rem aliquam alienare voluerit, qui verò dominus non eſt, ſed ſolùm rei adminiſtrator, illam nequit ex vllo caſu alienare, niſi ſecundùm domini voluntatē expreſſam, aut tacitam, vt diximus.

Oſtendendum verò ſupereſt Pontificem Romanum non eſſe ſolùm adminiſtratorem aut fideicommiſſarium bonorum Eccleſiaſticorum, ſed aliqua ratione dominum, licèt non abſolutum. 4
In primis quia nulla alia eſt perſona ſiue vera, ſiue ficta, cui hoc dominium in terris poſſimus tribuere: iam enim ſupponimus cum communiori Theologorum ſententia, illud non eſſe penes ſolum Chriſtum, & quamuis id daremus, deberemus agnoſcere alium in terris dominum, cui Chriſtus, eius dominij partem communicarit, quem adire, quem conſulere poſſimus, & qui de eiuſmodi bonis Eccleſiaſticis prout recta ratio poſtulabit diſponat, qui ſanè alius aſſignari nequit quàm Pontifex, cui Chriſtus totius Eccleſiæ regimen credidit, eumque non ſimplicem adminiſtratorem inſtar tutoris, aut curatoris duntaxat conſtituit, ſed vicarium abſolutum, qui repræſentat illum cuius res adminiſtrat, cum quadam plenitudine poteſtatis, & vices ipſius perfectè gerit. Secundò id omninò poſtulat ea plenitudo poteſtatis, quam in vniuerſam. Eccleſiam ſummo Pontifici tribuunt omnes, & fatentur ad ipſum Eccleſiarum perſonalium dignitatum, & omnium beneficiorum Eccleſiaſticorum plenam & liberam diſpoſitionem ex poteſtatis plenitudine pertinere, vt loquitur *Clem. 1. vt lite pendente.* Similia loca congeſſit Archidiac. *tract. de hereſi*, Redoan. *de ſpoliis quæſt. 1. numero 25.* & alij innumeri, quæ alibi commodiùs à nobis expendentur. Non eſt igitur ſimplex diſpenſator Pontifex, diſpenſatori ſiquidem non conuenit plenitudo poteſtatis in diſpenſatione rerum ſibi creditarum; quare aliquod dominium in eo debemus agnoſcere: neque fortaſſis id negant, qui aliud ſentire videntur, cùm in ſolo modo loquendi differant: volunt enim illum ſolùm eſſe dominum qui poteſt de re ſua in vſus omnes pro libito diſponere abſque cuiuſquam iniuria, atque ita hæredem fideicommiſſi dominum eſſe negant: & quia Pontifex non poteſt de rebus Eccleſiaſticis pro arbitrio ſemper iuſtè, imò neque validè diſponere, negant eſſe illarum dominum. At verè nos cum Iuriſconſultis eum dominum appellamus, qui rem ita tenet in ſua poteſtate, vt nullus plus illo circa eam diſponere iure poſſit, neque ab vllo alio facultatem ipſe poſtulare obligetur. Immò cæteri omnes eo inuito nihil validè circa illam poſſint. Sanè Iuriſconſulti hæredem fideicommiſſo grauatum dominum fideicommiſſi fatentur, & non vſufructuarium, cum tamen minorem longè poteſtatem habeat in fideicommiſſo, quàm nos tribuamus iſti domino quem modò deſcripſimus, qualemque eſſe ſummum Pontificem non difficilè oſtenditur, cùm nullus ſit qui maiorem

maiorem potestatem habeat in bona Ecclesiastica, quam à nullo alio in terris accipit, & si quam cæteri habent, vel ab illo accipiunt, vel ipsi subiectam habent, vt quæ ab illo restringi, ampliari, mutari, atque etiam tolli queat. Eius verò potestas à nullo præterquam à Christo deriuatur. Est igitur aliqua ratione dominus, & non administrator duntaxat, vt diximus. Non facimus tamen illum dominum absolutum, sed limitatum duntaxat, quia licèt non habeat superiorem, qui ipsi legem aut præceptum imponat, habet tamen quibuscum contrahat certis conditionibus, quas vbi acceptauit, tenetur ex iustitia obseruare, neque potest quidquid libuerit circa res Ecclesiasticas, sed ad nonnulla ex iustitia, & aliis ex causis tenetur, & si secus faciat non modò illicitè, & iniustè, sed etiam aliquando inualidè facit: qua de causa plurimi negarunt illum esse dominum, quod si de domino absoluto loquuntur, nos ipsi fatemur; dum autem dicunt esse administratorem & dispensatorem, si concedant esse administratorem per modum vicarij, qui cum plenitudine potestatis administrat res eius, cuius vices gerit, cuiusque personam repræsentat, & tantùm tenetur ax iustitia & ratione officij rem administratam non facere deteriorem absque vigenti & necessaria causa ad bonum suæ ipsius administrationis, id ipsum & nos concedimus, sed eiusmodi dispensatorem dominum appellamus, quamuis non absolutum, sed limitatum. Itaque vocibus tantùm pugnamus, sententiis consentimus. Quare non est Pontifex, vt malè aliqui comparant, fideicommissarius institutus in vna certa bonorum specie, quam proinde nequit alienare propter onus sibi impositum à testatore restituendi ipsa bona substituto: nam Pontifex nullo præcepto, vel conditione absolutè loquendo obligatus est ad hæc prædia, castra, aliaque certa bona seruanda, & non alienanda, à quo enim ad id obligatur? an à Christo eius aliquod præceptum proferatur: an ab iis qui bona donarunt Ecclesiæ, id ordinariè non faciunt: an ab Ecclesia; an à Conciliis, id præcipere non potuerunt, vt dicam statim, cùm par in parem non habeat imperium: quare si fideicommissario velimus Pontificem hoc loco comparare, cum eo comparandus erit, qui secundum valorem tantùm bonorum, & certum annuum redditum constitutus est, modò enim tot annuos redditus det illi, cui grauatus est fideicommissum restituere, liberabitur, quamuis bona sibi à testatore relicta retineat, aut alienet. Ita summa Pontifex bona Ecclesiastica suæ fidei administranda commissa sic administrare debet, vt deteriorem Ecclesiæ conditionem non reddat quomodocumque de illis bonis disponat, modò non fuerint positæ ex leges à donantibus, quæ aliud postulent, & ipse, vel eius prædecessores, aut Ecclesia illas acceptarit, vt iterum monebimus statim.

Obserua enim duplicem esse alienationem, priuatiuam vnam, compensatiuam alteram. Prima est in qua nihil loco rei alienatæ reponitur, & hæc duplex iterum est: liberalis vna, qualis est donatio, & omnis alienatio gratuita, quæ lucratiua est recipienti: altera prodiga, quæ dissipatio, & profusio dici solet. Cæterum omnis alienatio merè priuatiua, semper est damnosa alienanti, cùm priuetur re quam habeat, & nihil noui acquirat quo damnum illud reparetur. Alienatio compensatiua est in qua quidpiam æquiualens rei alienatæ in eius compensationem recipitur, eaque dicitur fieri titulo oneroso ex parte eius, cui alienatur, eiusmodi est venditio, permutatio, & cæteræ similes. His obseruatis non fuerit operosum definire quid circa rerum Ecclesiasticarum alienationem possit summus Pontifex, quod fusiùs disputat Nauar. *comm. de spoliis*, §. 1. & 3.

Dicendum est primò summum Pontificem non teneri legibus Ecclesiasticis prohibentibus rerum Ecclesiasticarum alienationem, cum nullam vim habeant eiusmodi leges; nisi ab ipsomet Pontifice robur & firmam authoritatem accipiant, & æquè secum dispensare, atque cum aliis circa illas possit. Quæ omnia, vt certa, & alibi tradenda modò supponimus. Difficultatem videtur facere *cap. non liceat* 12. *quæst.* 2. ex Synodo Romana III. vel IV. Palmari, à portiçu B. Petri Palmaria, in qua habita est dicta Synodus (si tamen duæ illæ & distinctæ fuerint Synodi, quod negat Baron.) desumptum, in quo prohibetur Papæ prædium rusticum alienare, quod enim aliqui respondent vocem *Papa*, vniuersaliùs accipi, & eo nomine quemlibet Episcopum designari, non satisfacit: nam ex ipsis Synodi verbis disertè constat agi duntaxat de Pontifice Romano. *Sancimus*, inquiunt, PP. *vt nulli Apostolicæ Sedis Præsuli liceat prædium rusticum*, &c. Deinde agunt de variis Ecclesiarum Romanæ vrbis titulis, quarum præsbyteros volunt eadem obstringi lege. Demum ita concludunt. *Huius autem constitutionis legem in Apostolica tantùm volumus Sede seruari; in vniuersis Ecclesiis per prouincias secundùm animarum considerationem, quem propositio religionis conuenire Rectores earum viderint, more seruato*: vt non modò certum sit eo decreto agi de Romana Ecclesia, eiusque Pontifice, sed etiam ab ea lege cæteros omnes Episcopos disertè excipi.

Secundò respondent alij Symmachum Pontificem, qui quamplurima vasa pretiosa dederat Ecclesiæ, vti ex Anastasio Bibliothecario constat, dedisse aliqua immobilia ea lege, & conditione vt nunquam alienari possent; quam conditionem apponi ab illis, qui sua bona donant Ecclesiis, illisque obligari etiam Pontificem certum est, & dicemus inferiùs. Verùm hoc diuinare est, cùm eiusmodi conditionis non meminerit Anastas. qui tamen singula ab eo Ecclesiis diuersis donata singillatim, & accuratè describit.

Respond. itaque post obitum Simplicij vacante Sede Apostolica circa annum Christi 403. Basilium Præfectum prætorio iussu Odacris Herulorum, & Italiæ Regis, & vt dicebat, suasu ac monitu eiusdem Simplicij legem tulisse, qua prohibebat quempiam eligi in summum Pontificem absque Regis Italiæ consensu. Deinde bona Ecclesiæ non necessaria, distrahi, & in pios vsus conuerti mandabat, & denique prædia Ecclesiastica alienari prohibebat specioso pietatis prætextu, & vt Pontificatus ambitum faciliùs impediret. In tanta rerum omnium confusione, hæc Basilij constitutio in Synodo Romana Palmari, post sedatum schisma à Laurentio contra Symmachum conflatum, & confirmatam Symmachi electionem, ab eodem Symmacho coacta, vt rebus Ecclesiæ mirum in modum schismate turbatis prouideret, lecta est, & ab omnibus Patribus reprobata; *quia contra Patrum regulas à laicis, quamuis religiosis, quibus nulla de Ecclesiasticis facultatibus aliquid disponendi legitur vnquam attributa facultas, facta esset; deinde quod nullius præsulis.*

Apostolicæ

Apostolicæ Sedis subscriptione firmata decerneretur. Quod si, inquit ibid. Eulalius Syracusanus Episcopus, *cuiuslibet prouinciæ sacerdotes intra terminos suos concilio habito quicquam sine Metropolitani, siue Antistis authoritate tentauerint, irritum esse debere Patres sancti sanxerunt; quantò magis quod in Apostolica Sede non existente Præsule, qui prærogatiua ac meritis Beati Petri per vniuersum orbem primatum obtinens sacerdotij, statutis synodalibus consueuit tribuere firmitatem, à laicis, consentientibus licèt aliquantis Episcopis, qui tamen Pontifici à quo consecrati probantur, præiudicium inferre non poterunt, præsumptum fuisse cognoscitur, viribus carere non dubium est, nec posse inter Ecclesiastica vllo modo statuta censeri?* Itaque Synodus Symmachum rogauit, *vt eam scripturam eneruaret, & in irritum deduceret, ne exemplum remaneret laicis præsumendi quidpiam decernere de Ecclesiasticis facultatibus, quarum solis sacerdotibus disponendi indiscussè à Deo cura commissa docetur.* Quia tamen in ea Basilij constitutione aliqua quæ commoda erant Ecclesiæ continebantur, visum tandem est illa lege Ecclesiastica *firmare*, & vt loquitur Symmachus, *nostra & successoris nostri potestate fulciri legibus Ecclesiasticis seruientes.* Quibus verbis euidenter ostendit, se, neque Synodum obstringere Pontifices sequentes; cum ad *fulciendum*, quod tunc decernebant, consequentium deinde Pontificum potestatem desiderarent. Deinde vt appareret quamnam sibi legem imponeret Symmachus, post decretum de non alienandis Sedis Apostolicæ prædiis, ad cæteros Ecclesiarum titulos ampliatum, hæc subdit, & rationem huius ampliationis reddit: *Quia nefas dictu est, obligatione, qua se per charitatem Christi connectit summus Pontifex, ea hominem secundi in Ecclesia ordinis non teneri.* Ex quibus omnibus vides constitutionem Basilij Præfecti prætorio de non alienandis Ecclesiæ prædiis, quamuis Ecclesiæ percommodam, fuisse tamen reiectam à Synodo, eo quod à laica potestate sine vlla subscriptione Apostolici Præsulis prodiisset. Deinde eadem de re Synodo annuente Symmachum constitutionem edidisse, & Basilianam illam ita probasse, vt non tanquam à Basilio edita seruaretur, sed vt sua, & successorum authoritate firmaretur. Quare non magis obligat Symmachus sua constitutione consequentes Romanos Pontifices, quàm seipsum; ipse verò non tenebatur suis legibus, ab iisque, vbi visum fuisset, sese exoluere poterat, vt patet. Neque se aliter ea lege constrixisse fatetur ipsemet, quàm ex charitate Christi, qua bonum Ecclesiæ, eiusque indemnitatem procurabat. Quare ex toto eo facto nihil colligi potest vnde imminuta sit Romani Pontificis potestas, synodali & Ecclesiastica aliqua lege. Cæterum moneo illud *cap. nulli*, fuisse à Gratiano ex variis Synodi illius dictis collectum, & in Epitomen non satis concinnè collectum.

6 Dicendum secundò est summum Pontificem teneri ex æquitate & iustitia naturali non facere deteriorem Ecclesiæ statum, & non alienare eius bona, nisi ex iusta causa, quæ alia non est quàm eiusdem Ecclesiæ necessitas, aut ingens vtilitas.

Et prima quidem pars ex naturali Iustitia Pontificem obligari non deteriorem facere statum Ecclesiæ alienando eius bona, non operosè demonstratur. In primis, quia omnis obligatio ratione officij aduersùs illius institutorem, & illos quibus iouandis, siue quorum commodo institutum est, obligatio est ex iustitia, maximè quoties inter illum qui gerit officium eiusmodi, & eius institutorem, atque eos, quorum commodis sua institutione prouidit, potest reperiri æqualitas cum mutua damni illatione & reparatione. Quid enim tunc deest ad perfectam iustitiæ obligationem inter illum, qui officium gerit, & illius institutorem, atque etiam aduersus illos quibus ratione illius officij obligatur. Quare in omni ciuili officio nemo non agnoscit similem obligationem ex iustitia aduersùs illos, inter quos & officialé potest in eius gestione reperiri æqualitas, & inæqualitas. Et sanè cùm omnis obligatio aduersùs alterum, sit aut ex charitate, aut ex iustitia vel propria, vel potestatiua; obligatio ex officio non est ex charitate naturali, quæ solùm nascitur ex coniunctione naturali inter aliquos: officium autem neque à natura institutum est, neque aliam inducit coniunctionem, quàm ratione institutionis, vi cuius impendere se debet pro iis, quibus iuuandis tale officium fuit institutum. Non est etiam hæc colligatio ratione officij ex iustitia tantùm potestatiua, qualis est Religionis, obedientiæ, pietatis, liberalitatis, & ex aliis virtutibus, quæ alterum ex suo obiecto respiciunt, vt fusiùs ostendimus 2. 2. Idcirco enim virtutes illæ non species propriæ iustitiæ dicuntur, sed eius tantùm partes potestatiuæ, quia licèt respiciant alterum, non respiciunt tamen ius strictum illorum, & æqualitatem cum eo iure ponendam; quia & in illis omnibus non est æqualitas, neque ius quod illam respiciat, vt apparet ex pietate, qua filij tenentur parentibus, & Religione qua Deo cultum exhibere obligamur. At verò obligatio, quæ nascitur ratione officij publici ab aliquo suscepti, est verum ius quod habet institutor, & ij pro quibus institutum est, quod ius ponendum seruandumque suscepit Officialis, & sese obligat ad æqualitatem cum iure ponendam: quare si illam violet, peccat, & inæqualitatem reparare tenetur ex iustitia naturali, qua obligatur suum officium administrare; quare vulgò dicunt inter Rempublicam & Officiales ab ipsa institutos esse obligationem ex quasi contractu, ac proinde ex iustitia. Atqui Pontifex tenetur ex officio bona Ecclesiastica non alienare. Igitur tenetur ex iustitia. Primum illud ostenditur, quia cùm sit bonorum Ecclesiasticorum vel administrator per modum vicarij perpetui cum libera & plena facultate de iis disponendi, vel etiam vt nos malumus, dominos, sed non absolutus; id non habet nisi ratione officij, quo Pontifex est, ideóque nihil aliud potest in rebus Ecclesiasticis quàm quod illi per officium Pontificis permittitur, illud enim officium est solus, & totus titulus eius administrationis, vicariatus, & dominij, illudque regit, limitat, & circumscribit hanc eius administrationem & dominium. Atqui quod ab aliquo possidetur ratione alicuius officij & non tituli personalis, qui personam sequatur, sed qui infixus sit officio, illique perpetuò & inseparabiliter adhæreat, debet ita ab illo geri & administrari, vt ad eius futuros successores imminutæ & æqualis conditionis transmittatur. Quare tenetur ad rem illam non imminuendam, quod fieret alienatione, quæ obligatio cùm sit ratione officij, est ex iu-

ftitia, vt iam ostendimus. Atqui Pontifex, quod iterum repetere cogimur, sola ratione officij possidet bona Ecclesiastica, illa igitur ex obligatione officij, & quod inde sequitur, ex iustitia transmittere tenetur ad suos successores. Tenetur igitur eadem obligatione illa non alienare, quandoquidem alienatio est imminutio possessionis, vt iam monui, saltem si priuatiua sit, & non æquitaliter compensatiua.

Secunda obligatio quæ nascitur ex aliquo pacto tacito vel expresso, est obligatio iustitiæ, quod nullus negabit. Atqui ex huiusmodi pacto tenetur Pontifex non alienare bona Ecclesiæ; qui enim bona dederunt Ecclesiæ, id fecerunt cum tacito saltem pacto, vt ad vsum ad quem illa dederunt impendantur, in illudque vel pactum, vel conditionem donationis consensit Ecclesia, quando bona sic acceptauit, ad illudque pactum & conuentionem seruandam tenetur ex iustitia Pontifex qui eiusmodi bona administrat. Vsus porrò ille, cui destinata sunt bona donata Ecclesiæ duplex est. Primus ad Ecclesiarum dotationem, ornatum, ædificationem, refectionem, & cætera eiusmodi: alter ad beneficiorum institutionem, siue ministrorum sacri cultus sustentationem, pauperum alimoniam pertinet: quare eum tacita duplici illa conditione, & donata & acceptata sunt, indeque nascitur quoque obligatio, illa non alienandi, saltem alienatione damnosa, ex qua imminutis bonis minuatur quoque vsus, aut facilitas illius ad quem fuere destinata.

Est & aliud pactum tacitum inter Pontificem & eos quibus ipse pro sua authoritate confert sub aliquo titulo: nam tenetur eos in beneficio collato seruare, aut vt loquuntur, manutenere, & quatenus titulus in quem collata sunt exigit, quæ ad illum necessaria sunt, non imminuere. Præter hæc tacita pacta sunt & alia quædam expressa, quibus fideles expressè, & disertè cauent ne vnquam bona quæ conferunt Ecclesiæ alienari valeant; idque sæpius factum facilè foret ostendere ex Marculfi formulis; eo verò pacto tenetur Ecclesia, & qui eius bona administrat summa illa potestate, qua non habet in tertiis superiorem, Pontifex.

7 Atque ex his probatur secunda pars assertionis nostræ, ad hanc alienationem damnosam saltem, & dispendiosam Ecclesiæ, quæ eius imminuat bona, opus habere Pontificem iusta causa. Ita passim Theologi, & Canonistæ dum absolutè pronuntiant non posse Pontificem sine graui causa bona Ecclesiæ notabiliter alienare & imminuere, quod etiam de quolibet Principe supremo circa bona sui Principatus affirmant: dabit aliquos Soprianis *in citata appendice ad Filluc. capite 3. numero 21.* ratioque est aperta; siquidem tenetur Pontifex ex officio, & consequenter ex iustitia ad seruandum imminutum illud omne quod ex officio possidet, & ad illud illæsum successoribus transmittendum, vti hactenus ostendimus, quod verius multò est dum agitur de ipsomet officio, & illius iuribus custodiendis, ne præiudicium & iniuriam faciat suis successoribus: nam & Consul & cæteri Magistratus tenentur ex iustitia, sui officij iura custodire, & defendere. Non potest igitur Pontifex sine successorum iniuria, & damno ipsiusmet Ecclesiæ, bona illius per alienationem diminuere sine graui & vrgente causa, quæ suadeat in eo rerum articulo, & angustiis fore bono & commodo ipsius Ecclesiæ quidpiam alienare, vt etiam quidpiam perdendo maius aliquid lucretur.

Quæ erat tertia pars nostræ assertionis, in qua 8 diffiniebamus iustam causam ad alienandas res Ecclesiæ alienatione damnosa, esse duntaxat eiusdem Ecclesiæ grauem necessitatem, aut vtilitatem. Sic enim Ecclesia dum quidpiam deperdit, aliud quod maioris momenti existimat, obtinet, atque eiusmodi alienatione status eius, & conditio melior, potiùs quàm deterior euadit, ad quod vnum, summum Pontificem vi sui officij, atque ex iustitia obligari in hac rerum Ecclesiasticarum alienatione nuper dicebamus. Quænam verò sint singillatim eiusmodi causæ, disquiremus *art. sequenti.* Moneo duntaxat in præsentiarum eam necessitatem & vtilitatem debere esse communem Ecclesiæ, cuius alienantur bona, non ipsius Præsulis, aut œconomi, aliusve alienantis: eius enim fauor non debet communitati damnum afferre. Communis verò vtilitas & necessitas obligat eos omnes, quorum interesset rem non alienari, vt eam alienari patiantur; cùm suum bonum priuatum postponere communi teneantur, & in omni prohibitione alienationis intelligatur semper exceptus casus communis vtilitatis, & necessitatis eorum in quorum commodum prohibita fuit alienatio: alioquin quæ in fauorem instituta sunt aliquorum, in eorumdem incommodum verterentur contra regulam, *quod ob gratiam, de regul. iur. in 6.* & *l. nulla iuris ratio 25. D. de legibus,* & *l. quod fauore 6. C. eod.* Atque hactenus de alienatione merè priuatiua & dispendiosa, quam si summus Pontifex sine iusta causa faciat, peccat contra iustitiam.

Dicendum est tertiò summum Pontificem non 9 obligari ex iustitia non alienare bona Ecclesiastica alienatione compensatiua ex titulo oneroso, modò seruetur æqualitas inter rem alienatam, qua priuatur Ecclesia, & eam qua illud damnum compensatur, & quam inquitit, siue cum onere quod imponitur illi, qui rem alienatam obtinet, & nisi ex tacito pacto cum iis qui primi suas res Ecclesiæ reliquerunt cum expressa conditione, ne vnquam alienarentur, siue in laicos, siue in Ecclesiasticos prohibeatur: tunc enim ratione illius pacti cum iis donatoribus initi obligatur ex iustitia non alienare etiam compensatiuè, ad idque indiget grauissima causa, quæ illum ab eo pacto liberet ex præsumpta voluntate eorumdem dominorum donantium, qui in tali casu, & circumstantiis non ægrè ferent rem à se donatam in aliam æqualem, & Ecclesiæ tunc magis commodam commutari, ex regulis vniuersalibus de commotatione vltimarum voluntatum, de quibus alibi commodiùs. Interim adi Monet. *tract. peculiari de hac re.* Ita igitur explicata & limitata nostra assertio negari nequit. Primò quia Pontifex titulo Pontificatus & ratione officij circa bona Ecclesiastica non tenetur nisi ad ea conseruanda in statu in quo accepit, & si læsa fuerint sua aut alterius culpâ, reparanda, quantum fieri poterit ad æqualitatem, ne deteriora maneant: id autem totum fit in alienatione compensatiua, ita siquidem conditio bonorum Ecclesiasticorum non fit deterior, sed in æquiualenti æstimatione seruatur. Vnde igitur obligabitur Pontifex ex iustitia ad non faciendam eiusmodi alienationem. Secundò Princeps supremus, qui quidpiam titulo Principatus

Principatus possidet, non obligatur ex iustitia nisi ad bona Principatus non imminuenda notabiliter, quod, vt patet, non fit per alienationem compensatiuam, & cum titulo oneroso, & iura non curant quod fiat in æquipollentibus. Quod verius erit quando fiet alienatio non modò compensatiua, sed etiam melioratiua.

Quia verò alienatio bonorum Ecclesiasticorum fieri potest à Pontifice vel in laicos, vel in Ecclesiasticos, bona vnius Ecclesiæ alteri tribuendo, aut beneficium vnius alij assignando, aut eius bona in fauorem alterius minuendo, quærendum superest, an aliqua inter eiusmodi alienationes sit differentia quoad ipsarum validitatem & iustitiam: quare.

10 Dicendum est quartò alienationem priuatiuam, & non compensatiuam bonorum vnius Ecclesiæ factam alteri à Pontifice, sine causa, & pro libito, validam quidem esse, sed illicitam & iniustam, quod idem dicendum est de dispositione beneficij alicui iam collati, & in fauorem alterius alienati sine causa, inuito beneficiario, nisi ad æqualitatem compensetur.

Hæc asserio tripartita est: primò enim aio priuatiuam alienationem bonorum vnius Ecclesiæ in aliam factam à Pontifice sine causa, & pro arbitrio, esse nihilominus validam. Nomine autem Ecclesiæ intelligo tum ipsam Ecclesiam veluti materialiter sumptam, tum ipsum Ecclesiasticum cœtum cuipiam Ecclesiæ addictum. Ita fusè Nauar. *comm. de spoliis*, §. 3. *numero* 8. & 9. & quamuis multa ibidem habeat, quæ cum aliis eodem commentario assertis non satis cohærere videantur, probatur tamen euidenti ratione nostra assertio; quia vel Pontifex est dominus bonorum Ecclesiæ, quamuis non absolutus modo nuper explicato, vel administrator absolutus, & qui nulli alteri domino rationem suæ administrationis reddere teneatur. Si primum dicamus, poterit de bonis Ecclesiasticis in vnum potiùs vsum Ecclesiasticum, quàm in alium validè disponere; ille siquidem dominus est ex communi omnium sensu, qui re cuius dominus est, vti potest validè in omnem vsum lege non prohibitum: validè, inquam, quia de honestate & iustitia illius vsus modò non disputo. Legem autem prohibentem hoc loco, solam legem positiuam, & non naturalem tantùm, ac diuinam, nisi & hæc positiua sit, intelligimus; nam licèt dominus disponens de re sua, & cuius dominus est, contra legem naturalem diuinam, vt qui donat meretrici ob turpem vsum eius, aut in compensationem homicidij suo iussu patrati, peccet, validè tamen donat, sed malè & illicitè, & qui rem iam venditam secundo emptori vendit, validè vendit, quamuis iniustitiam committat aduersùs primum emptorem, vti diximus aliàs. Est quidem illa differentia, quam aliàs obseruauimus inter dominum absolutum, & non absolutum, quod licèt vterque validè disponat de re, cuius dominus est, modò dominium ipsius retineat, & lege ciuili factum & dispositionem irritante non prohibeatur; dominus absolutus non solùm validè, sed etiam licitè & citra cuiusquam iniuriam disponere potest ad omnem vsum lege non prohibitum, etiam prodigè abutendo, vt in mare proiiciendo; quia nullius ius in eam rem violat: at verò dominus limitatus & non absolutus, quia per aliquam conditionem in acquisitione dominij appositam, vel propter ius alterius in eadem re implicitum, dominium ipsius limitatum est, licèt de ea re validè disponere possit, non tamen semper & perpetuò id iustè faciet. Atqui supponimus Pontificem esse dominum siue absolutum, siue non absolutum rerum Ecclesiasticarum. Igitur validè poterit de iis disponere ad vsum pium & Ecclesiasticum, hunc vel alium, huic, vel alteri Ecclesiæ res eiusmodi applicando: maximè cùm rerum illarum dominio neque se, neque superiorem alium dominum priuet; neque vlla lex afferri potest quæ illi eiusmodi alienationes prohibeat, & si faciat, irritet. Non diuina; nulla enim affertur, neque humana siue ciuilis, siue canonica, quibus ipse non obstringitur. Eius igitur dispositio non inualidatur vel ex aliqua lege positiua irritante, vel nullitate tituli quo possidet, cùm ille validus & legitimus existat. Si verò Pontificem nolis esse dominum; sed administratorem duntaxat, fatearis tamen oportet, illum non esse qualemcumque administratorem alterius alicuius voluntati obnoxium, sed supremum, liberum, absolutum, qui nulli alteri rationes reddere teneatur, cuiusq; administrationi nulli alij termini positi sunt, quàm ipsi Domino, cuius Vicarius vniuersalis est in omni & vniuersa administratione totius, qua latè patet, dominij, cuique nullus omninò casus subducitur aliqua exceptione, eo quod totus Domini vices gerat, ipsumque repræsentet. Eiusmodi verò administrator, quidquid circa suam illam administrationem agit, validè agit, neque ea in re differt à Domino, nisi quòd Dominus suo proprio nomine, hic verò Domini nomine disponit: talem autem administratorem dicimus illum qui nullis legibus conueniri, & vt sui facti rationem reddat compelli potest, qualem esse summum Pontificem non negabunt aduersarij, cùm ipsi cæteræ omnes potestates subiiciantur, eorumque proinde legibus coërceri nequeat, sed illas indicere ipse potest.

Secundò maius est cœtus Ecclesiasticos diuidere, extinguere, dismembrare, vt loquuntur, vnire, supprimere, quàm bona illi applicata auferre: illud enim cœtus eiusmodi omninò destruit, hoc autem aliquo tantùm accidentali priuat. Atqui Pontifex primum illud potest, vt supponimus ex communi sententia, de qua vide Caccialupum *tract. de vniomb. art.* 4. *num.* 2. Ergo multò faciliùs poterit bona vnius Ecclesiæ alteri applicare, quod minus aliquid est, & ex vniuersali regula, qui potest plus, potest minus in eodem genere; quia *ex l. in eo quod plus* 110. *D. de reg. iur.* in eo quod plus est semper inest maius.

Tertiò qui habet in sua potestate personam aliquam veram, vel fictam, potest mediatè, vel immediatè de illius bonis disponere transferendo, auferendo, commutando, & aliis eiusmodi rationibus. Vndè probant DD. eum qui suam personam monasterio tradere potest, sua quoque bona illi tradere posse. Et quia etiam seruus erat olim in omnimoda potestate domini, & filius in omnimoda potestate patris, poterat dominus seruo, & pater filio validè sua bona auferre, quàmdiu in eo statu perseuerabant, & nec manumissi, nec sui iuris facti erant. At verò cœtus omnes Ecclesiastici sunt quædam personæ fictæ subiectæ potestati Pontificiæ quoad suum esse, tam in generari, quàm in conseruari, quia sine ipsius facultate non possunt in vnum legitimum corpus coïre, institui & erigi, & simul instituti possunt omnes dis-

solui, & supprimi ad eius nutum, quod satis indicat Nicolaus II. *Epistola ad Mediolan.* & refertur *cap. 1. d. 22.* traduntque Doctores *in cap. sicut unire, de excessib. prælator.* vbi Cœlestinus III. ait pertinere ad summum Pontificem Episcopatus vnire, atque alienæ potestati subiicere; quo exemplo Episcopis dat vnionem & subiectionem Ecclesiarum suæ Diœcesis. Poterit igitur Pontifex bona Ecclesiarum transferre & variare validè: nam si destruat, vel extinguat & supprimat eiusmodi Ecclesiam, aut beneficium, sine dubio bona illius alteri applicabit.

Dices aliquando bona quædam applicata cuidam Ecclesiæ ad certum vsum, & cum ea conditione, vt eo ipso quod dissoluatur Ecclesia, aut cesset ille vsus, bona illa vel ad donatorem redeant, vel alteri certo loco aut pio operi attribuantur, quam conditionem violare non potest Pontifex, quod si faciat inualidè faciet.

Resp. teneri Pontificem iis pactis, & conditionibus, vti nuper diximus. Vnde concedo quod infert obiectio, sed hoc non impugnat nostram vniuersalem assertionem de potestate alienandi res vnius Ecclesiæ in aliam: nam idcircò in donationibus apponuntur, aliquando conditiones illæ, quia si non apponerentur validè de illis bonis potuisset Pontifex fauore aliarum Ecclesiarum, & aliorum piorum operum pro libito disponere, quam suam vniuersalem & amplissimam potestatem ipsemet restrinxit, cùm eiusmodi leges acceptauit, & lubens ac volens se illis adstrinxit.

11 Aiebam secundò eiusmodi damnosam & compensatiuam alienationem bonorum vnius Ecclesiæ in aliam sine graui causa factam à Pontifice, esse illicitam & iniustam. Ita Nauar. de *spoliis* §. 3. quia quoties aliquis sine causa priuatur iure quod habet in rem aliquam siue vt dominus, siue vt vsufrutarius, aut vsufructuarius, aut administrator, aut naturalis possessor, aliaue ratione, patitur iniuriam, & qui ipsum eo iure priuat, iniustitiam committit, quod nemo negabit, opinor: atqui qui priuatur aliquo quod suum est, quacumque ratione tandem suum sit, priuatur suo iure: quia aliquid non potest esse alicuius, nisi quatenus ius aliquod in illud habet, non poterit igitur priuari eo quod suum est, quin priuetur suo iure, quod si sine causa fiat, iniustè & per iniuriam fit, vt vides. Quis verò dubitet Ecclesiam v. g. Lugdunensem habere ius in ditiones, castra, & alia plurima bona Principum, aliorumque pia voluntate sibi collata: si igitur inuita sine causa illis bonis spolietur, à quocumque tandem spolietur, priuabitur suo iure, & iniuriam sine dubio, eamque grauem patietur, quamuis illa bona alteri cuipiam Ecclesiæ tribuantur; qua de causa sapienter sic edixit Iustinian. *l. si quis ad declinandum* 49. §. *sin autem in personam. C. de Episcop.* vt si quis in condendo testamento, *in personam certam, venerabilemue certam domum respexerit, ei tantummodo hæreditatem, vel legatum competere sancimus.* Quia nempe illi soli ius in eam hæreditatem quæsitum fuit, quo spoliari, licèt in fauorem alterius piæ personæ, aut venerabilis domus nequit sine iniuria, & nisi grauis aliqua causa ad eiusmodi translationem iurium faciendam obliget.

12 Dices non posse iniustitiam huius alienationis bonorum vnius Ecclesiæ in aliam intelligi, cùm non liceat assignare cuinam fiat iniuria: non enim fit Christo, cui nihil aufertur, & cuius ius nullo modo deperit: non fit etiam Ecclesiæ, si materialiter sumatur, illa enim incapax est iniuriæ veræ & propriæ dictæ; non fit etiam cœtui Ecclesiastico; vel enim eo nomine designantur piæ tantùm aliquæ personæ, eæque incertæ, quæ certam communitatem non faciunt, vt cùm quid datur pauperibus, captiuis redimendis, ægrotis subleuandis, puellis, orphanis collocandis, & eiusmodi aliis indefinitè, & indeterminatè in donatione enuntiatis: nam si quæ ita donata sunt, in alium quempiam vsum conuertantur, quamuis sine causa, non fit illis iniuria, quæ inferri nequit nisi personæ veræ, vel fictæ. Atqui isti neque personam veram, vt patet, neque fictam, quæ debet esse certa, qualis non est multitudo indefinita pauperum, ægrotorum, & puellarum, constituunt. Quod si nomine Ecclesiæ certum aliquem cœtum Ecclesiasticum à quo illa bona legitimo titulo possidentur intelligas, neque illis iniuriam facit Pontifex, dum eorum bona cuipiam alicui alteri cœtui Ecclesiastico tribuit, quamuis sine causa, quia vti iam monui cœtus omnes Ecclesiastici tam quoad suum esse, quàm quoad sua bona sunt in potestate Pontificis, qui proinde illis non facit iniuriam cùm vtitur sua potestate, & consequenter iure. Adde eundem Pontificem esse omnium Ecclesiarum patrem: quare non magis committere posse iniustitiam aduersùs illos, quàm pater aduersùs filios, inter quos neque iustitiam, neque proinde iniustitiam agnoscimus. Et denique Ecclesiæ non sunt dominæ suorum bonorum ex non improbabili sententia, sed ipse Pontifex. Nihil igitur aufert proprio domino, cùm vnius Ecclesiæ res alteri tribuit, licèt non alia peculiari causâ, sed pro arbitrio. Demùm non fit iniuria donatoribus, qui eo ipso quod sua bona voluerunt esse Ecclesiæ, censuerunt vt de illis summus rerum Ecclesiasticarum administrator disponeret prout liberet in vsus pios, & Ecclesiastici, nisi suæ donationi leges illas, de quibus nuper, fixerint. Non licet igitur assignare cuinam fiat iniuria in illa alienatione priuata rerum vnius Ecclesiæ in aliam sine causa facta à Pontifice, ac proinde nulla est huiusmodi iniuria. Hæc omia confirmantur, quia si in ea alienatione Pontifex iniuriam cuipiam faceret, teneretur illam reparare, & aliquando rem alienatam restituere, neque tutæ essent in conscientia Ecclesiæ, quibus aliquid ab aliis ablatum Pontifex tribuisset, & dubitare perpetuò possent an ex causa, eaque sufficienti ductus fuisset Pontifex, itaque perpetuò versarentur in ancipiti.

Resp. & concedo in primis non fieri iniuriam Christo, cui nihil aufertur, cùm omnia in eius dominio, & iure eodem modo permaneant. Quæ ratio probat neque iniuriam fieri Christo, etiam cùm alienatio fit in Laicos, vt dicemus inferiùs contra Nauar. quare etiam non fit iniuria Sedi Apostolicæ, quia omnia illa bona eodem modo ipsius dispositioni subiecta manent, vti erant ante hanc alienationē, cùm ab vna Ecclesia transferantur in aliam, & bona Ecclesiastica perseuerent, in eaque Pontifex eandem potestatem retineat: concedo quoque non fieri iniuriam Ecclesiæ materialiter sumptæ, cùm ipsa incapax iniuriæ sit, vt probabat obiectio, sicut & personæ illæ indefinitæ, quæ neque certam personam veram, neque fictam constituunt, fauetque Iustiniani nuper citata constitutio *in l. si quis ad declinandum*: vbi disertè habet eiusmodi relicta piis locis, aut ad vsum aliquem pium indefinitè, & indeterminatè, posse applicari ab Oeconomo Ecclesiæ cui voluerit ex illis indefinitis & indeterminatis personis, locis, & vsibus

vsibus absque detractione Falcidiæ. Dieo igitur fieri iniuriam in hac alienatione certo illi cætui Ecclesiastico, à quo per eiusmodi alienationem sua bona tolluntur, cùm eius vsus violetur, vti ostendimus; neque proptereà diffitemur istos omnes cætus Ecclesiasticos esse in potestate Pontificis quoad suum esse, & quoad sua bona: sed sicut non potest illos semel erectos & institutos perimere & extinguere pro arbitrio, & sine grauissima causa, ita neque sine simili causa poterit illis bona semel legitimè collata tollere: alioquin in vtroque casu facit illis grauem iniuriam. Neque obstat quod idem Pontifex pater omnium Ecclesiarum exiltat: nam licèt fortassis vera & propriè dicta iustitia, quæ in constituenda æqualitate consistit, inter patrem & filium non reperiatur, iodē tamen ad fictos aut mysticos patres & filios non liceret io omnibus argumentari. Verùm quidquid de ea re statuatur, nemo negabit patrem, qui filium sine causa grauibus plagis exciperet, aut suis bonis spoliaret; immò & paterna hæreditate priuaret, illi iniuriam facturum; quidni idem committet Pontifex, qui particulares Ecclesias bonis collatis sine causa, & pro libidine animi spoliaret? Neque ad id opus est vt eæ Ecclesiæ sint veræ & propriæ dominæ illorum bonorum, quod modò non disputo: satis enim est, vt aliquod ius in ea bona habeant tanquam in sua, nam eo iure nequeunt spoliari sine iniuria, cùm etiam non domino fiat iniuria, vt patet in deposito, pignore, vsufructu, & locato: si quis enim sine causa ius dispositarij, hypothecarij, vsufructuarij, & conductoris violet, facit illis iniuriam licèt non sint domini depositi, commodati, pignoris, vsusfructus, & locati. Deinde fit iniuria dominis antiquis, qui sua bona illi Ecclesiæ donarunt ad pium vsum, licèt enim eorum se dominio abdicarint & in Ecclesiam transtulerint, id non ea mente fecerunt vt sine causa, & pro libito in alios vsus, quàm in illos ad quos ipsi destinarunt, expenderentur, satisque suam voluntatem expresserūt dum explicarunt vsum ad quē donabāt, & Ecclesiam cui donabant: eaque tacita fuit conditio ne sine causa aliter de iis disponeretur: neque cogitare debuerunt ea bona aliter pro arbitrio ab Ecclesia impendenda esse, alioquin fecissent quod multi alij, & sub expressa conditione dedissent, vt si aliter de iis disponeretur, & si in aliam Ecclesiam aut vsum conuerterentur, eo ipso resolueretur donatio. Denique fit iniuria religioni, & fidelium communitati: nam dum vident aliorum pias voluntates defraudari, & sine causa ad Pontificis arbitrium commutari, idem meritò sibi timent, & à donando reuocantur. Quod attinet ad obligationem Pontificis ex iniusta eiusmodi alienatione, & ad Ecclesias, quibus iniustè aliarum Ecclesiarum bona tributa sunt à Pontifice, disputabimus inferiùs.

13 Aiebam tertiò in nostra vniuersali assertione non posse Pontificem sine causa, & pro arbitrio vnius beneficium alteri tribuere, nisi illud æquiualenti compenset, alioquin iniustam fore eam alienationem, licèt validam.

Atque vt ab hoc vltimo ordiar, dico, validam fore eiusmodi collationem secundo factam, & nullum ius remansurum priori beneficiario; affirmat ita Nauar. *de spoliis* §. 3. *num.* 9. quia quamdiu quis rei alicuius dominium, vel supremam administrationem retinet, tamdiu de illa validè disponit, neque aut suo ipsius decreto, aut pacto, aut alterius voluntate priuari potest iure validè disponendi de ea re, nisi suo dominio, vel suprema illa administratione priuetur, aut legem illi ponat, qui eius administrationem tollere, ligare, & inefficacem in aliquibus actibus reddere valeat. Sic Princeps non potest priuari, etiam suo decreto, aut pacto potestate validè priuilegium concessum reuocandi, neque vllus quouis contractu exuere se facultate validè testandi: quamuis in his omnibus iniustè facere possit, & cum alterius iniuria priuilegium reuocare, aut testamentum condere. Atqui Pontifex habet supremam administrationem beneficiorum omnium, neque illa se abdicat, quando illa cuipiam confert: nam in eius semper vel dominio, vel administratione æquè manent. Ergo de illis validè disponit, neque ea potestate facto vllo suo, aut decreto priuare se potest, quamuis illa valeat abuti. Non est etiam vllus qui illi eam administrationem & potestatem auferre, aut inefficacem reddere sua lege valeat. Ergo si quid circa illa disponat, validè disponit; iniustè nihilominus facit, si inuito beneficiario, & siue causa alteri conferat, nisi priorem beneficiarium æquali altero compenset. Ratio euidentissima est, quia tenetur Pontifex ex naturali æquitate stare pactis, & conuentis, neque potest ius alterius tollere sine iniuria, nec illi damnum inferre sine obligatione ad eius compensationem. Atqui dum Pontifex dat alicui beneficium in titulum perpetuum, illeque ipsum acceptauit, paciscitur, & tacitè cum ipso contrahit illud ipsi perpetuò conseruare, & illi non adimere inuito & innocenti sine graui aliqua causa, & nisi de æquiualenti prouideat. Denique non potest Pontifex ab eiusmodi tacito pacto resilire, nisi propter easdem rationabiles causas propter quas potest à cæteris contractibus discedere. Hinc vulgaris illa Canonistarum propositio: beneficia conferre esse voluntatis, collata verò conseruare eodem modo, & forma qua collata fuerunt, necessitatis. Deinde qui habet ius vsusfructus & administrationis alicuius rei, non potest nulla vrgente causa, & pro arbitrio, illo iure, vsufructu, & administratione priuari quin iniuriam patiatur, & damnum sentiat, & quod inde necessariò sequitur, ille qui ipsi eam iniuriam & damnum irrogat ad illius satisfactionem & reparationem obligetur. Quare quod vulgò dicitur, omnia beneficia esse manualia Papæ, & de illis pro libito posse disponere, atque in his pro ratione voluntatem esse, intelligendum est de ipsorum dispositione quamdiu vacant, non autem vbi iam legitimè collata sunt, alioquin diuerbium eiusmodi falsum est, aut de voluntate valida & non iusta explicandum erit; neque voluntas sine ratione iusta erit, quamuis valida esse possit, vt dixi. Si tamen Pontifex aliquem suo beneficio, quod illi gratis omninò & quodam priuilegio donat, priuet sine causa, & aliud æquiualens in iure, dignitate, & præbendis, cæterisque omnibus ipsi donet, rationabiliter inuitus beneficiarius erit, si eam veluti commutationem recuset, & licèt nulla alia eius causa subsit, quàm voluntas Pontificis, ad id sine iniuria cogi posse existimauit Sopranis sæpius laudatus *in appendice* 3. *cap.* 3. *numer.* 52. quia Princeps potest adimere inuito priuilegium, quod ipsi concessit, oblata illi æquali compensatione; quod ego negarim, nisi iusta aliqua causa eius reuocationis subsit, alioquin iniuria erit in illa vi inferenda.

Dicendum est quintò alienationem damnosam 14
rerum Ecclesiæ factam in Laicos sine causa à summo Pontifice, validam esse, sed iniustam. Primum

ostenditur, quia inualiditas oriri nequit nisi ex defectu potestatis in alienante, vel ex lege eiusmodi alienationem irritante: neutrum verò dici potest hoc loco; quia in Pontifice est plenitudo potestatis circa dispositionem bonorum Ecclesiasticorum fundata in titulo suæ supremæ dignitatis, quæ illum vel dominum, licèt non absolutum, vel administratorem bonorum Ecclesiasticorum constituit, vti sæpius diximus. Nulla verò datur lex positiua quæ illam alienationem irritet, & annullet, aut Pontificiam potestatem restringat in hac parte. Et quamuis aliquando inconsultæ alienationi lex diuina & naturalis æquitatis repugnet, illa reddet quidem alienationem illicitam, & iniustam, non tamen inualidam, vti nuper monebamus. Cuius ratio à priori est, quia rerum dominia, & possessiones, distinctiones, translationes, & acquisitiones inductæ sunt iure gentium & ciuili, non autem lege naturali, aut diuino præcepto; quamuis lex naturalis, & diuina non repugnet hac in parte legi ciuili, & iuri gentium. Cùm igitur lege naturali, & præcepto diuino dominia neque introducantur, neque donentur, illis etiam legibus non adimuntur; vbi tamen iure gentium & ciuili domioia introducta sunt, & leges de illorum acquisitione, possessione, translatione conformes naturali rationi, & legi positæ sunt, illa eadem naturalis lex & diuina obligat ad seruanda, quæ lege ciuili, & iure gentium constituta sunt. Quoties igitur in iis fit aliquid contra diuinum præceptum, & legem naturalem, peccatur, & dum dominus, dispensator & administrator facit aliquid in hac parte contra diuinum præceptum solum, aut vt loquuntur, nudum, illicitè facit, non tamen inualidè, cùm illud præceptum solum, & nudum potentiam agendi, & disponendi de re aliqua non augeat, aut diminuat, sed illius vsum dirigat, vt quod validè fieri potest, licitè quoque fiat.

15 Ex his probata manet pars assertionis altera, alienationem rerum Ecclesiasticarum priuatiuam, & damnosam, factam in Laicos sine causa à Pontifice, esse iniustam. Ita omnes cum Nauar. qui tamen displicet quòd §.2. *de spoliis numer. 2.3.& 4.* dicat eiusmodi alienationem esse contra septimum decalogi præceptum de non furando, quod & dixit §.2. *num.* 1. Addit eo casu Christum priuari dominio rei suæ, ac proinde iniustitiam illius alienationis esse verè & propriè contra Christum, quod falsum est, quia Christo nihil aufertur, manetque semper rerum omnium Ecclesiasticarum, sicut & cœlorum dominus. Dicendum potiùs esset, committi iniustitiam; quia contra Christi voluntatem de re eius disponitur: nam quoties alienatur res inuito domino, fit illi iniuria, licèt eâ non priuetur, neque fortè priuari possit dominio rei suæ. Verùm ea ratio probaret quoties nobis à Deo concessis bonis in prauum finem abutimur, nos committere iniustitiam, quia illa bona contra domini, qui Deus est, voluntatem attrectamus. Alij disputant hoc loco vtrum inter Christum, & nos possit dari vera iustitia, quæ disputatio, modò inutilis est, quidquid enim de ea statuatur, certum est Christi ius, sicut & Dei lædi à nobis posse, ac proinde iniuriam illi fieri, & iniustitiam committi, eamque propriam, siue eiusdem prorsus sit rationis cum illa quæ aduersus hominem admittitur, siue alterius cuiusdam, conueniens tamen in ratione generica propriæ & veræ iniuriæ, atque etiam iniustitiæ. Ratio igitur vera nostræ assertionis est illa ipsa, qua ostendimus similem alienationem in Ecclesiasticos factam iniustam esse, quòd violentius Ecclesiæ cuius bona sine causa damnosè alienantur, & fundatoribus fiat iniuria, ac sæpè violetur pactum cum illis initum expressè, vel tacitè, immò & semper, quia licèt isti veteres domini dum sua bona dederunt Ecclesiæ, illa subiecerint dispositioni Pontificis; voluerunt tamen illis non priuari Ecclesiam, cui donarant, nisi ex graui causa, & in eius vtilitatem, aut saltem non in damnum ipsius, quod tamen in hac alienatione fieri supponimus. Et potiori multò ratione noluerunt suis bonis priuari Ecclesiam, vt illis sine causa Laici ditarentur, ad quos noluerunt sua bona transferre; quandoquidem ea suis, etiam consanguineis denegarunt. Quare non dubitarim eiusmodi in Laicos priuatiua & abtittaria alienatione violari pactum tacitum inter Ecclesiam, & eius benefactores initum, ac proinde iniustitiam committi.

Dicendum sextò nullam rerum Ecclesiasticarum alienationem à Pontifice factam esse inualidam, nisi defectu voluntatis ipsius, qui aut non vult alienare, aut non nisi tali modo ac causa, aut si vult, ex errore vult, eo quod illi impositum fuerit. Hæc assertio sequitur necessariò, & manifestè ex superioribus; cù enim hæc alienatio nequeat esse inualida, nisi defectu potestatis, aut voluntatis in alienante, aut modi substantialis non seruati in alienatione, vti nuper ostendimus, non modò in alienatione, sed in omni etiam prorsus actu; & nullus sit præscriptus substantialis modus à lege huic alienationi, qui obliget Pontificem, qui legibus illis non tenetur, atque in illis dispensare potest, & secum alios, ex eo capite non inualidabitur alienatio ab ipso facta; sicut neque ex defectu potestatis, cuius plenitudinem circa bonorum Ecclesiasticorum dispositionem docuimus esse in Pontifice, tanquam in ipsorum vel domino, quamuis non absoluto, vel supremo administratore, qui nullum alium habet in terris superiorem, cui de sua administratione sit obnoxius, sequitur totam hoc loco inualiditatem alienationis desumendam esse ex defectu voluntatis Pontificiæ. Neque enim semper vult quidquid potest. Hic porrò voluntatis defectus ex duplici causa nascitur. Primò quidem ex limitatione, & conditionibus quas apponit Pontifex volens, & lubens suæ dispositioni, quam reuerà non vult subsistere, & validam esse nisi cum limitationibus & conditionibus ab ipsomet appositis, vt cùm alienat cum certa expressa causa, aut alia conditione: v.g. in euidentem vtilitatem, si preces veritate nitantur, & aliis eiusmodi clausulis in dispositionibus ordinariis apponi solitis. Nam si re ipsa causa illa non subsistat, neque preces veritate nitantur, nulla est alienatio, & tota dispositio, quia Pontifex non vult absolutè validam esse, sed cum conditionibus ab ipsomet adiectis: & cùm absolutè possit alienare rem aliquam Ecclesiasticam, id tamen non vult absolutè, sed limitatè, vt dixi. Secundò defectus voluntatis Pontificiæ nascitur ex errore, quia postulantes per obreptionem, aut subreptionem illi imposuerunt, aut aliunde deceptus est Pontifex in illa dispositione, quod manifestis iudiciis constat. Itaque cùm ille error causam dederit dispositioni, sanè tota illa corruat necesse est, cùm nihil magis contrarium sit voluntati & consensui quàm dispositionis deceptio, vti fusius ostendimus *in opere de vsuris lib.* 3. 16

Dicendum est septimò in omni alienatione facta à Pontifice ex motu proprio, certa scientia, & plenitudine potestatis præsumendam esse iustam causam, 17

causam, licèt euidenter non appareat in omni alia alienatione, quæ fit tantùm ad preces & instantiam aliorum, vel cum expressione certæ causæ quæ priuatiuè affertur, & non potestatiuè, sicque debet esse euidens iusta causa, neque satis est illam præsumi.

a Prima pars est contra Nauar. qui negat vnquam esse in hac materia præsumendam iustam causam nisi euidens sit, *de spoliis* §. 2. *num.* 7. & 8. & *consil.* 56. *num.* 2. *de regularib.* deinde contra illos qui negant requiri euidentiam causæ in alienatione compensatiua, secus verò in alienatione gratuita & priuatiua facta in laicos, in illa siquidem debet constare de causa, non verò si similis alienatio fieret in Ecclesiasticos, tunc enim sola causæ præsumptio sufficeret. Denique eos impugnamos, qui perpetuò requirunt causæ probationem quoties alienatur in consanguineos, eo quod tunc præsumptio sit Pontificē affectu potius induci quàm recta ratione, atque, vt ait Bald. *in l. tutor,* §. *quæ tutoribus. D. excusat. tutorum*, carnem & sanguinem, non Patrem cœlestem hoc ei reuelasse. Has omnes sententias reiicit nostra assertio, quæ in omni alienatione siue compensatiua, siue gratuita, siue in Ecclesiasticos siue in laicos, in consanguineos, aut alios externos, motu proprio, & ex certa scientia atque plenitudine potestatis à Pontifice facta, vult sufficere præsumptionem iustæ causæ, licèt euidenter de illa non constet. Hanc nostram assertionem docent qui dicunt in supremo Principe motu proprio, certa scientia, & plenitudine, potestatis operante præsumi causam, quam interuenire necesse est: ita Alciat. *de præsump. regul.* 3. *præsump.* 8. Flamin. *de resignat. lib.* 5. *quæst.* 1. *n.* 8. & alij passim; vbi saltem nihil agit contra ius diuinum, aut gentium, neque contra suum proprium contractum, quia Princeps talis esse præsumitur, qualis esse debet, & cùm debeat ex iusta causa operari, maximè in illis quæ illam exigunt etiam ex lege positiua, ipsam adhibuisse censendus est, cùm non præsumatur agere quod lex prohibet. Fauet euidentissima ratio, quia in eo, qui ab alio iudicari non potest, cuiusque facta & rationes expendi, & discuti non possunt, iusta & legitima causa præsumenda est, nisi manifestè contrariū appareat. Alioquin nunquam sine scrupulis, & animi angoribus cum illo tractari posset. Itaque cùm plurima inter Pontificem & Christianos sint agitanda, nunquam tuti in conscientia esse possent si in omnibus Pontificiis factis & dispositionibus de iusta causa euidenter constare deberet.

Secunda pars assertionis nostræ manifesta quoque est, quam fusiùs docet Sanch. *libro* 8. *de matrim. disp.* 17. *numer.* 12. alios allegans, quia tunc ille ad cuius instantiam Pontifex disponit, tenetur dicti sui rationem reddere, maximè cùm agitur de præiudicio tertij. Verùm cùm hæc disputatio de præsumptione ad plures alias materias pertineat, de illa doctrinam vniuersalem tradidimus in nostra scientia canonica.

18 Dicendum est octauò Pontificem sine causa, bona vnius Ecclesiæ in aliam alienantem alienatione gratuita, siue priuatiua, & non compensatiua, teneri ad interesse illorum, qui ea alienatione læsi existunt, iique sunt primi donatores, & Ecclesiæ donatariæ; non tamen obligatur præcisè ad restitutionem rei ipsius alienatæ, sed ad valorem eius.

Prima pars teneri Pontificem ad interesse, certa est, quibus enim quidpiam ex pacto debemus, si sine causa pactis non stemus, ac legi, quæ in contractu posita est, obligamur illis quantùm ipsorum interest pacta non fuisse seruata. Atqui primi donatores sua bona donarunt Ecclesiæ cum pacto tacito saltem, ne ab ea diuellerentur, saltem sine causa: cùm igitur pactum illud violarit Pontifex, debet quantùm interest eorum donatorum pacta eiusmodi fuisse seruata, reponere: quæ ratio id ipsum ostendit de Ecclesiis donatariis, quarum commodis bona illa donata fuerant, quibus sine causa & per iniuriam priuantur. Damnum itaque illud reparandam omninò est ab illo, qui ipsum iniustè intulit. Quæ omnia constant ex certis & vniuersalibus principiis de satisfactione, & restitutione, ipsaque æquitate naturali, quæ omnes obstringit.

Secunda pars, non teneri Pontificem ad rem alienatam in specie præcisè restituendam, sed in æstimatione duntaxat, & valore; constat, quia qui malè & iniustè de re aliqua disposuit cum alterius damno, & iniuria, si tamen validè disposuit, ejusque dominium transtulit, non obligatur ad restituendam præcisè rem de qua validè disposuit, vt vides in venditione facta secundo emptori, cum iniuria & damno primi. Nam si res tradita fuerit secundo emptori, ac proinde vnà cum traditione dominium, non tenetur venditor ad rem venditam restituendam, sed solùm ad id quod interfuit primi emptoris, vt aliàs diximus cum Molin. *tract.* 2. *disput.* 527. ratioque euidentissima est, nemo siquidem obligari potest ad restituendum id quod non habet in sua potestate, res verò cuius dominium translatum est in alium, non est amplius in potestate transferentis: ergo nequit obligari ad illam præcisè restituendam, sed ad compensandum damnum, quod inconsultò & iniusta illa translatione intulit. Diximus autem alienationem de qua disputamus, fuisse validè factam à Pontifice, atque eius dominium in alium translatum fuisse. Illam igitur ampliùs restituere non potest, nisi secundùm æstimationem, ad quam omninò tenetur, & ad damni illati compensationem.

Dices posse Pontificem illam alienationem rescindere, atque ita damnum, quod intulit reparare restituendo illam ipsam rem, quam iniustè alienauerat, ac proinde ad id teneri.

Resp. Pontificem posse rescindere alienationem aliumue contractum in fauorem læsi, quotiescumque læsus eam rescissionem obtineret apud Iudicem, si illum interpellaret, ad id tamen non obligari: quandoquidem potest alia viâ damnum, quod intulit, æqualiter compensare. Nam neque venditor qui secundo emptori vendidit, tenetur reemere rem venditam, etiamsi commodè id posset, ad illam primo venditori restituendam. Quoties igitur Pontifex damnum quod intulit Ecclesiæ rem ipsius sine iusta causa alienando, non poterit aliter quàm ipsius eiusdem rei restitutione compēsare, tenebitur ad rescindendam alienationem à se factam, non verò si aliter iacturam illam reponere valeat.

Dicendum est nonò Pontificem sine causa alienantem bona Ecclesiastica in laicos alienatione diminutiua, obligari ad reparandum damnum quod intulit, non modò primis donatoribus, & Ecclesiis donatariis, sed etiam Sedi Apostolicæ, siue suis successoribus, quia reuerà dominium Sedis Apostolicæ imminuit, cùm ab illa abiecit rerum alienatarum dominium, & in laicos transtulit, quorum bona neque sub eius dominio, neque sub eius administratione existunt, vt patet: quare 19

teneatur aliquid æquivalens loco rei alienatæ reponere, aut si id non possit, curare rescissionem alienationis à se factæ; qua ratione id poterit, de ea modò non disputo, cùm illa quæstio pertineat ad potestatem Pontificiam, cuius tractatio alterius loci est. Moneo duntaxat eo modo de Pontifice alienanta bona Sedis Apostolicæ, eiusque dominium imminuente sentiendum saltem esse, quo de supremo Principe bona suæ coronæ alligata alienante, de quo quidpiam dicemus inferiùs.

20 Dicendum est decimo, eos quibus alienatum est quidpiam rerum Ecclesiasticarum à Pontifice alienatione valida, licèt fortassis iniusta, non teneri ad rem alienatam restituendam, quamdiu alienatio non rescindetur; immò neque ad id quod interest eorum, qui læsi sunt ea alienatione iniusta, si ipsi bona fide processerint. Hæc assertio certa est ex principiis vniuersalibus de restitutione, & his quæ de his alienationibus diximus hactenus; obligatio siquidem restitutionis oritur vel ratione rei acceptæ, vel ratione iniustæ acceptionis. Atqui hoc loco qui rem sibi alienatam accepit, validè accepit, & verè illius dominus factus est, vti hactenus demonstrauimus: quidquid igitur possidet, tanquam verus dominus possidet, neque quidpiam alienum habet: iustè quoque accepit, cùm si quæ commissa fuerit iniustitia, ab alio commissa fuerit, illiusque conscius non fuerit, peccauerit Pontifex ipsi alienando, validè tamen alienauit, & validè ac iustè possidet, qui possidet; Pontificis fuerit quam commisit iniustitiam reparare, non istius qui nihil iniustè fecit. Deinde vel illa alienatio est compensatiua, vel gratuita. Si primum nullum irrogatum fuit damnum Ecclesiæ, cui tantumdem datum est, vti contingit in venditionibus, permutationibus, & aliis alienationibus onerosis. Si verò fuit alienatio gratuita, vel sine causa facta fuit, vel cum causa. Hæc porrò valida erit & iusta. Prior propter defectum causæ iniustè fiet à Pontifice, validè tamen, & is cui alienauit præsumere debet causâ, eaque iusta fuisse motum Pontificem, nisi contrarium euidenter appareat, neque tenebatur diligentiùs inquirere, an Pontifex licitè alienaret, maximè cùm ipse bona fide, & sine fraude, aut dolo procedat. Deinde licèt posteà comperiat damnosam fuisse eam alienationem, aut illi Ecclesiæ particulari, aut etiam Sedi Apostolicæ, cuius patrimonium imminuit, non idcircò tenetur ad quidpiam reponendum, quamdiu subsistet alienatio, cùm non teneatur neque ratione rei alienatæ, cuius verè dominus factus est, neque iniustæ alienationis, ad quam nihil ipse contulit, neque alterius iniustitiæ, cùm nullam in toto negotio commiserit, licèt deinde compererit aliquam commissam fuisse à Pontifice, qui illam reparare, & emendare tenebitur, vti diximus. Si tamen Pontifex exprimat causam, qua motus est ad faciendam alienationem, & illa reipsa non subsistat, tenebitur is cui alienauit rem alienatam restituere, quamuis Pontifex illi obligetur de damno, quod inde patietur. Ratio est, quia illa alienatio causâ finali, & motiua non subsistenta, nulla & inualida est, ideóque is, cui alienatur non fit eius dominus, neque illam sibi retinere potest, vtpote non suam, sed alienam.

Explicata potestate Pontificis circa alienationes rerum Ecclesiasticarum, sequitur agamus de inferioribus Prælatis, de quibus.

21 Dicendum est primò Prælatos, & rerum Ecclesiasticarum administratores, vel dominos non posse sua alienare inconsulto & non consentiante Pontifice. Hæc assertio certa est & probata fuit *art.* 1. vbi attulimus iura prohibentia rerum Ecclesiasticarum alienationem, quæ omnes omninò Prælatos inferiores, aliasue personas quascumque constringunt: præter quàm quod iuramentum ea de re emittunt ipsi Episcopi, quod *in citato art.* notauimus, tum ipsi Cardinales circa alienationem bonorum Ecclesiæ per infeudationem ex constitutione Pij V. Innocent. IX. & Clement. VIII. Circa alienationes verò bonorum aliarum Ecclesiarum tenentur iure communi illam Prohibente, quod malè nonnulli negarunt, eo quod quæ sunt digna speciali nota, nisi specialiter exprimantur, omissa censentur, maximè in odiosis, & prohibitiuis *cap. quàm periculosum, de sentent. excomm. in 6.* & glossa *in c. 2. de prebend. in 6.* & Cardinales propter eximiam dignitatem in odiosis non censeantur comprehendi, nisi specialiter designentur, quod non fecit Paulina constitutio *Ambitiosæ*, alienationes Ecclesiasticas prohibens, qua de causa regulæ Cancellariæ odiosæ, licèt vniuersales sint, non obstringunt Cardinales, vt regula de viginti diebus in resignatione infirmorum, quia odiosa est, vt existimat Mandos. *q. 5. num. 8. & 9. in regul. Cancellar.* & alij quidam. Verùm in dispositionibus quæ respiciunt publicam vtilitatem Ecclesiæ, & in quibus agitur de fraude vitanda & iustitia colenda, quamuis propter grauissimas pœnas quas infligunt, odiosæ sint, comprehenduntur ipsi Cardinales, licèt specialiter non nominentur; quod communis opinio docet apud Flamin. *lib. 12. de resignat. q. 42. num.* 8. ideóque regulis Cancellariæ de viginti diebus, de publicanda resignatione, & aliis eiusmodi ipsos obligari certum est.

ARTICVLVS III.

De causa necessaria ad validam & iustam alienationem, & de forma, ac solemnitate in illa seruanda.

Prima causa, necessitas, quænam ea sit. 1.
Secunda causa, vtilitas, qualis. 2.
Tertia causa, incommoditas, quænam. 3.
Quarta causa, pietas. 4.
An ad subsidium reipublicæ. 5.
Necessaria quoque est solemnitas ad valorem alienationis. 6.
Quænam sit ea solemnitas. 7.

Constat ex superiori disputatione duo quædam ad validam & legitimam rerum Ecclesiasticarum alienationem necessariò requiri, nempe causam iustam, & præscriptam solemnitatem. Causam quadruplicem passim faciunt DD. cum Gloss. *in sum. 12. q. 1.* Panorm. *in cap. nulli, de reb. Eccles. non alien. num.* 15. Sylu. *verb. alienat. q.* 2. Couarru. *lib.* 2. *variar. cap.* 17. *n.* 2. Molin. *tract.* 2. *disp.* 468. *n.* 2. Vasq. *opusc. de reddit. cap.* 2. §. 2. *dub.* 9. & alij, necessitatis nempe, vtilitatis, incommoditatis, & pietatis, quas commodiùs reduces ad duas, vtilitatis nimirum, & pietatis; quidquid enim fit ad vitandum malum, & arcendam incommoditatem, pertinet ad vtilitatem, & quidquid ad officij, atque sui muneris exercendi causam spectat, pietatem respicit, vt Mol. & cæteri argumentantur.

Necessitas

1 Necessitas porrò ex duplici capite oriri potest, vel ex duplici fine, scilicet tuendi, & exercendi proprij officij, vel proprij esse conseruandi: nam si graui ære alieno prematur Ecclesia, quod soluere vrgetur, alioqui crescentibus in dies vsuris fiet quotidie grauius, aut vrgentibus creditoribus, molestius onus, neque soluendo sit nisi rerum aliquarum alienatione, iusta erit alienandi necessitas, quam multò meliori conditione faciet Ecclesia, quàm si ad illam cogatur à Iudice, eiusque bona subiiciantur hastæ: res enim sic addictæ viliùs omninò venduntur, neque patitur æquitas, vt quis aliena retineat, ne sua perdat, quod faceret Ecclesia, si bona creditorum retineret, ne sua alienaret. Quare vbi non est alia ratio soluendi nominis, quàm suarum rerum aliqua alienatio, ad ipsam cogitur. Hanc ipsam alienandi causam probauit *Authent. hoc ius porrectum*, & *Authent. sancimus, C. de sacrosanc. Eccles.* Oritur secundò hæc alienandi necessitas ex ipsarum Ecclesiarum ruinis, quæ aliter reparari non possunt, siue de ipsis sacris Ædibus aliisque ædificiis reficiendis, siue de fundis instaurandis agatur. Atque has duas necessitatis causas agnoscunt vulgò DD. cum Abbate *in cap. fin. n.8. de Eccles. ædif.* Redoan. *quæst. 13. de spoliis.* Rebuff. *in compend. de alienat. numer. 35.* sed consule in primis Xanthesium *de expilatione templorum capit. 4.* Obserua duntaxat quoties alienatio fit ad dissoluendum æs alienum, quo premitur Ecclesia, teneri emptorem probare rerum venditarum pecuniam in eam nominum dissolutionem expensam fuisse, quod tradit Couarru. *lib. 2. variar. cap. 17. numer. 3.* vbi tamen addit ab hoc promissionis onere liberari, vbi præiuere tractatus, & solemnitates à iure præscriptæ seruatæ fuerunt, ipseque ea de causa pecuniam tradidit Ecclesiæ. Requiritur prætereà vt huic necessitati non possit occurri ex redditibus beneficiorum, & præbendarum Ecclesiæ illius aliqua ex parte imminutis; tunc enim bona saltem immobilia non debent alienari; quamuis enim illi redditus in sacrorum ministrorum sustentationem sint destinati; id tamen factum est cum eo onere, vel subintellecta conditione, vt grauibus Ecclesiæ necessitatibus prouideant, cùm id facere possint sine graui incommodo. Vide Riccium *verb. alienat. §. causa, n. 3.* & *decis.* 103. Tabien. *verb. alienatio, n. 4.* & Bonac. *de contract. disp. 3. q. 8. punct. 4. n. 5.*

2 Altera causa legitimè alienandi res Ecclesiasticas est ingens, & euidens Ecclesiæ vtilitas, per quam melior fit Ecclesiæ conditio, ipsaque locupletior euadit: v. g. cùm solum sterile & inutile locatur, vel datur in emphyteusim, vel venditur, & permutatur, & cùm res licèt vtilis in multò tamen vtiliorem permutatur; vt ager minus fertilis, & commodus in vtiliorem, commodioremque, & calix vilior in pretiosiorem, & denique cùm res nociua propter crebras impensas, reparationem, & custodiam venditur, illiusque pretium in aliquid melius impenditur: quæ omnia vnico verbo comprehendit Leo *in Epistola ad Siciliæ Episcopos*, & refertur *cap. sine exceptione 12. quæst. 2.* vbi prohibita rerum Ecclesiasticarũ alienatione Episcopis, addit, *nisi fortè aliquid horum faciat, vt meliora prospiciat.* Quæri verò potest, an ea Ecclesiæ vtilitas debeat esse maior semper quacumque alia, quæ quæri posset: v. g. venditur res Ecclesiæ ad eius vtilitatem, teneturne illam alienans dare ei qui maius pretium offeret, quamuis vtilius sit ipsam etiam minori illo pretio vendere, quam retinere. Respondet Sopranis *capit. 5. appendicis 3. citata, num. 4.* sufficere vt in ea alienatione sit Ecclesiæ vtilitas, ex eaque fiat locupletior, quàm antea esset; non requiritur autem, vt fiat locupletior quàm esse possit. Quare si rem alienandam Caius emat centum, Titius autem nonaginta duntaxat, quæ tamen vtiliora sunt Ecclesiæ, quàm res alienanda, poterit Prælatus illam dare Titio, eritque valida alienatio, neque incurret pœnas contra malè alienantes latas; quia iura non exigunt nisi vtilitatem Ecclesiæ, & meliorem eius conditionem, quæ reuerà reperitur hoc loco, quamuis non omnium optima, neque quanta esse poterat. Estque illa receptissima sententia Prælatum posse nocere Ecclesiæ in iuribus acquirendis, non in acquisitis, vti dicemus inferiùs. Existimarim nihilominus hunc Prælatum cuiusdam non modò negligentiæ, immò & perfidiæ aduersùs Ecclesiam reum esse, quamuis inde non obligetur ad restitutionem.

Tertia causa quam dicunt incommoditatis, iam 3
explicata manet, si enim nullam præstet vtilitatem Ecclesiæ, cui præstaret aliquam, si alienaretur, sanè geritur Ecclesiæ negotium in ea alienatione; quod idem contingit quando maiores, vt iam monui fiunt sumptus in ea colenda, quàm prouentus ex illa, quò pertinet *cap. terrulas 12. q. 2.*

Quarta causa eaque celeberrima, est pietas, eius- 4
que officia exercenda, qualis est primò captiuorum redemptio, ad eam enim fas esse sacra vasa distrahere & conflari, pluribus ostendunt Demochares *lib. 3. de sacrific. miss. cap. 28.* Nolan. *lib. 2. de Canonicis cap. 2.* Anastasi. Germoni. *lib. 2. de sacra. immunit. cap. 27. num. 31.* qui varia Conciliorum & Sanctorum Patrum testimonia congerunt, idque olim factitatum à S. Chrysostomo malè eius æmuli exprobrarunt apud Socrat. *lib. 7. cap. 21.* Idem fecit Acacius Amydeuorum Episcopus, ad redimenda septem Ethnicorum millia à Rege Persarum occidenda. Fecit & Ambrosius, suique facti rationem reddidit *lib. 2. officior. cap. 28.* factum laudauit Augustinus & æmulatus est, vt narrat Possidius *in eius vita cap. 42.* ipseque Augustinus consulendus est *in ep. 13.* De Hilario Arelatensi, author eius vitæ: de S. Arnulpho, Baron. an. 615. n. 11. de S. Cæsario Arelatensi *in eius vita*, apud Surium 27. mensis August. de Sancto Carthaginensium Antistite Deo gratias Victor Vticens. *lib. 1. de persecut. Vvand.* Calicem argenteum S. Remigij, diutiùs in Remensi Ecclesia seruatum subleuandis captiuis diuenditum fuisse narrat Hucbaldus. Vide Gregor. *lib. 6. Ep. 13. ad Fortunatum Episcop. Fanensem, & eodem lib. Ep. 35. ad Episcopum Messanensem*: quin immò ob eam causam solam licitam & honestam esse sacrorum vasorum distractionem traditur *lib. 1. capitular. cap. 94.*

Verùm & alias esse similis pietatis obtentu causas tradit ipse Ambrosius, & alij Patres: nam vrgente fame, & penuria publica id præstitit Cyrill. Hyerosolim. ea de causa calumniam passus ab Acacio Episcopo Ariano, apud Sozomen. *lib. 4. historiar. cap. 24.* & Theodoret. *lib. 2. histor. cap. 27.* de S. Odilone testatur Petrus Damian. *in eius vita*: de Hugone Gratianopolitano Dorland. *lib. 2. cronic. Chartus. cap. 5.* de S. Rembarto apud Surium 4. *Februar.* de Sanctis Elphego, & Ethelnodo Episcopis Anglis, eorum vitæ scriptores.

Huc denique pertinet subsidium ferendum pauperibus graui admodum inopia laborantibus: nam & bona Ecclesiastica pauperum dicuntur patrimonia; & grauissimi DD. existimant beneficiatos teneri

neri non modò ex charitate, sed etiam ex iustitia suæ honestæ sustentationi superflua pauperibus distribuere. Qua de re commodiùs vbi de dominio: interim adi fusiùs ista disputantem Sarmiento *de redditib. Ecclesia.* Moneo duntaxat hoc loco, vbi prouideri potest huic pauperum inopiæ prouentibus beneficiorum, non dari causam bona Ecclesiastica alienandi, vti de dissoluendo ære alieno dicebamus. Debet præterea illa pauperum necessitas esse ferè extrema ad eiusmodi alienationem honestandam, maximè si ex ea minuendus sit aliqua ratione diuinus cultus, quod sapienter aduertit Couarr. *lib. 2. variar. cap.* 16. *num.* 8. & Molin. *tract.* 2. *disp.* 468. *con.* 2. id tamen arbitrio prudentis diiudicandum esse vult Ferdinand. à Castro, *tr.* 12. *disp. vnic. p.* 15. §. 2. *num.* 6. An verò si in eam inopiam & necessitatem sua culpa deuenerint, illis etiam alienatione rerum Ecclesiasticarum succurrendum sit, disputat fusiùs Couarru. *cap.* 16. *citat. num.* 9. & tandem sapienter distinguit. Si enim in extrema necessitate sit aliquis constitutus, ita vt illi fame pereundum sit, poterunt bona Ecclesiæ ad alimenta illi suppeditanda vendi, quamuis sua culpa in eam inopiam inciderit, ex communi sententia, ne fame morientem non paueris vt poteras, occidisse dicaris *ex cap. pasce, distinct.* 86. Quod Gratianus ex lib. officiorum Ambrosij adducit; vbi tamen non reperitur, quamuis & Ansel. *lib.* 13. *c.* 28. & Policarpus *lib.* 6. *tit.* 20. Ambrosium quoque allegent, sicut & S. Thom. 2. 2. *q.* 32. *art.* 5. & Bartholomæus Vrbinas Eremita in melliloquio, ex Ambrosij dictis in libro de alendis pauperibus, referat, qui hactenus desideratur. Ait secundò Couar. eum qui sua culpâ incidit in paupertatem, non gaudere priuilegiis à iure concessis paupertate laborantibus, saltem si eo animo paupertatem sibi creauit, vt eiusmodi priuilegiis vti posset. Est enim indignus eo iure, quod ex pia commiseratione pauperibus concessum fuit: quia commiseratione digni non sunt qui vt ad illam nos excitent, paupertatem & miseriam sibi volentes accersunt, argumento *l. pen. D. de iure dotium*, quæ negat socero competere priuilegium ne conueniatur à genero vltra quàm facere possit, si socer ipse specie futuræ dotis induxit generum, cùm sciret se præstare non posse, idque egerit vt genero insidiaretur. Tertiò ait Couarr. priuilegia concessa his qui premuntur egestate, non esse seruanda quoties id sine alterius præiudicio fieri nequit, & pauperes in eum statum propria culpa ceciderunt, eamque esse communem opinionem; ideóque prohibitum ex causa fideicommissi taciti, vel expressi quempiam rem aliquam alienare, vel eam vendere, ad hoc vt eius pretio se publico carcere, & publica condemnatione liberet, quod ob inopiam aliter præstare non potest, idque ipsum testatorem voluisse manifestum videtur, ne dicamus res alienari prohibitas posse ob crimina & scelera fideicommissarij alienari. Cùm tamen testator idcircò eam rem alienari prohibuerit, ne vitiis & luxuriis successorum foret obnoxia: ne tamen ipsi hæredes & successores fame pereant, & vt carcere liberentur, aut vt à captiuitate redimantur, res eiusmodi posse alienari concedit Couar. & denique si fiat ea alienatio à possessore, vt liberetur à carcere quo detinetur ob sua crimina, sustinebitur viuente eo possessore, neque rescindi poterit eiusmodi alienatio; quia cùm ille eius vsumfructum habeat, non potest illi ipsi auferri, vt fieret per rescissionem illius alienationis: ipso verò decedente, proprietatem repetent illi ad quos fideicommissum peruenire debuit. Vltimò denique ait res Ecclesiæ alienari posse ad miserorũ istorum famem & penuriam subleuandum, non tamen ad luendam ipsorum pœnam, redimendos videlicet è triremibus, & carceribus, quia magis tenemur succurrere Reipublicæ criminibus eiusmodi violatæ, cuique punitione criminum occurritur magis quàm facinorosos à iusta & debita pœnâ absoluendo. Idem sentiunt Vasq. *capite* 2. *de redditib.* §. 2. *dub.* 11. *n.* 37 Molin. *disp.* 468. *cit.* & Ferdinand. à Castro *loco nuper adducto.*

Ad hanc eandẽ pietatis causam reuoco subsidiũ 5
impendendum ab Ecclesia Reipublicæ grauiter laboranti, ærario exhausto, maximè vt se ab hostibus tueatur. Tunc enim non modò collatis prouentibus & decimis, sed etiam datis in precarium bonis Ecclesiasticis, aut diuenditis eiusmodi auxilium præstari potest. Itaque sæpius concessum esse à Pontificibus, maximè propter bella sacra, & Religionis aduersùs infideles & hæreticos nostri produnt annales, & fusiùs refert Chopin. *lib.* 3. *de sacra politia, tit.* 8. Cauere tamen nostri quantùm licuit, religiosissimi Principes, vt minimo rerum Ecclesiasticarum damno iure sibi à Pontificibus hac in re indulto viterentur, quod & præstitit Senatus, vt videbis ibidem apud Chopin. & Mornac. *in l. iubemus* 14. *C. de sacrosanct. Eccles.* & *ad l. si quis sepulchrum* 12. §. *vlt. D. de religios. & sump. fun.* vbi quę in ea alienatione seruata sunt an. 1587. ex præscripto regio, ad mandati Apostolici exequutionem refert, quæ tu ipse consulas.

Ad extremum circa causas alienationis huius, 6
addo illas debere existere tempore ipsius alienationis, quæ per illas honesta fit & legitima: quod enim, vt ait Rebuff. *in compend. alienat. num.* 73. non est, nullam causam tribuere potest. Deinde constare debet alienanti de ea causa, quia alioquin causa dubia dubiam alienationem & ipsa faceret, ideóque debet præcedere informatio de euidenti Ecclesiæ vtilitate ex ea alienatione futura.

Atque hactenus de causa necessaria, & sufficienti ad licitam & validam alienationem rerum Ecclesiasticarum, præter quam necessaria omninò est præscripta seruanda solemnitas sine qua inualida prorsus erit, etiam in foro interno alienatio, quamuis ex legitima causa, qualem nuper descripsimus, fiat. Ita Couar. *lib.* 2. *variar. cap.* 17. *n.* 2. Molin. *tract.* 2. *disp.* 468. *conc.* 6. Vasq. *de redditib. Eccles. cap.* 2. §. 2. *dub.* 14. Bonac. *disp.* 3. *de contractibus q.* 8. *punct.* 4. *num.* 10. Ferdinand. à Castro *tract.* 12. *disp. vnic. punct.* 15. § 6. *num.* 5. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 10. *num.* 4. Tiraq. *post ll. connubial. glossa* 6. *num.* 56. plures allegans; & omnium fusissimè Sarmiento 1. *part. de redditib. cap.* 2. contra Sylu. *verb. alienatio*, *q.* 13. & Angel. *eod. verb.* §. 14. Nauar. *de alienat. rerum Eccles. num.* 17. Azor. 2. *part. lib.* 9. *cap.* 1. *q.* 9. Rodrig. *tom.* 1. *qq. regul. q.* 17. *art.* 9. & alios apud Tiraq. *glossa cit. num.* 62. quibus omnibus præiuerat Glossa *in l. cum hi.* 8. §. *eam translationem, verb. alimentarius. D. de transaction.* Probatur verò nostra sententia; in primis, quia compelli posset Ecclesia rem suam alienare quoties illi melior conditio offerretur, quod omninò absurdum est, cùm vt aliàs diximus, nemo cogi possit rem suam vendere, aut aliam emere, aut mutare dominium, vel obligationem etiam in meliùs, *l. si mandato meo* 45. §. *in eo. D. mandati. l. quia poterat* 4. *D. ad S. C. Trebell. l. final. D. de vsu & habitat. l. vsufructuarius* 1. & 2. *D. de vsufructu:* & per plures DD. apud Tiraquel. *in præfat.*

de

*de retractu num.*25. Probatur verò sequela antecedentis; quia si causa legitima & sufficiens fuerit in ea alienatione, licèt non fuerit seruata solemnitas, cogetur Ecclesia stare contractui, saltem quamdiu non restituetur in integrum; atqui nondum consensit in eam alienationem; quia Ecclesia quæ persona mystica est, non præstat consensum nisi mediante voluntate eorum quibus id à lege commissum est, & eo modo, & forma, quibus id eis conceditur: quod si non faciant, non censetur Ecclesia sufficienter consentire, & tamen sufficienter & validè obligatur. Deinde habemus aperta iura, quæ eiusmodi alienationes irritant, & non tantùm irritandas esse decernunt. Nam *cap. sine exceptione* 12. *qu.*2. vbi prohibuit eiusmodi alienationem, ait, *Irrita enim Episcoporum venditio, & commutatio rei Ecclesiasticæ erit absque conniuentia, & subscriptione clericorum, quam ad eius solemnitatem requirit*; quibus verbis non tantùm irritandam dicit, sed ipso iure irritam facit. Quæ eadem Leonis verba refert Innocent. III. *in cap. tua. de his quæ fiunt à Prælatis*: eiusdemque Leoninæ constitutionis meminit caput *nulli*, ex Concilio Saluanectensi desumptum, *de reb. Eccles. non alien.* Innocent. IV. *cap.*4. *eod. tit. in* 6. decreuit decimarum alienationum, quia sine solemni tractatu facta fuerat, non valere, neque significat ante suum illud decretum validam fuisse. Clem. V. *Clement. monasteriorum, de reb. Eccles. non alienand.* vbi alienationes bonorum monasteriorum cum certa solemnitate faciendas præscripsit, addit si aliter fiant, *nec ex concessione ipsius recipienti ius aliquod acquiratur.* Sanè si nullum ius acquiritur recipienti rem aliquam sine præscripta solemnitate, inualida omninò sit oportet ea alienatio. Denique Paul. in celebri constitutione *Ambitiosæ*, sic edicit: *Si quis contra nostræ huius prohibitionis seriem de bonis & rebus eiusdem* (Ecclesiæ) *quidquam alienare præsumpserit, alienatio, hypotheca, concessio, locatio, condonatio, infeudatio huiusmodi nullius omninò sint roboris, vel momenti.* Neque dicas præscriptas fuisse has solemnitates, ne quod præiudicium fieret Ecclesiæ per alienationes, quod non fit quando datur legitima causa, tuncque cessat & prohibitionis causa, & ipsa prohibitio. Nam huius legis finis est, vt vitetur periculum fraudis in eiusmodi alienationibus aduersùm Ecclesiam committendæ, quod periculum semper existit, licèt reuerà non committatur vlla fraus; atque adeò perpetuò manet obligatio legis & eius finis subsistit.

Dices primò ita contrahentem cum Ecclesia posse stare contractui, si Ecclesia velit ipsum stare, quod pluribus ostendit Sarmiento 3. *part. de redditibus, cap.*2. *num.*18. igitur validus erat ille contractus.

Respond. negando consequentiam, quia licèt contractus ille sit inualidus, obligatur tamen à lege cum Ecclesia ita contrahens stare contractui, si Ecclesia velit illum ratum habere, in pœnam violatæ legis: quod etiam contingit in contractu minorum absque tutoris authoritate, aut decreto Iudicis facto, atque aliis quibusdam, quos claudicantes vocant: sibi enim imputet contrahens, qui omissa solemnitate præscripta, & violata lege contraxit cum Ecclesia alienante; scire enim potuit, & debuit firmum non esse illum contractum: imò neque validum, & tamen posse illum cogi ab Ecclesia stare contractui.

Dices secundò *in l. cum hi* 8. §. *eam transactionem, D. de transact.* Vlpianus refert transactionem super alimentis ex oratione Diui Marci, non aliter ratam esse quàm si fiat authore Prætore, subdit tamen Vlpianus, valere etiam sine decreto, si melioris conditionis per eam efficiatur alimentarius. Omissio igitur solemnitatis actus non impedit eius valorem, quoties actus vtilis est illi, in cuius fauorem fuerat inducta solemnitas: ac quod inde necessariò sequitur, vbi alienatio rei Ecclesiasticæ vtilior erit Ecclesiæ, eiusque conditionem meliorem faciet, valida erit, quamuis in illa fuerit omissa præscripta solemnitas. Hoc Vlpiani responsum Interpretes diu tenuit: varias interpretationes fusiùs affert & reiicit Sarmiento *cap.*2. *cit. à num.*8. ipseque tandem *n.*13. distinguit varios casus, quibus Ecclesia, minor, aliusue contrahere prohibitus nisi cum certa præscripta solemnitate, sine illa tamen contrahit. Primò enim quando Ecclesia non se, sed alium sibi obligat, tunc valet actus etiam non seruata solemnitate, quia reuerà illa non fuit introducta ad hunc casum: vnde §. *pupillus, instit. de inutilib. stipulat.* pupillus alium sibi obligare potest etiam sine tutoris authoritate, quod idem affertur *in princ. instit. de auth. tutor.* & *in leg. pupillus*, §.1. *D. de author. tutor.* & *in l. contra iur. ciuil. regul. D. de pactis.* Quare *in leg. non eo minus* 14. *C. de procuratorib.* sententia lata pro minore, etiam non legitimè defenso, valet, quia per eam sententiam non minor alij, sed alius minori obligatur, & vt ait *ibid.* Imperator Gordian *minoribus in damnis ætas subuenire, non in rebus prosperè gestis obesse consueuit.* Atque hic est casus de quo agit in illo §. *eam transactionem*, Vlpian. nihil enim erat in ea transactione per quod alimentarius obligaretur, sed alium meliori modo, quàm ex legato obligatus esset, sibi obligabat.

Neque dicas minorem sese obligasse, vt discederet à lite, id enim fert ipsa natura transactionis.

Resp. siquidem minorem cùm ipsi solueretur totum quod debebatur, atque etiam fortassis amplius, necessariò à lite discessisse, neque per eiusmodi transactionem sibi nouam hac in parte obligationem imposuisse, sed solutionem sibi commodam acceptasse, atque ad eam obligasse hæredem: quo facto necessariò à lite, quam ratione alimentorum intentare potuerat abstinuisse debuit.

Secundò potest Ecclesia, vel minor ita cõtrahere sine solemnitate, vt sese tantùm obliget, & non eum cum quo contrahit; qui actus reuerà nullus, & inualidus est, cùm ipsi damno sit, & careat tunc causa legitima, & vtilitate, tum præscripta solemnitate. Quare de hoc casu nulla controuersia moueri potest.

Tertiò Ecclesia, vel minor contrahunt contractu vtrinque obligatorio, siquidem se obligant illis quibuscum contrahunt, & eos vicissim sibi, vt contingit in venditionibus, permutationibus, locationibus, & aliis eiusmodi cõtractibus, in quibus est vltro citroque obligatio, vti definiebat aliàs Labeo. Tũc verò contractus sine solẽnitate celebratus nullus est, vt dixi, & Ecclesiam non obligat, quamuis illi sit vtilis; contrahentem tamen cum illa obligat si ipsa velit stare contractui, vti aliàs monuimus. Vnde vides solemnitatem non esse inductam in damnum, sed in vtilitatem Ecclesiæ, & minoris, vt ibi pluribus disputat Sarmiento. Anton. Faber *in citatum* §. *eam transactionem*,

ait eam tranſactionem de qua loquitur Vlpian. valere, non ob id ſolum, quod meliorem ſuam conditionem alimentarius fecerit, quaſi nihil alius inſpici oporteat, ſed quia meliorem ita fecit, vt tamen ab alimentorum præſtatione non ſit receſſum, id eſt, vt neque intercepta fuerint alimenta, neque imminuta, eamque fuiſſe mentem Diui Marci ſignificat Vlpian. cùm addit: *Noluit enim oratio, alimenta per tranſactionem intercipi.* Quare ſi quis pro alimentis futuris minoris æſtimationis, acciperet per tranſactionem fundum, quem prudens paterfamilias multò pluris æſtimaret, quàm legatum alimentorum, non valeret tranſactio ſine Prætore facta. Ea igitur tantùm valet per quam conſeruantur ipſa alimenta, quæ fuerunt relicta, mutatis duntaxat, ſed in meliorem conditionem temporibus ſolutionum. Hæc Faber. Ex quibus vides nihil ex illo Vlpiani reſponſo colligi ad aſtruendam validitatem alienationis factæ ſine ſolemnitate præſcripta, ſed cum legitima cauſa, & in euidentem vtilitatem Eccleſiæ, atque meliorem eius conditionem.

7 Reſtat itaque explicandum quænam ſit illa ſolemnitas in rerum Eccleſiaſticarum alienatione præſcripta.

Et primò quidem pro rebus mobilibus quæ ſeruando ſeruari nequeunt, nulla eſt præſcripta ſolemnitas, cùm nequidem earum alienatio vllibi prohibita fuerit, ſed potiùs permiſſa, vti omnes fatentur, & manifeſtè colligitur ex illis ipſis textibus, quibus aliarum rerum alienatio prohibetur.

Secundò idem dicendum eſt de alienatione rerum immobiliom nullius momenti, & modicarum, quæ permittuntur alienari *cap. terrulas* 12. *q.* 2. Neque ſanè debuit ita definiri rerum Eccleſiaſticarum adminiſtratio, vt pro modicis huiuſmodi rebus adhibendæ perpetuò forent ſolemnitates, quod ſæpius in præiudicium Eccleſiæ fieret, dum eius commodis ſeruire volumus. Quænam verò cenſendæ ſint modicæ eiuſmodi res prudentis arbitrio relinquendum eſt cum communiori DD. apud Ferdinand. à Caſtro *diſput. vn. punct.* 15. §. 2. *num.* 8.

Tertiò itaque in ſolis mobilibus pretioſis, quæ ſeruando ſeruari poſſunt, & in immobilibus alicuius momenti alienandis ſeruanda præſcribitur ſolemnitas. Primò quidem vt de eius alienationis neceſſitate vel vtilitate tractatus habeatur inter eos, quorum intereſt, vt in capitulo diſcutiantur ſcilicet, & expendantur rationes in vtramque partem *cap.* 1. *&* 2. *de his quæ fiunt à Prælatis ſine Conciliis. Clem.* 1. *de rebus Eccleſiæ non alienand. & cap.* 1. *&* 2. *eod. tit. & c. ſine excep.* 12, *q.* 2.

Sufficere porrò vnicom tractatum, neque opus eſſe plures ſæpius iterari, notarunt Couar. *lib.* 2. *variar. c.* 17. *n.* 1. Azor. 1. *part. lib.* 9. *cap.* 14. *q.* 4. & alij deinceps.

Secundò requiritur conſenſus Collegij, ſiue Canonicorum, ſi Eccleſia ſit Cathedralis, aut Collegiata; Religioſorum ſi ſit monaſterium; Clericorum beneficiatorum, ſit ſit Eccleſia Parrochialis plures habens beneficiatos, aut aſſociatos; at ſi nullos habeat, Rector id poterit cum aſſenſu Epiſcopi *cap.* 1. *de reb. Eccleſ. non alien. in* 6. Ita Sylu. *verb. alienatio, q.* 4. Vaſq. *de redditib. cap.* 2. §. 2. *n.* 42. Molin. *tract.* 2. *diſp.* 468. *conc.* 5. Bonac. *diſp.* 3. *de contr. q.* 8. *punct.* 4. *n.* 7. & alij. Hic verò conſenſus expreſſus, & non ſolùm tacitus eſſe debet, idcircò enim *cap.* 1. *de his quæ fiunt à prælat.* dicitur *Collaudatio*; & *cap. ſine exceptione* requiritur *conniuentia & ſubſcriptio Clericorum*; quæ poſtrema vox oſtendit conniuentiam illam non eſſe tacitum duntaxat conſenſum. In antiquis porrò exemplaribus legebatur *omnium conniuentia*, ſed inducta eſt vox *omnium*, quia aliis in locis in quibus eadem Leonis conſtitutio refertur, omiſſa fuit illa vox, & apud cæteros omnes Collectores Gratiano non inferiores, & apud Iuonem qui citat *ex Concil. IV. Carthag.* & in Panorm. *ex Concil apud Valentias*; pro conniuentia legitur *collaudatio*, vt & alibi, nullibi autem omnium conſenſus exigitur, ſed ſufficit ſi maior pars conſenſerit, vti in cæteris omnibus negotiis. Quinimmò ſufficere conſenſum ſeorſim à ſingulis præſtitutum, licèt in vnum non conuenerint, exiſtimarunt Sylu. Vaſqu. & Bonac. quod melius negant alij apud eundem Sylu. & Ferdin. à Caſtro. Nam ſeorſim ſinguli nō faciunt Capitulum, & ſatis apertè loquuntur iura cùm contractum, & conſenſum conuentualem requirunt. Non negarem tamen cum Panorm. *in cap. irrita, de his quæ fiunt à prælat.* ſi capitulum cogi nequeat propter bellum, aut aliam eiuſmodi cauſam, poſſe Prælatum alios Clericos ſubrogare, & cum iis de alienanda re conſulere. In ſocietate Ieſu nihilominus non eſt cogendum Capitulum, ſed ſufficit rem ſolito more tractari cum conſultoribus à Superiore, & haberi conſenſum Præpoſiti generalis ex conſtitutione Pij V. ann. 1566. & Gregorij XIII. ann. 1575. Vide Molin. *diſp.* 468. *n.* 4. Quod ſi quidpiam fiat in aliis Religionibus contradicente Capitulo, inualida erit alienatio *ex cap. irrita, de his quæ fiunt à prælat.* niſi deinde Capitulum ratum habuerit, quod ſe repugnante factum fuerit.

Tertiò requiritur ipſiuſmet Superioris conſenſus *cap. nulli, de rebus Eccleſ. non alienand. cap. ſine exceptione* 12. *quæſt.* 2. *cap.* 1. *&* 2. *de his quæ fiunt à prælat.* Qui Superior eſt Epiſcopus in Eccleſiis ſibi ſubiectis, in Regularibus exemptis Prælatus, cui plenè ſubiiciuntur, vt Abbas in Monachalibus, in Mendicantibus Prouincialis, in noſtra Societate ſolus Generalis. Ita Azor, Bonac. Vaſq. Molin. Ferdin. locis ſæpius adductis. Non poterit nihilominus iſte Superior ſine conſenſu particularis Rectoris illius Eccleſiæ, cuius bona alienantur, id facere, *cap. placuit* 12. *quæſt.* 2. ex Concilio Charthaginenſi, & *capit. ſi quis Epiſcopus* 10. *q.* 2. & *cap.* 1. *de rebus Eccleſ. non alienand.* Vbi & habetur, quod ſi illa Eccleſia careat Rectore, teneri Epiſcopum conſtituere aliquem illius Eccleſiæ defenſorem, qui partes Rectoris agat, & ſine illius conſenſu non poterit alienare. Vide Molin. & Bonac. locis citatis.

Quartò requiritur ſubſcriptio Clericorum in venditione, permutatione, & donatione, *cap.* 1. *de his, quæ fiunt à prælat.* Notant tamen Molina, Bonac. & alij cum Leſſio *libro* 2. *capite* 24. ſufficeret ſubſcriptionem nomine ipſorum, manu Notarij, quòd ita obtinuerit conſuetudo, cui ſtandum erit.

Quintò ex conſtitutione Pauli II. *Ambitioſæ*, requiritur conſenſus Sedis Apoſtolicæ, qui concedi non ſolet niſi priùs delegatis aliquibus in ſacra dignitate conſtitutis, qui de re tota diligenter inquirant, & vbi de vtilitate alienationis ipſis conſtiterit, nomine Sedis Apoſtolicæ conſenſum præſtent. Ille tamen conſenſus iure communi præſumitur datus elapſis tringenta annis ab alienatione facta, quia ex temporis longitudine præſumuntur omnia

legitimè

legitimè gesta fuisse, nisi aliud ex instrumento alienationis colligatur, Ita Mascard. *de probat. con.* 416. *num.* 1. Barbosa *de potest. Ep.* 3. *part. allegat.* 95. *n.* 72. & alij. In Gallia tamen, vbi probatur rem aliquam fuisse Ecclesiæ; neque constat quo titulo fuerit alienata, non præsumitur legitimè facta fuisse alienatio. Ita recentiores regiæ declarationes ferunt; itàque maius, vt vocant Concilium de rebus Ecclesiasticis iudicauit sæpius.

An verò consensus Sedis Apostolicæ suppleat cæteras omnes solemnitates, disputant plures. Mihi distinguendum videtur. Si enim ille consensus simul contineat relationem omnium aliarum solemnitatum præscriptarum, in quibus dispenset expressè Pontifex, sine dubio solus ille consensus sufficiet; cùm Pontifex in lege Ecclesiastica eiusmodi solemnitates præscribente dispensare validè possit; quod tamen facere non præsumitur, nisi id ipse exprimat, aut ex modo dandi consensum necessariò & euidenter idem colligatur. Consensus verò simpliciter datus à Pontifice non supplet defectum solemnitatum, quas omninò seruari vult & Ecclesia & Pontifex.

ARTICVLVS IV.

Quæstiones Consectariæ.

EX natura & legibus alienationis rerum Ecclesiasticarum hactenus traditis facilè fuerit singulares quasdam quæstiones explicare.

CONSECTARIVM PRIMVM.

An sacræ Reliquiæ possint alienari.

RAtio dubitandi est, quia pretio æstimari non solent; immò neque debent. Respondet Bonac. *tract. de alienat. qu. vn. punct.* 2. *num.* 32. non posse insignes reliquias aut muro inclusas absque Sedis Apostolicæ assensu alienari, eo quod illæ sint pretiosæ, & seruando seruari possunt. Itaque ferat stylus Romanæ Curiæ, quod testatur Riccius *decis.* 65. Addit nihilominus Bonac. contrariam consuetudinem valere, & præterea non subijci pœnis aduersùs alienantes bona Ecclesiastica latis, *in extrauag. Ambitiosæ*, quia illa agit duntaxat de bonis temporalibus pretio æstimabilibus, quales non sunt sacræ reliquiæ. Deinde prohibitionem de alienandis & extrahendis reliquiis pertinere quoque ad illas, quæ traditæ sunt alicubi sepulturæ, vt inde nunquam extrahantur; de quibus Sylu. *verb. reliquia*, & Arm. *verb. religio. n.* 4. atque Ricc. *loco citato.*

CONSECTARIVM II.

An incisio arborum sit alienatio prohibita.

DIximus articulo primo arbores solò adhærentes numerari inter immobilia, eo quod partes quædam fundi sint; vnde sequitur non posse nisi ab eo qui dominus est, alienari: atqui incisio arborum, ipsarum alienatio est. Cùm enim destruantur, & desinant esse quod erant, reipsa earum dominium abdicatur, siue amittitur, sicut destructa domo, eius dominium amittitur, atque adeò alienatur. Qui verò domum destruunt & vineam, æquiparantur cum eo qui arbores incidit *leg. eleganter* 7. §. *non solùm. D. de dolo malo.* Qui fundum vendidit, & dum tradidit, imposuit ei seruitutem, vel ædificia diruit, arbores excidit, vel extirpauit, eadem doli actione tenetur. Itaque minimè dubium esse potest quin excisio, & extirpatio arborum propria species alienationis existat. Quare cui prohibetur alienatio, illi quoque prohibetur arborum incisio & extirpatio, vt in vsufructuario concedunt omnes. Paulus *leg. sed si grandes* 11. *D. de vsufruct.* negat illum posse grandes arbores cædere, quare cùm alienatio rerum Ecclesiasticarum prohibetur, eo nomine prohibetur quoque arborum incisio, quæ propriissima species alienationis est, vti ostendimus. Videndum itaque superest, an omnes arbores incidi prohibeantur. 1

Et primò quidem obseruandum est, eam dici 2 arborem,

arborem, quæ & solo radices egit, & durioris ligni est, *l. vitem 3. & sequent. leg. 4. D. arborum furtim cæsarum*: quare quod solo infixum radices non egit, vt pedamenta, & trabes, arbores non dicuntur, neque earum auulsio, aut distractio alienatio erit. Deinde si quidpiam radices egit, sed tenerum est, & non coalescit in lignum, herba quidem est, & frutex, sed non arbor, *l. 4. citata*. Vites autem, oleæ, hæderæ arbores sunt, vt *l. 3. & 4. citata* disertè traditur.

3 Secundò obseruandum est alias arbores esse frugiferas, alias steriles, & infrugiferas, alias cædus, alias non cæduas. Cæduæ sunt quæ in hoc habentur vt cædantur, aut quæ excisæ ex stirpibus, aut radicibus repullulant. Primum illud ait Caius, secundum Seruius *in l. sylua. 30. D. de verbor. signif.* vbi syluam pro arbore capiunt isti Iurisconsulti, vt & Virgil. *in Georgic. Subit aspera sylua lapaque tribulique.* Sumitur etiam pro viridario, quod ex Horatio & Cicerone ostendit Cuiac. *lib. 10. obseruat. cap. 15.* Neque dissentiunt hi prudentes iuris; quæ enim syluæ in hoc habentur vt cædantur, reuerà succisæ ex stirpibus repullulant, vt salix, arundo, ormus, fraxinus, laurus, alnus, bætula, sambuccus, populus, æsculus, quercus, & aliæ similes, quæ ex stirpibus suis renascuntur, & à quibusdam dicuntur geminales arbores: stirpes earũ siue ferulæ, seu virgulta, quæ de radicibus pullulant, dicuntur germina. Dicamus igitur cæduas non esse arbores, nisi & ex stirpibus repullulent & simul in hoc habeantur vt cædantur, siue materiæ causâ, siue lignorum. Nam si in eum vsum sylua habita non sit, non erit cædua, vt si animi causa platanum, vlmum, fagum, fraxinum, elicem educaueris, si syluam antiquam, eamque glandariam habeam, quam nunquam cædere solitus sum, sed subulcis locare. Porrò inter hæc arborum genera discrimen est; nam fructiferas fructuarius non cædit, *l. æquissimum 13. §. 1. D. de vsufruct.* quia vt ibidem dicitur, non potest causam proprietatis deteriorem, sed meliorem duntaxat facere; non fruitur boni viri arbitrio, quare cauere fructuarius debet ne quid noui faciat quod statum & faciem rei immutet, *l. vsufructu 7. §. vlt. D. de vsufructu*: nam sie dum rem mutat vt fruatur, hoc ipso extinguit vsumfructum, & ius fruendi amittit, *l. vsufructuarius 44. D. eod.* Atqui nequit arbores frugiferas, aut grandes, non cæduas cædere, quin id faciat in perniciem proprietatis, adeoque quin ipse vsusfructus intereat, quasi alia re facta quam cuius vsusfructus erat constitutus, *l. 5. §. 1. D. quib. mod. vsusfruct. amittat. iuncta l. proponebatur 76. D. de iudic.* Qua eadem de causa si voluptuarium sit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas, atque amœnas habens, non debebit deiicere, vt fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad redditum spectat, inquit *l. 13. §. 5. D. de vsufruct.* Ratio est quia res non semper pretiosior fit, dum fit vtilior, quis enim voluptuarium eiusmodi prædium non pluris æstimet, quàm hortos olitorios, vel quid aliud ad redditum spectans. Quare non permittitur fructuario infructuosas illas arbores deiicere, cum cæduæ non sint: & illis auulsis loci faciem mutare: si tamen vetustate consumptæ, aut emortuæ essent illæ arbores, illis alias substituere licebit, & priores excisas sibi retinere, vt ait Paulus *l. agri 18. D. de vsufructu*: quia cùm si moriātur arbores, aut deciderint, non pereat vsufructus fundi *l. fundi 8. D. quib. mod. vsusfruct. amitt.* vt vsufructuarius boni viri arbitrio fruatur, debet ita frui vt proprietas non fiat deterior: quod tamen accideret si mortuis arboribus aliæ non substituerentur, faciunt enim fundum pretiosiorem, & vtiliorem. Pro eo tamen onere & incommodo quod subit fructuarius, ipsi conceditur, vt priores arbores emortuas iure dominij sibi retineat. Neque dicas arbores, quæ in demortuarum locum substitutæ sunt alias esse ab iis super quas vsusfructus fuerat constitutus, quia eodem prorsus iure censentur cum iis in quarum locum sunt subrogatæ; quia subrogatum sapit naturam eius, cui subrogatur, *l. si enim 10. §. qui iniuriarum. D. si quis cantion. l. sed quod inde 71. D. de legat. 3.* Quod si vi ventorum deiectæ fuerint arbores, non tenebitur fructuarius alias substituere, ideóque neque priores ad eum pertinent, *l. arboribus 12. & l. arbores 59. D. de vsufructu*, sed ad dominium. Ratio est quia quod ex re mea superest, meum est, & eius vindicandi ius habeo, *l. solum 49. D. de vindic.* Atqui arbores auulsæ, aut vi ventorum deiectæ, quas fructuarius suo iure cedere non potuisset, nunquam fuerunt in fructu, sed ad proprietarij dominium & ius pertinebant, in eoque nunc remanent, quia sunt ex re eius, ab eoque vindicari possunt. Poterit tamen fructuarius ad vsum suum & villæ fructuariæ eas sumere, vt ait *l. arboribus*, quia syluâ integra, potuisset ex illa cædere in vsum vineæ, aut villæ, modò non faceret deteriorem syluam, vt ait Pomponius *in l. ex sylua 10. Digest. de vsufruct.* In quibus omnibus vides seruari æquitatem, cùm neque vsufructuarius omni commodo vsusfructus priuetur, neque proprietarius lædatur: poterit & eas succussas vi ventorum extra agrum ponere, sumptu tamen proprietarij, si eiusmodi arbores incommodiorem reddant vsumfructum *l. Proculus 19. §. 1. D. eod.*

Cæduis verò syluis vti potest fructuarius, & illas cædere, sicut paterfamilias cædebat, vel per frondatores decutere, pedamenta conficere in vineam *ex citat. l. ex sylua cædua*, quia potest ea res augere vineæ fructum sine detrimento syluæ, & fructuario indulgendum est, quod sine dispendio proprietarij futurum est, argumento *l. in creditore 58. D. de euiction.* Addit Accursius ad eam *l.* & Alciat. *in l. 30. D. de verbor. significat.* fructuarium posse pedamenta ex sylua cædua, etiam ad vendendum conficere, quod negat Anton. Faber, eo quod Pomponius ea pedamenta confici permittat *in vineam*: neque nouum est in iure, aliquo casu fructuarium non plus habere iuris quàm simplicem vsuarium, quod non negat Accursius ex *leg. quoniam 10. §. 1. D. de vsufruct. earum rer. quæ vsu consum.* 4

Ex sylua non cædua non poterit fructuarius grandes arbores cædere, etiam ad necessitatem vineæ *l. sed si grandes 11. D. de vsufruct.* quia sylua non cædua nullo modo est in fructu, nec possunt grandes arbores cædi ex sylua non cædua, quin fundus ipse deterior fiat, quod nunquam est permittendum. Præterea, quæ voluptatis causa habentur, eam decussa coma amitterent. Grandes arbores aliqui intelligunt, quæ in sylua cædua relinquuntur, nec vnà cum cæteris amputantur. Alij volunt esse, quæ deacuminationem quam Græci [illegible] vocant non ferunt, vt picea, pinus, abies

abies, palma, quibus alij addunt cupressum & cedrum. Alij denique grandem arborem dicunt, quam Græci ἀξιολογώτατον, videlicet prægrandibus ramis ordinatis, paribusque numero, qualis fraxinus, sorbus, picea. Ita Alciat. *loc. cit.* atque his obseruatis.

5 Ad quæstionem propositam respondeo primò grandiorum arborum non cæduarum, siue frugiferæ, siue steriles sint incisionem prohiberi in fundis Ecclesiasticis, quia cùm iam docuerimus *n.* 5. incisionem arborum alienationem quandam esse, prohibita alienatione incisionem quoque istam prohiberi necesse est, maximè cùm arbores grandiores, vti ostendimus initio, inter immobilia recenseri soleant.

6 Aio secundò minores arbores, siue arbusculas incidi posse: tum quia, vt monui, nomine arborum non censentur in iure, tum quia vti sapienter argumentatur Rebuff. cùm terrulas alienare permittant Canones, idem sine dubio concedent in arbusculis, cùm in æquiualentibus eadem sit ratio *l.* 1. *D. de legat.* 1. Debent porrò istæ tum terrulæ, tum arbusculæ exigui esse pretij, & earum alienatio vtilis Ecclesiæ, atque arbuscularum incisio fundo esse proficua.

7 Aio tertiò arborum cæduarum licitam esse incisionem, cùm eiusmodi arbores cæduæ dicantur, quia ad hoc habentur, vt certo tempore cædantur, vti diximus ex *l. sylua* 40. *D. de verbor. signif.* & totus earum fructus est in lignatione, vel cæsione ipsarum: non est tamen licita illa cæsio nisi certo tempore, quantitate, & modo, ne videlicet quolibet tempore, & antequam ad certam altitudinem peruenerit aut tota sylua cædatur, aut eo modo, vt non possit ex eadem radice germinare, siue in eundem vel æquiualentem statum repullulare; alioqui tota sylua facilè breui periret, essetque illa incisio destructio arborum, & propria alienatio, quod nuper monebamus. Vide Alciat. & Rebuff. *in cit. l. syua.*

8 Aio quartò omnibus vsuariis & vsufructuariis atque aliis qui fundū aliquē possident, vel administrant aliter quàm iure proprij dominij, Iure Ciuili prohiberi arborum incisionem, modo hactenus explicato, quia ipsis duntaxat permittitur illarum arborum vsus, vti in notatis obseruauimus, estque euidens ratio; incisio siquidem illarum arborum, est ipsarum destructio, qua tenentur qui domini rei nō sunt, abstinere: nam maxime proprius dominij actus est rei destructio, quod tot. D. de vsufructu supponitur, vbi & DD. consulere licebit.

9 Aio quintò prohiberi lege naturali & Ecclesiastica beneficiatiis omnibus incisionem arborum in prædiis, quæ vel vt Titulares, vel vt Commendatarij, vel vt Rectores, & quocumque alio titulo administrationis possident; & de iure quidem naturali statim apparet, cùm illud prohibeat in re non sua, & cuius aliquis dominus non est, exercere actum, qui solus est proprius dominij. Atqui beneficiarij non sunt, vti supponimus, domini beneficiorum, sed fructuum duntaxat; non poterunt igitur beneficij arbores incidere, cùm eiusmodi incisio sit ipsarum, vt monebamus, destructio, quæ proprissimus dominij actus existit. Neque dici potest hos beneficiarios esse dominos arborum; cùm enim illæ radicibus solo inhæreant, non modò, quod obseruauimus, quid immobile sunt, sed partem quoque immobilem prædij beneficialis constituunt. De lege Ecclesiastica dubium etiam esse nequit, cùm illa dicat beneficiarios non sui beneficij dominos, sed vsufructuarios duntaxat esse, vti habet glossa communis *in cap. ex litteris, de probation.* & *cap. final. de peculio clericor.* & habetur *cap. relatum 2. de testibus:* probatque fusiùs Redoan. *de spoliis q.* 1. Nauar. Sarmiento, & Marsil. Columna *de redditib. Eccles.* & nos alibi *vbi de dominio.* Deinde ipsamet Ecclesia disertè prohibet istis Prælatis alienationem rerum Ecclesiasticarum, igitur prohibet quoque incisionem arborum, de qua disputamus, cùm vera sit alienatio.

Dico sextò ex hactenus dictis colligi quid li- 10
ceat beneficiatis, & Prælatis siue regularibus, siue sæcularibus circa arborum incisionem; nempe non aliud quàm vsuariis & vsufructuariis, & omnem actum absoluti dominij circa prædia Ecclesiastica, atque illius partes immobiles, quales sunt eiusmodi arbores, illis vitandum esse, ac proinde minorem hac in parte illis potestatem tribui, quàm administratoribus, & tutoribus, qui do bonis pupilli disponere possunt in euidentem ipsius vtilitatem, & arbores eius prædij incidere, si ita conducat; quia sacri Canones dum beneficiatis alienationem rerum Ecclesiasticarum prohibent, facultatem illam iisdem negant, tutoribus alioquin concessam, & quibuscum alioqui comparantur beneficiati à Glossa *in capit. auditis, de in integrum restitut.* & pluribus habet Redoan. *de spoliis n.* 21. hinc sequitur.

Primò si beneficiatus alias arbores excidat, 11
quàm eas quarum incisio ad fructum & prouentum beneficij pertinet, peccat contra iustitiam, tenetur ad restitutionem, & pœnas latas contra alienantes bona Ecclesiastica incurrit, ideóque si hæderam, aut quercum ad prædij amœnitatem comparatam excidat stirpitùs, peccat omninò, quia vti nuper referebamus, domum destruens, & arborem non cæduam incidens æquiparantur *in l. eleganter, §. seruus. D. de dolo.*

Secundò non poterit incidere arbores, & in 12
vtiliores mutare peruertendo faciem fundi: v.g. syluas in vineas, aut agros, quercetum in oliuetum. Ita Filluc. *tractat.* 44. *cap.* 4. *quæst.* 14. quia prohibetur permutatio rerum Ecclesiæ propria authoritate, licèt fiat in euidentem vtilitatem. Igitur & prædij ac fundi ista mutatio: nam si permutatio syluæ cum oliueto præsenti licita non est, multò minus licita erit cum oliueto futuro, & quod est in incerta tantùm spe. Deinde tota ista permutatio est verus actus dominij in prædium, qui fieri nequit ab eo qui non est dominus. Peccabit itaque, sed non obligabitur ad restitutionem, si oliuetum v. g. in quod mutat quercetum, pluris æstimetur: sed si non seruauerit formam alienationi præscriptam, incurret pœnas contra malè alienantes.

Tertiò arbores fundo noxiæ, si tamen sunt aliun- 13
de magni valoris non poterunt incidi absque solemnitate præscripta alienationi, qualis est ista incisio. Neque enim sufficit sola legitima causa, cuiusmodi est euidens vtilitas, nisi accedat præscripta solemnitas ad iustam & validam alienationem. Si verò huiusmodi arbores sint exigui valoris, & nocumentum quod afferunt nullo alio emolumento compensetur, exscindi poterunt: si verò nocumentum illud quod casuale non est, sed præuideri potuit, alio commodo compensetur, non poterunt exscindi: v. g. platanus latè diffusa ad loci alicuius amœnitatem plantata fuit, experimur deinde opacam eius vmbram vitibus aut

herbis nocere, non poterit tamen rescindi, quia & nocumentum illud præuideri potuit, & commodo amœnitatis, propter quam fundus pluris æstimatur, suppletur. Neque dicas hunc beneficiarium non magni facere illam amœnitatem, quam alius procurabat, & malle vites atque prouentum ex vino. Nam id est omninò per accidens, neque ex diuersa beneficiatorum voluntate pendere debet ista rerum beneficij alienatio, aut prædiorum ipsius in alium statum & faciem mutatio: alioqui nihil certi haberemus in hac controuersia, & continuò res & prædia beneficiorum peruerterentur pro libidine beneficiatorum.

Consectarium III.

De bonis quæ sunt donata Ecclesiæ cum facultate, aut cum prohibitione ea alienandi, aut cum conditione caducitatis.

De prima conditione facultatis alienandi. 1.
De prohibitione alienandi. 2.
De conditione caducitatis si alienetur. 3.

Bona quæ donantur Ecclesiæ, vel ab illa quopiam alio modo legitimo comparantur, aliquando simpliciter acquiruntur, aliàs affecta sunt quibusdam conditionibus, quas præscribunt illi qui ea donant, aut vendunt, aut quas Ecclesia quæ illa comparat sibi reseruat. Eiusmodi verò conditiones, de quibus hoc loco controuerti potest, sunt præcipuè tres. Prima vt ea bona pro arbitrio Rectoris Ecclesiæ, prout ad vtilitatem Ecclesiæ fuerit possint alienari. Seconda, vt nunquam possint alienari. Tertia vt si alienetur res donata, eo ipso caduca fiat, & redeat ad donatores, vel eorum hæredes. Quæritur quid in his conditionibus faciendum sit.

1 Quoad primam conditionem, qua libera facultas fit Ecclesiæ à donatore suæ rei, vt illam pro suâ voluntate alienet, negant communiter DD. eam alienationem posse fieri absque solemnitate consueta & præscripta: quia cùm per eiusmodi donationem res donata facta fuerit Ecclesiæ, & vt loquuntur, illi incorporata, conditio illi apposita cùm illicita sit, seruanda non est, & haberi debet pro non apposita, quandoquidem à iure reprobatur, quod vult in alienatione rerum Ecclesiasticarum certam formam quam præscribit, seruari: quamuis enim quilibet possit quas libuerit conditiones rei suæ, de qua disponit, apponere, facere tamen non potest vt in sua dispositione leges locum & vim non habeant, *l. nemo potest* 55. *D. de legat.* 1. *Nemo potest in testamento suo cauere ne leges in suo testamento locum habeant.* Ideoque non poterit prohibere insinuationem testamenti, si ea ex statuto requiratur, vti colligunt DD. neque etiam prohibere liberos præsertim primi gradus, quominus detrahant quartam Trebellianicam *l.* 9. *C. ad S. C. Trebellian.* eosque sine iusta causa legitima defraudare. Non potest dominus remittere fructuario cautionem de non fruendo arbitrio boni viri *l.* 1. *C. de vsufruct.* quamquam Cuiac. aliud existimet argumento *l. vlt. C. arbit. tut.* Non poterit in præiudicium creditorum etiam creditori remittere confectionem inuentarij, *l.* 1. §. 1. *C. de iure delib.* Non poterit prohibere quominus hæredes in perpetuum hæreditatem diuidant, nec legatario potestatem facere propria authoritate, possidente hærede res legatas, capiendi legati, quæ & alia plura colligunt DD. ex allata *l. nemo potest*, quorum omnium ea ratio est, quod nullus priuata sua authoritate possit legibus derogare, & facere vt dispositiones, quas illæ inualidant, nisi certo modo & conditione fiant, validæ nihilominus existant absque illis conditionibus, aut cum contrariis celebratæ. Igitur neque donans suas res Ecclesiæ cum libera facultate eas alienandi, facere potest, vt in ea alienatione non requiratur solemnitas à iure præscripta. Ita sensit Couar. *in cap. tua, numero* 6. *de testibus*, & alij. Illa igitur conditio à donatore apposita, id solùm operabitur vt ad illius rei legitimam alienationem non requiratur alia causa, quàm quia ita commodum videtur Rectori Ecclesiæ, licèt seruanda sit solemnitas imperata. Intelligerem tamen hanc communem sententiam de rebus ita donatis, vt statim ipsa donatione simpliciter & absoluè fiant res Ecclesiæ, cui sunt vnitæ, & incorporatæ, à qua proinde diuerti non debent, neque possint sine solemni modo: nam si ex intentione donantis & Ecclesiæ acceptantis non vniantur simpliciter & absolutè Ecclesiæ, sed secundùm quid, siue cum restrictione aliqua, nempe quamdiu Rector voluerit eas vnitas esse ad illius Ecclesiæ commodum, quod intendit donans; existimarem eo casu non requiri præscriptam solemnitatem, quæ non spectat nisi veram & propriam atque absolutam vnionem rerum quæ alienantur, quæ hoc loco non contingeret: ea enim supponit simplicem, & absolutam vnionem rerum quæ alienantur, quæ non fuit hoc loco; quia illæ res neque donatæ, neque acceptatæ fuerunt vnquam vt simpliciter fierent Ecclesiæ, sed solùm quamdiu ita videbitur acceptanti, aut eius successori. Fit igitur hæc vnio dependenter à voluntate Ecclesiæ, estque vnio non simpliciter, sed in pendenti, quidquid secus sentiat Delugo *lib.* 3. *respons. dubie* 10. *n.* 11.

Quoad secundam conditionem appositam rei donatæ vt illam nunquam liceat alienare; respondent Sylu. *verb. alienatio, quæst.* 18. Azor. 2. *part. libro* 9. *capite* 2. *quæst.* 8. vbi Hostiens. Innoc. Archidiac. & alios allegant, posse nihilominus rem eiusmodi alienari iustis ex causis, aliisque omnibus necessariis seruatis; quia ea conditio tanquam turpis, habetur pro non adiecta. Nihilominus si illam Ecclesia volens acceptasset & iurasset, ea sine dubio teneretur, nisi eo casu in quo locus esset laxandi iuramenti, & explicandi mentem donantis, qui Ecclesiæ commodum sua donatione curare voluit, qui casus infrequens omninò erit: nam quid incommodat Ecclesiæ seruare rem sibi donatam, si sine impensa id præstare possit, potueruntque esse legitimæ causæ donanti cur rem suam voluerit perpetuò manere in Ecclesiæ dominio, alioquin suos successores ea non priuasset. Præterea ita eum Ecclesia contraxit. 2

Tertia conditio, vt si res alienetur, caduca fiat, & redeat ad donatoris hæredes, eodem modo explicatur ab Azorio quo prior. Mihi quoque videtur in ea distinctione vtendum; nempe non posse alienari absque caducitatis pœna, nisi vbi ex vrgentissima causa poterit Ecclesia donatoris voluntati derogare, qui casus nescio an aliquando contingat. Debebit tamen donantis, aut successorum voluntas exquiri, vt in quibusdam aliis, si id fieri potest. 3

Consect.

CONSECTARIVM IV.

An res data monasterio incapaci dominij circa res immobiles, possit ab illo alienari.

COncedit posse, & debere alienari Rebuff. *in compend. alienat. num.* 23. Abbas, Felin, Antonin. quos & alios refert ac sequitur Sanch. *lib.* 7. *in decalog. cap.* 26. *numer.* 30. & *cap.* 27. *numer.* 18. Lezan. *tom.* 1. *cap.* 10. *num.* 4. Diana *part.* 5. *tract.* 13. *miscellan. resolution.* 6. vbi & habet declaratio congregat. Interpret. S. Conc. Trident. Filluc. *tr.* 44. *cap.* 4. *quæst.* 26. qui addit intelligendum id etiamsi donator prohibuerit alienationem. Ratio est quia cùm voluerit donator illi Ecclesiæ vel monasterio fauere, & eius commodis prodesse illa sua donatione, id facere non potuit nisi res donata cadat in illius commodum, quod contingere non potest nisi vel ab ea Ecclesia non retineatur, & possideatur, quod ipsi non licet, vel in eius commodum alienetur, quod prohibere nō potuit donator. Censebitur siquidem ea conditio turpis; ac proinde pro non adiecta. cùm obliget monasteriū ad quidpiam contra sui Instituti leges committendum. Si tamen donator expressè cauisset, vt si res immobilis donata non posset ab illo retineri propter peculiares suas leges, indonata existeret, & ad se, vel suos hæredes statim eo ipso rediret; non posset alienari, sed dissoluta donatione, quæ non fuit vnquam absoluta, cùm penderet à conditione etiam præsenti, maneret in dominio donantis, & successorum, à quo reipsa non abiuerat, vt vides.

Addit Ferdinand. à Castro *tr.* 12. *disp. vn. punct.* 15. §. 1. *numer.* 13. probabile videri rem mobilem pretiosam, & quæ seruando seruari possit, legatam aut donatam eiusmodi monasterio incapaci retinendi dominium rei immobilis, posse ab illo alienari; quia cùm prohibitio alienandi rem mobilem pretiosam, & quæ seruando seruari possit, fiat ea solùm de causa, quòd in iure res illa, licèt mobilis, inter immobilia tamen censeatur, si tale monasterium res immobiles sibi donatas, aut legatas alienare possit, cur non poterit, & mobiles istas, quæ immobilium loco censentur, quod enim donata, aut legata fuerit ea res, non obligat monasterium ad illam perpetuò retinendam. Existimarim nihilominus cum Riccio *resolut.* 53. *numer.* 5. & Barbos. *de potest. Ep. allegat.* 95. *num.* 59. Lugo *lib.* 3. *respons. dub.* 9. *n.* 8. hæc mobilia donata monasterio vendi & alienari non posse in sustentationem Religiosorum, nisi in ipsa donatione id permissum fuerit à donantibus, aut talem fuisse eorum animum probabilis coniectura sit: estque euidens ratio, quia cùm hæc mobilia sint iam vnita, & vt loquuntur incorporata monasterio, vel Ecclesiæ, non magis ab illa propria authoritate, & sine debita solemnitate diuelli possunt per alienationem, quàm immobilia alicui eorum dominij capaci incorporata. Quare aperta est inter immobilia & mobilia ista pretiosa, differentia, propter quam Ecclesia, & monasterium, de quo agimus, poterit immobilia sibi donata alienare, eo modo quo diximus, & non poterit mobilia pretiosa; quia priora illa retinere non potest, neque eorum sibi dominium acquirere, quæ proinde nunquam fieri possunt eius monasterij, illique incorporari. At verò mobilia pretiosa retineri possunt ab eo monasterio, quod illorum fit dominus: dum igitur illa alienabit, rem verè Ecclesiasticam alienabit, ac proinde peccabit contra legem prohibentem alienationes eiusmodi mobilium sicut & immobilium. Neque dicas dari monasteria quæ nullum dominium etiam rerum mobilium comparare sibi possunt, sed solùm vsum facti: Nam non poterunt hæc alienari sine facultate domini illorum, quisquis tandem ille sit, alioqui alienabuntur inuito domino. Permittit quidem is dominus vsum illorum monasterio isti, sed non destructionem, nisi earum rerum, quas ipso vsu destrui & consumi necesse est, non verò illorum quæ seruando seruari possunt, qualia sunt mobilia, de quibus agimus, quæ per plures annos vix vsu frequenti tantisper deteruntur. Quæ omnia veriora erunt in Ecclesia, quæ aliunde habet plura commoda, & faciles vias quibus suæ necessitati vrgenti, & breuiori temporum iniquitati possit occurrere: non enim poterit hac authoritate, atque solemnitate præscripta rem eiusmodi mobilem pretiosam alienare, potius quàm aliam immobilem, quæ minoris fortassis momenti, & pretij foret.

Hinc colliges quid sentiendum sit de illo Religiosæ communitatis Superiore, qui vrgente aliqua inopia quam belli calamitas induxerat, vt miserorum & pauperum necessitatibus prouideret ornamenta pretiosa Altaris, quæ magna curâ diutiùs seruata fuerant, distraxit, cùm tamen facile illi foret alia impendere, & illa communitas tum mobilibus aliis, tum immobilibus abundaret, & magnis prouentibus augeretur, licèt aliquantulum fuissent iniquitate temporum imminuti, cum certissima tamen spe, quod euentus ipse docuit, non modò illos recuperandi, sed etiam ferè altero tantò augendi. Viderint quorum intererat hanc controuersiam examinare: mihi non dubium est Superiorem istum malè omnino hæc ornamenta & vestes Altarium alienasse, atque pœnas contra malè alienantes incurrisse, quod ex hactenus disputatis necessariò & euidenter colligitur.

CONSECTARIVM V.

An in cessione iuris seruandæ sint solemnitates alienationis, siue an cessio iuris sit alienatio prohibita.

De iuribus iam quæsitis. 1.
De iuribus quærendis. 2. & 3.
An possit Ecclesia legatum sibi relictum non acceptare. 4.
An hæreditatem. 5.
An repudiare oblatam pecuniam. 6.
De acceptatione legati cum animo illud alienandi. 7.

QVædam iura quæsita iam sunt Ecclesiæ, quædam alia sunt duntaxat acquirenda, & nondum quæsita: & quidem quod attinet ad priora illa iura iam quæsita Ecclesiæ, certum est illa non posse alienari absque causa, & solemnitate præscripta, quandoquidem inter immobilia censentur; imò & expressè prohibentur in iure alienari, sicuti & nomina, & actiones, vti nuper ostendimus. Quare tota difficultas est circa iura acquirenda, & nondum quæsita: sunt autem illa duplicis generis. Quædam enim ipso iure, & ipso facto absque vllo nouo actu Ecclesiæ, vel Rectoris ipsius fiunt illius: 1

sic legata dicuntur mortuo testatore fieri legatarij ipso iure, licèt nondum ab illo apprehendantur *l. huiusmodi* 84. §. *Stichum. D. de legat.* 1. *l. à Titio* 84. *D. de furtis*, atque alibi: quod pluribus probat Benedict. *in capit. Raynaldus*, §. *si absque liberis* à *n.* 250. *de testament.* Quædam alia iura non acquiruntur nisi medio aliquo facto eius cui acquiruntur: v. g. hæreditas non acquiritur hæredi, neque illius fit ante aditionem: neque res donata fit donatarij ante donationis acceptationem. Ex hac iurium acquirendorum diuersitate fit, vt cessio illorum varia quoque & diuersa sit: nam cessio iuris quod ipso iure acquiritur alicui, sine nouo eius aliquo actu, est vera iuris eiusmodi alienatio; quandoquidem ius, & res quæ iam facta fuerat alicuius, ab eo reiicitur, & fit aliena per eam cessionem. At verò quando ius acquiritur tantùm posito nouo ipsius acquirentis acto, si ille non ponat actum illum necessarium ad iuris eiusmodi acquisitionem, ac proinde tale ius ad alium transeat, non est propria cessio, neque alienatio, sed non acceptatio, & repudiatio; etiamsi in gratiam alterius ad quem tale ius peruenturum est, non accepterur. Ex quibus sequitur vlterius.

3 Facilè solui quæstionem positam, nimirum in cessione iuris acquirendi requiri solemnitatem alienationibus rerum Ecclesiasticarum præscriptam, quoties illa cessio erit iuris, quod in Ecclesiam sine vllo eius actu quæsitendum est; quia ius illud non tam quærendum est, quàm iam verè quæsitum, illiusque proinde cessio, est, vti ostendimus, vera alienatio, & fieri non potest per solum non actum, aut non acceptationem Ecclesiæ, cùm neque acceptationem, neque vllum alium actum Ecclesiæ requirat, vt ipsi acquiratur, & illius verè fiat: quare necessaria est ad huiusmodi cessionem positiua repudiatio, vel quis alius actus, quo ius illud ipso facto acquisitum Ecclesiæ transferatur in quempiam alium, cùm ex ipso iure non transeat, nisi posita Ecclesiæ, cuius factum fuerat, translatione, vel cessione positiua, quæ sine dubio vera est alienatio, vt vides.

At verò cessio iuris acquirendi ab Ecclesia aliquo suo actu ad id necessario, & nondum posito, non requirit solemnitatem in alienatione seruandam; quia ea cessio reuerà non est alienatio, sed solùm non acceptatio, neque Ecclesia transfert suum ius in alium, sed solùm sibi non acquirit, vel poterat, illud non acceptando, aut non ponendo actum necessarium ad illam acquisitionem, quæ est repudiatio iuris tantùm negatiua, quamuis dicat Ecclesia se nolle acceptare, seque repudiare, quia isti actus æquiualent duntaxat non acceptationi, neque quidpiam amplius operantur, & qui deinde tale ius ab Ecclesia non acceptatum, & repudiatum acquiret, illud non accipiet ab Ecclesia suum ius in ipsum transferente, sed ex alio quopiam capite, ex quo ipsi competit, Ecclesiâ illud vti poterat, non acceptante: in quo toto processu nulla fingi potest alienatio. Ex quibus singulares aliquas difficultates explicabis.

4 Quæritur enim in primis an Ecclesia possit legatum sibi relictum non acceptare, eaque non acceptatione illud cedere hæredi ad quem sine dubio deueniet. Negant Molina *tract.* 2. *disp.* 468. *num.* 10. Barbosa *de potestate Episcop. alleg.* 95. *n.* 54. Lambertin. *de iure patronat. lib.* 3. *quæst.* 9. *artic.* 1. *numero* 31. Appendix 3. Filluc. *cap.* 5. *quæst.* 28. quia legatum transit ipso iure post mortem testatoris in dominium legatarij, neque expectanda est aditio hæreditatis, vti iam monuimus, idque verius est in legatis Ecclesiæ factis: nam transeunt ad Ecclesiam etiam sine traditione, eximio quodam priuilegio *ex l. fin. C. de sacros. Eccles.* Deinde pupillus nequit repudiare fundum sibi legatum; quia rem suam nequit alienare *l. magis puto* 5. *D. de rebus eorum*, &c. vbi Vlpian. §. 8. sic habet. *Fundum autem legatum repudiare pupillus sine Prætoris authoritate non potest, esse autem & hanc alienationem cùm res sit pupilli, nemo dubitat.* Repudiatio igitur legati ex Vlpiano, quædam alienatio est, quod dici nequit, nisi legatum iam factum fuerit legatarij.

Hanc tamen legati repudiationem non esse propriè alienationem, ac proinde posse fieri ab Ecclesia sine præscriptis solemnitatibus contendunt Sanch. *lib.* 7. *de matrim. disp.* 4. *num.* 12. & *libro* 7. *operis moralis, cap.* 6. *num.* 4. Azor. 3. *part. libro* 9. *cap* 1. 11. 12. Bonac. *disp.* 3. *de contractibus, quæst.* 8. *punct.* 4. *num.* 38. Ferdinand. à Castro *tract.* 12. *disp. vn. punct.* 15. §. 1. *num.* 11. In primis quia ius illud legati nondum est absolutum, sed conditionatum, pendens à voluntate legatarij illud acceptantis, aut non acceptantis, sed repudiantis, ex eaque repudiatione colligit Vlpian. nunquam nostrum fuisse *l.* 1. §. 6. *D. si quid in fraud. patron.* vbi enim retulit Iuliani sententiam *ex lib.* 26. *digestorum*, si libertus patroni fraudandi causâ hæreditatem non adierit, vel legatum repulerit, Fauianam cessare, subiungit: *Quod mihi videtur verum, quamuis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cùm repudiatur retro nostrum non fuisse palam est.* Ad id autem quod pupillo non magis liceat repudiare legatum, quàm alienare, vti referebamus; respondet & Sanch. *citata disp.* 4. *num.* 12. & Anton. Gomes. *lib.* 2. *variar. cap.* 14. *num.* 14. pupillo non alienationem modò, sed & lucri omissionem fuisse prohibitam, non verò Ecclesiæ, quæ potest non lucrari. Deinde ille pupillus iam acceptarat legatum: cùm igitur legatum nondum sit legatarij, nisi illud acceptarit, iusque ad illud sit reuocabile, & imperfectum, pendensque à tacita conditione, si placuerit legatario; non censetur esse ius immobile, neque in bonis, aut inter bona legatarij; neque etiam legatum transit ad Ecclesiam nisi reuocabiliter ante eius acceptationem; quæ omnia confirmantur, quia si repudiatio esset alienatio, debitor repudians legatum diceretur alienare in fraudem creditorum, quod tamen expresè negat Vlpian. in *l. quod autem* 6. §. 4. *D. quæ in fraud. creditor.* vbi & Iulianum allegat. Denique repudiationem non esse alienationē, vbi est tantùm non acquisitio, tradit Paulus *in l. alienationis* 28. *D. de verbor. signif. Qui occasione acquirendi non vtitur, non intelligitur alienare, veluti qui hæreditatem omittit, aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur.* Vt itaque repudiatio sit alienatio, debet esse rei iam acceptatæ, & iam suæ, & non acquirendæ. Sapienter igitur Molin. *in consuetud. Paris.* §. 22. *num.* 133. antiquæ editionis, quod dicitur *l. fin. C. de Sacros. Eccles.* dominium eorum quæ donantur, vel legantur Ecclesiæ rectà ad illam transire; interpretatur, si illa velit acceptare; alioquin eo beneficio abstinere potest, & illud repudiare, cùm nolenti benefacere non possis.

Quæres secundò, an Prælatus possit hæreditatem Ecclesiæ delatam mortuo testatore repudiare, siue non acceptare. 5

Respond. ex hactenus disputatis id posse, cùm hæreditas illius non fiat, nisi per aditionem: vnde aliqui, licèt negent posse repudiare legatum, id

tamen

tameo de hæreditate fatentur, quòd existiment legatum fieri legatarij, etiam ante eius acceptationem; quod de hæreditate nullus dixerit.

6 Quæres tertiò an superior, aut Ecclesia possit sibi oblatam pecuniam, aut quidpiam aliud repudiare, & non acceptare.

Resp. posse, cùm per eam donationem, & oblationem res donata & oblata nondum fiat Ecclesiæ, sed requiratur acceptatio, quam potest non facere absque alienatione, quia res illa nondum est Ecclesiastica, quamuis talis euadere possit, si Ecclesia illam acceptare velit. Itaque in his omnibus casibus Prælatus per hanc repudiationem non incurret pœnas latas contra malè alienantes; an verò peccet non acquirendo Ecclesiæ, vti poterat, non disputo modò, locus enim commodior erit vbi de dominio. Sanè si res quæ repudiatur sit magni momenti, & absque graui ratione Prælatus illam repudiet, peccabit; immò, & aliquando ad damnum resarciendum tenebitur; quod obseruat Redoan. *de spoliis q.2. & 3. n.60. & q.22.n.57.q 76. numer.* 31. sicut debitor qui in fraudem creditorum repudiat legatum, licèt ea de causa conueniri non possit in foro externo; nihilhominus sæpè peccat.

7 Quæritur quartò an Ecclesia, vel eius Rector possit acceptare legatum rei immobilis sibi relictum cum animo illud alienandi, quia quamuis possit illa Ecclesia bona immobilia possidere, istud tamen immobile illi donatum aut legatum vtiliùs vendetur, quàm ab illa retinebatur propter varias causas. Proponit hanc difficultatem Lugo *lib.4. responsor. moralium, dub.*31. circa immobile relictum alicui nostræ Societatis Collegio, & cum animo alienandi accepto à Generali; aitque in primis *num.*2. non apparere cur sit necessaria acceptatio P.Generalis; & cur Prouincialis, aut etiã Superior localis non possit illud legatũ, quod sine vllo onere relinquitur, æquè valide acceptare, atque eleemosynas, aliasque cuiuscumque generis donationes: qua responsione destruit quidem Lugo rationem qua aliqui mouebantur, vt dicerent Generalem eo casu posse sine noua licentia Sedis Apostolicæ legatum eiusmodi alienare, quia sine consensu Generalis acceptari non potest siue absolutè, siue cum aliqua limitatione legatum, ac proinde cùm Generalis acceptet cum illa limitatione potestatis alienandi, quidni ea poterit vti. Hunc igitur cõsensum Generalis ad validam legati acceptationem necessarium esse sapienter negat eo loco Lugo; manet tamen tota difficultas, an quando Ecclesia, aut is cuius est necessaria acceptatio, non acceptat rem donatam, aut legatam, nisi cum animo alienandi, indigeat deinde authoritate & venia pontificia ad eiusmodi alienationem, quod Lugo non explicat; agit enim tantùm subinde de licentia alienandi facta à testatore vel donatore, quam licentiam ait non dispensare in lege Ecclesiastica prohibente rerum Ecclesiasticarum alienationem, cuiusmodi est ista donata, vel legata, quæ in integrum dominium Ecclesiæ transiit, & per licentiam alienandi factam à testatore non minuitur illud Ecclesiæ dominium, quæ cum possit illam rem vel retinere, vel distrahere, domina omninò sit oportet. Alioqnin quando Ecclesia quidpiam emptione acquirit, posset illud priuata sua authoritate alienare: venditor enim illi libertatem fecit retinendi, aut distrahendi non emptam: quia tamen res illa per emptionem transiit in plenum Ecclesiæ dominium, eam à se abiicere & alienare nequit Ecclesia, sine venia Pontificis, quod secus contingit quando testator, aut donator, vult rem à se donatam aut legatam alienari, ad idque obligat donatricem, aut legatariam Ecclesiam, quia eius commodis prouidere se ea ratione existimauit; tunc enim res illa non est sub pleno & libero dominio Ecclesiæ, sed cum limitatione, & grauamine alienationis futuræ, sicut si grauata esset censu vitalitio, vel perpetuo. Quare quando deinde alienatur, id non tam fit ab Ecclesia, quàm ab ipso donatore, aut testatore, qui ad eam faciendam obligauit Ecclesiam.

Ad difficultatem igitur propositam videtur mihi vtendum distinctione, quam insinuat Lugo; vel enim acceptatio ista legati cum animo alienandi, est duntaxat quædam veluti petitio licentiæ à donatore, vel hærede alienandi rem donatam, vel legatam; vel est limitatio quædam acceptationis siue conditio quam Ecclesia ponit suæ acceptioni: in primo casu superior eam donationem & legatum acceptat, explicat vt annuat donator, neque deinde rem à se donatam non fuisse retentam ab Ecclesia, sed alienatam conqueratur, vel si ad eam retentionem obligare velit Ecclesiam vt rem suam retineat; quare dum annuit donator animo acceptaotis nihil aliud omninò facit quàm vt non impediat alienationem faciendam, si ita libeat Ecclesiæ, cui liberum omninò relinquit seruare rem donatam, vel alienare, quæ licentia donatoris non dispensat, vti monebat Lugo, & nos alibi diximos à lege prohibente rerum Ecclesiasticarum alienationem: neqoe facit illam licitam nisi seruatis omnibus solemnitatibus à iure præscriptis. Non enim illa prohibitio alienandi res Ecclesiasticas facta est à donatoribus, neque ab illis præscriptæ sunt solemnitates vsurpandæ, sed à lege Ecclesiastica: quare dispensatio dari nequit nisi ab eo qui leges fixit, vt patet, & cùm aliunde illa licentia donatoris facta Ecclesiæ acceptanti donationem cum animo rem donatam alienandi, non impediat quin res transeat in plenum dominium Ecclesiæ, ab illa deinde in alium dominum transferri nequit sine solemnitatibus alienationi cæterarum rerum Ecclesiasticarum præscriptis.

In secundo casu acceptatio rei donatæ cum animo illam alienandi continet limitationem quandam qua significat Ecclesia se nolle retinere rem donatam, aut legatam, nisi vt cum alia commodiori permutet, aut per illam commodis suis prouideat per eius alienationem: atque ita non datur à donatore, nisi vt alienetur ab Ecclesia, cuius commodis studet, illius rei alienandæ donatiooe. Et quamuis non obliget Ecclesiam ad alienandum, illud tamen non modò permittit, qui erat casus superior, sed eo etiam fine donat: v.g. grauatur ære alieno Ecclesia, aut prædium sibi maximè vtile & commodum acquirere vult, aut à se graue aliquod onus seruitutis abiicere, ad idque indiget grandi aliqoa pecunia. Semptonius qui iuuare vult Ecclesiam non habet præsentem pecuniam, quam illi repræsentet, donat illi prædium vt ex eo diuendito summam necessariam colligat, eoque animo ipsum Prælatus acceptat. Vel idem Semptonius, qui pro sua pietate donare vult prædium Ecclesiæ, audit à Prælato quantùm Ecclesia indigeat præsenti pecunia, rogatque vt quando munificus esse vult, donet destinatum prædium, vt ex eo distracto colligatur pecunia, qua maximè tunc indiget Ecclesia. Sanè cùm liberum sit donatori rem suam eo quo libuerit fine donare, neque magis intrinseca conditione

conditione limitetur, & restringatur dispositio, quàm ex fine ipsi præfixo, ea ęstimarem tunc liberum esse Ecclesiæ rem eiusmodi alienare absque nouo consensu Pontificis, idque significat Lugo *lib. 3. respons. dub. 9. num.* 10. quia vti nuper dicebamus, non tam Ecclesia illum alienat, quàm ipse donator, qui eum finem suæ donationi præfixit, & rem donatam conditione, vel potiùs onere alienabilitatis affectam esse voluerit, quamuis ad eam alienationem non obligarit, si deinde magis ei commodum visum fuerit, illam non alienare: v.g. quia subinde alia via necessitati, qua premebatur, & ad quam depellendam res alienanda data fuerat, occurrit. Vnde hic casus diuersus est ab illo, quo donator rem suam donat cum obligatione illam alienandi, neque est etiam simplex licentia alienandi facta Ecclesiæ donatariæ, vt in priori casu, sed est donatio ad finem alienationis, cùm eo fine donetur, & liberum sit donatori finem suæ donationi præscribere, vel ex propria voluntate, vel ex petitione donatarij, qui in hunc finem, & non alium donari sibi rogat, in eumque duntaxat acceptat, atque ita intelligenda sunt quæ diximus *conf.* 3.

CONSECTARIVM VI.

An regulares possidentes immobilia supra summam sibi permissam, aut lege constitutam, possint ea alienare.

Ea alienatio tunc est licita. 1.
Etiam bonorum antiquorum. 2.
Quid in feudo non amortizato. 3.

QVorumdam Principum legibus non permittuntur regulares bona immobilia sibi comparare, & vt loquuntur Ecclesiastica facere, nisi ad certam vsque summam definitam, de quarum legum æquitate aut iniquitate modò non disputo, cùm non desint plures rationes, quibus Principes se tueantur, & in commodum Republicæ se id posse contendant, non imminuta Ecclesiæ immunitate; vbi igitur seruantur eiusmodi leges, quæri iure merito potest, an vbi Ecclesia quæpiam siue regularis, siue sæcularis obtinet bona immobilia, quæ summam definitam æquent, si præter illa ipsi alia donentur, vel legentur, aut quo alio titulo ab ipsa comparentur, possit illa absque alia licentia & solemnitate dettrahere, & alienare, vt census aliaque bona quæ prohibita non sunt, sibi comparet, ne legem definientem quantitatem bonorum immobilium violet.

1 Respond. cum Lugo *libro 3. responsor. dub. 9.* licitam, & validam fore hanc alienationem, priuata quamuis authoritate factam; quia lex prohibens alienationem bonorum Ecclesiasticorum non obligat quoties contingit alienandi necessitas, quæ Ecclesiam etiam inuitam ad eiusmodi obligationem cogit, vti dicebamus nuper, quando donator dando sua bona obligat, & non solùm permittit eiusmodi bona alienari. Sic dum vrgente creditore prædia Ecclesiastica addicuntur, & sub hasta væneunt, aut quæ cum pacto retrouenditionis empta fuerant, repetuntur à venditore, atque, vt aliquid accommodatius huic controuersiæ afferam, quoties immobilia donantur Ecclesiæ, quæ eorum dominium retinere nequit, illa poterit & debebit alienare, vti nuper cum communi DD. sententia docuimus. Ratio est, quia lex obligans ad quidpiam faciendum, dat simul licentiam illud faciendi, alioquin obligaret me ad quidpiam mihi illicitum: iniqua igitur foret. Cùm igitur Ecclesia quæpiam obligatur ad aliqua bona immobilia abiicienda, nec ea retinere potest, habet eo ipso facultatem ipsa alienandi, quod totum contingit in nostro casu, lex enim obligat talem Ecclesiam bona quæ summam definitam superant dimittere, quandoquidem illa retinere prohibet; facit igitur licentiam alienandi, siue cogit ad alienandum, totaque alienatio necessaria, & coacta est Ecclesiæ, non libera, vel vt clariùs dicam, fit à lege, & non ab Ecclesia, quæ non tenetur præscriptas solemnitates alienationibus seruare, nisi vbi ipsas liberè facit & non inuita, & coacta.

Quæri tamen potest primò an in eo casu possit seruatis bonis immobilibus recens acquisitis antiqua bona immobilia distrahere, quantùm superant taxam definitam, quia id ipsi commodius erit, quàm si bona ita nuper acquisita alienet, sic enim satisfaciet legi, quæ non prohibet acquisitionem bonorum bonorum, sed retentionem supra præscriptam quantitatem, atque non magis obligat ad alienanda bona posteriora, quàm priora, neque prohibet potiùs retentionem possessiorum bonorum, quàm priorum, sed solùm ne habeantur supra taxam, quæ quamdiu non excedetur satisfiet legi, & quæcumque bona in hunc finem alienabuntur, reuerà ex legis necessitate & imperio alienabuntur. Qua ratione cùm domus professæ Societatis Iesu nequeant habere bona immobilia fructifera, neque census, possunt habere villam aliquam suburbanam ad laxandum animum, ex qua tamen nulli colligantur redditus vel fructus vini, tritici, olei, & cæteri huiusmodi. Si igitur domui professæ, quæ iam possidet aliquam eiusmodi villam, alia donaretur, cùm non possit vtramque retinere, liberum illi foret quam vellet distrahere, neque indigeret alia facultate, maximè si vtraque villa esset æqualis valoris, vel illa quam retinet esset maioris valoris, ea quam vendit: quia si antiqua valebat v. g. quatuor millia nummorum, & illa quam acquisiuit & retinet, duo tantùm millia, censeretur sponte & nulla lege cogente alienare totum illum excessum rei immobilis, quam licitè retinere poterat. Quare eo casu facultatem superiorem requirit Lugo. Verùm quidquid sit de hoc casu particulari, videtur liberum esse Ecclesiæ, quæ cogitur lege bona aliqua immobilia alienare, eo quod non possit omnia, quæ habet, retinere, quia taxam & summam sibi præscriptam excedunt; quæ libuerit bona alienare siue antiquitus, siue nuper acquisita.

Obiicit de Lugo hinc sequi licere istis regularibus à quibus petitur alienatio cuiuspiam prædij, & quam se sua authoritate facere posse negant, dicere se illud alienaturos, si haberent prædium alterum, quia non possent vtrumque propter excessum definitæ taxæ retinere, ibi tamen foret implicita quædam permutatio, quæ æquè prohibetur atque ipsa alienatio, vt constat ex *art.* 1. quare damnauit Lugo regulares illos perperam factæ alienationis: mihi tamen non videtur vlla hic permutatio: nam datur nouum prædium, & acquiritur monasterio proprio & distinctio contractu ab eo quo antiquum prædium quod ex lege Principis, non contractus donationis, alterius ue alienatur: quod enim alienetur ei qui posteriùs dedit, aut alienetur alteri, nihil omninò refert, cùm non alienetur ex contractu permutationis, sed ex obligatione

obligatione legis prohibentis vtriusque prædij retentionem.

3 Quæritur secundò, an vbi per leges non licèt Ecclesiis siue Regularibus obtinere bona feudalia, maximè maiora quædam, absque venia Principis, alioquin obnoaia manent omnibus oneribus militię, aliisque admodum importunis & molestis viris, Religiosi, si ipsis feudum aliquod eiusmodi donetur, aut legetur, neque veniam assequi valeant illud retinendi immune, & ab oneribus illia liberum, siue vt loquuntur, amortizationem, & à caducitate immunitatem, & proinde cogantur illud vendere, an indigeant venia Pontificia.

Respond. non indigere, cùm hic casus priori similis sit, & hæc alienatio sit necessaria Ecclesiæ, & non libera, vti diximus, atque ita cùm eiusmodi feudum retinere nequeat Ecclesia, illud poterit sua priuata authoritate alienare: neque sanè fuerat illi vnitum, & incorporatum vetante lege, vti dicebamus de bonis immobilibus donatis Ecclesiæ ipsorum incapaci.

Consectarium VII.

An pecunia & alia mobilia ad comparationem bonorum immobilium donata. Ecclesiæ possint in alia quàm ad immobilia acquirenda impendi citra alienationem.

Diximus *art.* 1. pecuniam testamento, donatione vel contractu ad bona immobilia comparanda destinatam, eaque intentione donatam Ecclesiæ, censeri ea lege saltem Ecclesiastica inter bona immobilia, adeóque alienari non posse. Hinc oritur difficultas circa singularem hunc contractum.

Aleaius donauit quibusdam Regularibus bona nonnulia immobilia cum hoc onere, vt eorum bonorum fructus impenderentur in aliia bonis immobilibus emendis, donec ascenderent ad certam quandam summam. Seruarunt illud pactum per nouennium Religiosi, qui donationem cum iis omnibus oneribus acceptarant, donec dum se ære alieno grauatos viderent, petierunt à donatore, vt sibi liceret deinceps fructus bonorum immobilium à se donatorum, licèt non attigissent ad summam ab ipso præscriptam, impendere ad dissoluendum æs alienum, quo premebantur: annuit donator sublatis quibusdam donationis antiquæ oneribus, vt si ita commodum videretur, illi fructus probante Generali diluendis nominibus applicarentur. Quæsitum porrò fuit an præter consensum illum donatoris, & generalis foret quoque necessaria pontificia authoritas; quia cùm omnes illi redditus & pecunia ex illia conflanda destinata fuerit donatione valida, & acceptata ad comparanda bona immobilia, immobilia quoque censeri debet, ac proinde inalienabilis ea lege Ecclesiastica, quam consensus donatoris tollere nequit, neque magis hanc pecuniam alienabilem facere, quàm bona immobilia quæ donauit, licèt illa alienari permitteret, vt sæpius diximus. Atque hæc ratio persuasit Lugo *lib. 3. respons. dub.* 10. *n* 3. vt existimaret tutiorem esse sententiam negantem hoc loco.

Contrariam tamen quæ affirmat nullam esse in hoc casu prohibitam alienationem, certam existimarem propter illam ipsam rationem, quæ Lugo probabilem esse fecit. In primis quia fructus illi ad bona immobilia comparanda destinati, & donati, vel sunt inalienabilea ex voluntate donàntis, vel ea lege Ecclesiastica prohibente similem alienationem. Primum quidem impedimentum quod ea sola voluntate donatoris, & pacto cum illo inito nascitur, eadem voluntate tollitur, cùm donstor cedit iure suo, & onus quod imposuerat volens, lubens aufert: lex verò prohibet duntaxat alienari bona immobilia, & mobilia pretiosa, quæ seruando seruari possunt, vti diximus *art.* 2. non autem fructus & redditus, qui ex bonis immobilibus colliguntur, quandoquidem eiusmodi fructus ex sua natura destinantur ad vsum quotidianum, ac proinde sunt alienabiles. Neque dicas pecuniam ad immobilia comparanda destinatam censeri inter immobilia, & esse inalienabilem, vti ostendebamus aliàs; id enim verum non est in pecunia ex fructibus bonorum immobilium collecta, alioquin ipsi fructus non possent esse vsui quotidiano; quandoquidem impendi aliter non possunt, quàm si prius ex illis pecunia redigatur, ex qua deinde quæ ad vsum quotidianum & sustentationem necessaria sunt, colliguntur. Cùm igitur fructus, de quibus agimus hoc loco, sint fructus rerum donatarum conuentui, sunt alienabiles, neque prohibentur lege Ecclesiastica alienari, sed solùm à donatore, qui bona immobilia dedit Ecclesiæ cum eo onere, vt fructus quos per aliquot annos colligeret, in aliis bonis acquirendis expenderet: quod onus ipse donator nunc remittit Ecclesiæ, atque adeò tollit omnem fructuum illorum inalienabilitatem, quam sola sua voluntate posuerat; manetque illa lex Ecclesiastica, quæ fructuum istorum alienationem nunquam prohibuit: quod enim aliqui fingunt donatorem sua donatione tradidisse duntaxat dominium directum horum bonorum immobilium, & sibi retinuisse dominium vtile, siue vsumfructum per aliquot annos, quo tempore illos donat Ecclesiæ, vt ex illis emantur bona immobilia, atque ita tum illi fructus, tum pecunia ea illis conflata, donata ad emenda prædia, censetur inter immobilia, quæ lea Ecclesiastica probibet alienare; id totum inquam fingere, & diuinare est; mentemque donatoris talem fuisse nemo prudenter coniiciet, donauit enim bona immobilia Ecclesiæ in quam plenum ipsorum dominium tum directum, tum vtile transtulit, cum aliqua tamen conditione, & onere, vt aliquot annorum fructus aliis bonis comparandis insumeret; quo onere nunc mutata voluntate liberat Ecclesiam, ipsique permittit ea iis fructibus æs alienum quo premitur, dissoluere: neque obligatur donator non mutare suam voluntatem, neque fuit ea mens ipsius: neque Ecclesia, quæ illud onus acceptauit, sibi legem imposuit non excutiendi onus illud, si is qui imposuit excutere velit, maximè cùm Ecclesia habuerit animum se obligandi ad conditionem donationi sibi factæ appositam, nisi quamdiu donator, qui illam apposuit, seruari voluerit, & eam non reuocarit.

Consectarium VIII.

An in constitutione census prælatus seruare debeat solemnitatem alienationibus præscriptam.

Certum omninò esse debet Ecclesiam non posse sibi imponere censum etiam redimibilem non seruata solemnitate alienationibus præscripta; quandoqui

quandoquidem illa constitutio census, est vera alienatio, vti diximos *art.* 1. patetque ex natura census ipsius, qui est vẽditio & emptio iuris annui ad certam pensionem: quare dum Ecclesia sibi imponit obligationem soluendi quinquaginta libras Francicas Titio, qoi illi ea de causa dat mille libras, vendit reipsa ius ad annuas libras quinquaginta pro pretio mille librarum: quæ omnia fusiùs explicuimus in opere de vsuris, disputantes de censibus: quare in decreto congregationis Conc. Trid. iussu Vrbani VIII. edito an. 1624. de alienationibus, exprimuntur census omnes seu perpetui, seu vitalitij.

Hinc fit, vt quoties Pontifex, aut sacra Congregatio permittit Regularibus imponere sibi censum redimilem, soleat præcipere extinguere illum censum vel totum, vel aliquam eius partem intra certum tempus, quod præfigit: quando verò permittit alienationem alicuius rei immobilis, obligat ad inuestiendum pecunias intra tempus quod designat.

Hinc nota fuit difficultas quam explicat Lugo *libro 3. respons. dub.* 11. cùm enim sacra Congregatio permisisset quibusdam Regularibus alienationem rei cuiusdam stabilis, imposuissetque Prælato præceptum inuestiendi centum aureos in bonis stabilibus singulis annis, donec alienatio facta compensaretur, & pœnam suspensionis à qua non posset absolui nisi facto illo inuestimento inflixisset; contigit vt vltimo anno sui magistratus nihil inuestierit ille Prælatus, qui abiit officio quinque diebus antequam verteretur annus inuestiendæ pecuniæ; successor verò nihil inuenit ex illius anni fructibus præter decem aureos; postulabat itaque an sequenti anno, & primo suæ prælaturæ teneretor inuestire ducentos aureos, an verò centum pro illo primo soo anno.

Respondit Lugo distinguendo, an hic nouus Prælatus inuenerit prouisionem ad domus sostentationem in annum sequentem, an non inuenerit: nam si iouenetit, cùm illæ prooisiones sint loco pecuniæ, quæ in sequenti illo anno ad prouisiones eiusmodi & annonam insumenda fuisset, falsò causatur se non inuenisse nisi decem aureos, & omninò æquè tenetur inuestire centum aureos, atque si illos inuenisset loco annonæ in sequentem annum comparatæ. Si autem neque pecuniam, neque prouisiones inuenerit, vel prædecessor sua culpa violauit præceptum inuestiendi; successor non tenebitur inuestiré pro vtrnque anno, sed solùm pro eo quo est Prælatus; additis tamen decem aureis quos ex anni prioris fructibus reperit: nihilhominus si prædecessor distulit in commodum domus, inuestire, tenebitur successor pro vtroque anno inuestire; quia obligator ad debita contracta à prædecessore in vtilitatem domus, euiusmódi videtur esse debitum istud.

Consectarium IX.

An in permutatione inter Ecclesias seruanda sit solemnitas alienationis.

Status quæstionis. 1.
Non licet bona immobilia vnius monasterij in aliud transferre. 2.
Ex iuris rigore licita est inter Ecclesias permutatio. 3.
Contraria tamen est praxis, eaque seruanda. 4.

1 Dico inter Ecclesias ipsas: certum est enim in permutatione quam Ecclesia facit rerum suarum cum laicis seruandam esse solemnitatem alienationis præscriptam, cùm eiusmodi permutatio sit vera alienatio rei Ecclesiasticæ, quæ à domino Ecclesiæ transit in dominum laicum, licèt Ecclesia etiam æquiualentem, aut æquè commodam, & vtilem, aut etiam vtiliorem si placet, acquirat, neque proinde suas diminuat facultates; alioqui liceret illi etiam rem suam vendere; quia licèt rem venditam amittat, acquirit æquale illius pretium; ac proinde nihil reipsa deperdit. Quæstio igitur est qoando permutatio celebratur inter ipsas Ecclesias; tunc enim nihil prorsus amittit Ecclesia, licèt ab vna singulari ad aliam transeat, cùm enim illa quidpiam, quo bonum amissum alio æquiualenti compensetur, accipiat, neutrius Ecclesiæ dispendium propter rerum permutatarum æqualitatem, sed potiùs vtriusque commodum eo casu reperitur.

2 In hac igitur difficultate certum in primis est non licere Regularibus bona immobilia, aut mobilia pretiosa quæ seruando seruari possunt ab vna domo in aliam transferre: ita Peyrinis *tom. 2. priuileg. Minim. in constitut.* 11. *Iulij* 11. §. 26. *n.* 76. Lezan. *tom.* 1. *capit.* 18. *numer.* 13. Bonac. *de alienat. bonor. Ecclesiæ quæst. vn. punct.* 2. *num.* 9. quia eiusmodi translatio species alienationis est, vt patet. Deinde habemus expressum ius à Coocilio Lugdunensi constitutum, & refertur *cap. non licet, de reb. Eccles. non alienand. Non licet Episcopo, vel Abbati terram vnius Ecclesiæ vertere ad aliam, quamuis ambæ in eius sint potestate.* Indultum tamen id fuerat quibusdam Religionibus, quarum meminit Peyrinis *l. c.* & Rodrig. *tom. 2. qq. regular. quæst.* 125. *art.* 9. Sed decretum Sacræ Congregationis Concilij iussu Vrbani VIII. an. 1624. die 7. Septembris editum, cuius sæpius meminimus, omnia & siogula priuilegia Regularibus quoad alienatinnes alias à sancta Sede concessa euocauit.

3 Dico secuodò inspecto iuris rigore licitam esse permutationem inter duas Ecclesias de consensu vtriusque factam. Ita Riccius *in praxi decis.* 74. *in 1. edit.* Barbosa 3. *part. de potestate Episcop. allegat.* 95. *nu.* 55. qui tamen malè probant ex eo quod ea permotatione res permutatæ non exeant ab Ecclesia, *neque prophanis vsibus applicentur*: quæ tamen est ratio finalis faciendi rerum Ecclesiasticarum prohibitionem, vt constát *ex constitutione. Ambitiosa.* Verùm hæc ratio probaret licitam esse venditionem, & donationem factam ab vna Ecclesia alteri, vti sapienter argumentatur Ferdinand. à Castro *tract.* 12. *disp vn. punct.* 15. *numer* 6. cùm etiam in iis casibus res venditæ aut donatæ non exeant ab Ecclesia, *neque prophanis applicentur vsibus.* Quare ea causa non fuit vnica & finalis, sed impulsiua tantùm prohibendi alienationes bonorum Ecclesiæ, modo hactenus explicato: neque enim ea prohibitio fuit recèns facta in ea constitutione, sed renouata; cuius causa fuit ne res Ecclesiæ pereant: atque ita diuinus cultus minuatur, quod æquè contingere poterit crebra & freqoenti permutatione, atque venditione, & donatione. Probatur igitur nostra sententia à Ferdinand. ex ipsomet expresso iure: nam *in citato capite non licet*: vbi negauit Concilium Logdun. Episcopo, & Abbati facultatem terram vnius Ecclesiæ vertendi

ad

ad aliam; subdit: *Tamen si commutare voluerit terras earum, cum consensu ambarum partium faciat:* quibus verbis permutationem de qua agimus permittit Episcopo, vt vides. Eadémque constituêre Imperatores Leo, & Anthymus *in authent. hoc ius porrectum. C. de Sacrosanct. Ecclesia*, & refertur *cap. ea enim 12. quæst. 2. Item sibi inuicem rectè permutant, cum vtriusque indemnitate, eorum scilicet consensu interueniente*: vbi agit de permutatione Principis cum Ecclesia. Deinde cùm duæ conuentuales Ecclesiæ Parrochias sibi subiectas, earumque possessiones permutare cogitarent, & quæ pluribus possessionibus abundabat, summam pecuniæ sibi ab alia dari vellet ad ponendam æqualitatem, rogatus est Clemens III. quid eo casu liberet, qui *cap. ad quæstiones, de rer. permutat.* sic respondit: *Respondemus quod cum de prædictis Ecclesiis Parrochialibus per se queat commutatio celebrari, & in permutatione possessionum per se non sit inhibitum, si altera ratione possessionum alteri præponderet, pecuniam posse refundi de ipsarum possessionibus ad inuicem, prout visum fuerit expedire; refusa certa pecunia quantitate, poterit contractus permutationis iniri: sic tamen quod illi contractus nequaquam sibi inuicem misceantur*: quibus verbis apertè significat Clemens duos celebrandos esse contractus; quorum vno Ecclesiæ, altero possessiones inuicem permutentur; ita tamen vt isti contractus inuicem non misceantur, ne temporale commutetur cum spirituali, aut è contrario spirituale cum temporali; committeretur enim simonia. Cæterùm isti duo contractus impermixti siue simul, siue successiuè fiant, liciti sunt, cùm dicat Clemens, *Commutationem de Parrochialibus Ecclesiis per se posse celebrari*: tunc enim spirituale commutatur cum spirituali. Permutationem quoque possessionum *per se non esse inhibitam*, hoc est, vt interpretatur glossa, esse concessam; immò inæqualitatem illarum refusa certa pecuniæ quantitate tollere licitum esse affirmar. Ratio euidens est, quia solùm temporale cum temporali commutatur, neque contractus ille respectum vllum habet ad contractum rerum spiritualium. Cùm verò cõtractus omnis debeat continere æqualitatem, & temporalia, quæ solo isto contractu ab alio separato, quamuis simul fiat, commutantur, sint inæqualia, mirum non est si refusione pecuniæ, alteriusve temporalis tollatur inæqualitas. Quare sapienter respondet Clemens hæc omnia fieri posse, & non esse inhibita, sed vt interpretabatur glossa, concessa. Vnde colligit Couarr. *libro 1. variar. capite 5. numero 9.* contra Abbat. *in citatum cap. ad quæstiones.* Angel. *verb. permutatio*, §. 9. & Caietan. 2. 2. *quæst. 1 10. art. 4.* non posse in permutatione beneficiorum dari pecuniam ad æquandum ipsum contractum inæqualem, ex eo quod alterum beneficium habeat pinguiores prouentus, & in ea refusione pecuniæ committi simoniam. Neque suam sententiam benè confirmant illi DD. ex Clementis responso, quod attulimus, in quo duntaxat agitur de permutatione Ecclesiarum quoad earum temporalia; non quoad earum titulum, aut iura spiritualia: nam si simul ipsi tituli & Ecclesiæ permutentur, exigit Clemens duos contractus separatos, & impermixtos, quorum vno temporalia, altero spiritualia commutentur, & in eo solùm quo temporalia permutantur licitam esse ait refusionem pecuniæ ad tollendam inæqualitatem. Veriùs verò nostra sententia colligit ex hac Clementis decisione licitam esse permutationem possessionum inter duas Ecclesias, quod ipsa verba Pontificis apertè significant, nisi tricari placeat.

Dices sæpius in iure eodem modo prohiberi re- 4
rum Ecclesiasticarum permutationem, atque ipsarum venditionem, & donationem, quas certum est non posse etiam inter ipsas Ecclesias celebrari. Ergo neque licita erit permutatio. Resp. leges, quæ in vniuersim prohibent alienationem, illisque volunt comprehendi permutationes, deinde explicari, & restringi per alia iura, vbi singillatim agunt de permutatione inter ipsasmet Ecclesias, alioquin sibi inuicem repugnarent.

Dico tertiò ex consuetudine tamen, & vsu seruari solemnitatem alienationis in permutatione, de qua agimus, eamque consuetudinem seruandam esse monent Ricc. Barbosa, & Ferdinand, quos pro nostra sententia nuper adduximus, quibus & nos subscribimus, & fortassis in foro externo damnarentur Ecclesiæ permutantes non seruata illa solemnitate; nos tamen illas in foro interno reas non faceremus.

CONSECTARIVM X.

Quid seruandum sit in concessione feudi & emphyteusis Ecclesiasticæ.

Varia emphyteusis. 1. 2. 3.
Seruanda solemnitas in noua emphyteusi. 4.
Quæ tamen poterit esse perpetua. 5.
In renouatione emphyteusis quid seruandum. 6.

EMphyteusim esse quandam alienationem, eoque nomine contineri in iure prohibente alienationes rerum Ecclesiasticarum, nemo vnus dubitat, & euidenter colligitur ex solemni Extrauagante *Ambitiosæ*, dum excipit emphyteusim in casibus iure permissis, atque adeò significat in aliis casibus iure permissis seruandam esse prohibitionẽ illam; estque euidens ratio ex natura emphyteusis, quæ est propria dominij vtilis alienatio. Quæritur verò an in omni emphyteusi rei Ecclesiasticæ seruanda sit solemnitas, & conditiones præscriptæ alienationi rerum Ecclesiasticarũ. Suppositis verò quæ de contractu emphyteutico fusiùs disputauimus *in nostro opere de vsuris lib. 4. cap. 1.* obserua hoc loco, quod *illo cap. art. 1.* diximus aliquam emphyteusim dari in perpetuum, aliam autem pro determinato duntaxat tempore. Deinde nonnunquam transire ad omnes hæredes, aliàs ad quosdam duntaxat, aliquando verò neque ad hæredes, sed successores non hæredes: quare singula verba & clausulæ concessionis diligenter attendenda sunt, vti monuimus *art. 5. citato*, quæ facilè ad emphyteusim quoque Ecclesiasticam accommodari queunt.

Primò igitur si concessio fiat in perpetuum, vel 5
ad quoslibet hæredes, vel successores, quos emphyteuta voluerit relinquere, nemo dubitat concessionem illam esse in perpetuum, eoque modo posse concedi emphyteusim Ecclesiasticam æquè certum videtur, affirmatque Molina *tract. 2. disp. 469. conc. 1.* Vasq. & Couarr. mox afferendi; tuncque ad hæredes non descendentes modò, sed & ascendẽtes, atq; etiam extraneos transit, quod tradit Molin. *disp. cit.* Couarru. *lib. 2. variar. cap. 17. n. 5.* & Ferdin. à Castro *tract. 1 a. disp. vnica punct. 15. §. 5. num. 5.*

alioquin eiusmodi emphyteusis quæ ad quoscumque hæredes etiam extraneos non transiret, falsò diceretur concedi in perpetuum: nam desinentibus certis quibusdam hæredibus, descendentibus nimirum, ipsa quoque cessaret, ac proinde perpetua non esset.

2 Secundò dum datur emphyteusis alicui pro se, suisque hæredibus, non transgreditur tertiam generationem, & ad extraneos hæredes non pertingit, vti *ex Authent. de non alien. § emphyteus.* probat Couar. *lib. 2. variar. c. 17. n. 5.* Vasq. *opuscul. de redditib. c. 2. §. 2. dub. 17. n. 59.* Nomine porrò hæredum tum viri, tum fœminæ comprehenduntur, vti aliàs obseruauimus. Quod si detur alicui pro se, suisque filiis, erit æqualiter inter filios diuidenda, neque poterit pater vni, cæteris omissis assignare, quia datur ex domini concedentis voluntate, quam pater mutare nequit. Ita Couar. *lib. 2. citato, c. 18. num. 2.* Vasq. *l. c. n. 60* & Molin. *tract. 2. disp. 474.* quod si concedens dederit alicui pro se suisque filiis, & descendentibus, non transibit ad extraneos: quæ aliaque eiusmodi ex verbis concessionis colligenda sunt, vti cum nuper adductis Doctoribus singillatim explicuimus olim *cap. & art. citat.*

3 De emphyteusi porrò plures constitutiones ediderat Iustinian. quæ desiderantur *in Cod. de sacrosanct. Eccles.* Edidit deinde Nouellam constitut. in qua totum ius emphyteuticarum declarat, atque vt paucis Cuiac. colligit, perpetuam emphyteusim prohibet, & non posse extendi vltra personam emphyteuticarij, & filios eius, aut nepotes, vel etiam coniugem, si id de coniuge in contractu emphyteutico nominatim expressum sit, extraneo hærede relicto, morte emphyteuticarij finiri emphyteusim. Plurima deinde de canone emphyteuticario definit, vtque ob casus fortuitos remitti emphyteuticario certam tantùm partem pensionis, siue redditus, qui fuit ab initio, de quibus omnibus suo loco disputauimus, quibus suppositis.

4 Dicendum est primò quoties ab Ecclesia conceditur noua emphyteusis, seruandas esse conditiones alienationis præscriptas, quod nemo, vti iam monui negabit, in illa enim continetur alienatio.

5 Dicendum est secundò posse dari ab Ecclesia emphyteusim in perpetuum etiam pro hæredibus extraneis, modò seruetur solemnitas alienationi præscripta. Ita Couarru. *lib. 2. variar. cap. 17. num. 4.* & Vasq. *de redditib. cap. 2. §. 2. dub. 16. num. 57.* Molin. *tract. 2. disp. 469.* qui alios antiquiores dabunt; estque euidens ratio: nam quidquid sit de iure Ciuili Canonicum comparat venditionem, donationem permutationem, & emphyteusim dum agit de alienationibus, easque pari modo prohibet si fiant sine solemnitate, & quod inde sequitur, omnes æquè permittit seruata solemnitate præscripta. Neque perpetuitas obstare potest, cùm æquè reperiatur in venditione & donatione, in quibus maior quoque reperitur alienatio, nempe totius dominij tum directi tum vtilis, quod postremum duntaxat abiicitur in emphyteusi, & non directum.

6 Dicendum est tertiò quoties non conceditur noua emphyteusis, sed antiqua, & vetus continuatur, & renouatur, non sunt necessariò seruandæ conditiones rerum Ecclesiasticarum à iure requisitæ. Ita Couar. Vasq. & Molin. nuper adducti; Bonac. *disp. 3. de contract. q. 8. punct. 4. n. 30.* Barbosa *3. part. de potest. Episc allegat. 95. n. 29.* Menoch. *de arbitrar. casu 87. n. 5. & consil. 66. num. 31. consil. 79. n. 1.* qui cæteros dabunt. Ratio est quia illa reuocatio non censetur alienatio, sed continuatio duntaxat alienationis iam factæ; si eodem prorsus modo concedatur, quo prius concessa fuit, neque ratione noui modi dici queat noua emphyteusis priori prorsus extincta: quare si fuerat concessa pro vita vnius duntaxat, aut si non comprehendebat hæredes extraneos, noua non debet ad illos extendi, aut pro pluribus concedi, alioquin censebitur, eritque noua emphyteusis.

Exigitur quoque vt in ea sit æquè euidens & æqualis Ecclesiæ vtilitas quæ fuit in priori concessione: quare si datum fuit prædium sterile, quod finita emphyteusi pingue, & frugiferum modò est, renouari non poterit emphyteusis, nisi accedente noua causa vtilitatis Ecclesiæ. Nam in hominum cōmuni sensu noua existimatur emphyteusis; noua tamen eaque sufficiens causa reuocandi emphyteusim est remuneratio industriæ antiqui emphyteutæ, & obsequij in colendo prædio præstiti, sic enim excitantur alij ad similia obsequia, & laborem, dum sperant finitam emphyteusim sibi restituendam, si rem emphyteuticariam sua operâ meliorem multò reddiderint. Denique necessarium est ne res sit iterum Ecclesiæ incorporata, tunc enim extinguerotur prorsus prior alienatio, & res fieret Ecclesiæ eodem modo atque si nunquam ab ea discessisset. Id autem contingit quoties illi ad quos pertinet administratio, decernunt illam nunquam amplius alienare, quod ita decretum esse præsumitur quoties per annum abstinent à reuocatione emphyteusis, vti obseruat Molin. *tract. 2. disp. 468. sub fin.*

Ex quibus omnibus tandem efficitur rem semel cum solemnitate alienatam fieri perpetuò alienabilem sine solemnitate, vt Barbosa aliique adducti tradunt, nimirum seruatis quas modò notabam conditionibus.

CONSECTARIVM XI.

De locatione rerum Ecclesiasticarum.

Longior locatio illicita. 1.2.
Quid si ea fiat contra iuramentum alienandi, eritne periurium. 3.
Nequit etiam fieri ad vitam. 4.
Quid nouo iure constitutionis, Ambitiosæ. 5.
An fieri possit simul ad plura triennia. 6.7.
De quibus rebus intelligenda sit ea locatio. 8.9.

Rerum Ecclesiasticarum locationem in longum tempus illicitam esse docent passim Couarru. *lib. 4. variar. cap. 16. num. 1.* Vasq. *de redditib. cap. 2. §. 2. num. 11.* Molin. *lib. 1. de primog. cap. 1. num. 18.* & Molina noster *tract. 2. disp. 466.* Ferdinand. à Castro *tract. 12. disp. vn. punct. 14.* & cæteri omnes; ita enim expressè edicit *c. nulli, de reb. Eccles. non alien. & Clem. 1. eod. tit.* Ratio est quia longior illa locatio censetur quædam alienatio, cùm per illam dominium vtile transferatur in conductorem *l. 1. §. quod autem, D. de superficieb.* 1

Longum porrò tempus existimatur decennium *in citat. Clement. 1. & cap. vlt. ne prælati vices suas*; qua de re vide Tiraquell. *libro 1. de retract. §. 1. glossa 15. numero 79.* quare sapienter Couarr. reiicit glossam *in l. codicillis, §. instituto, D. de legat. 2.* vbi dicit prohibitum alienare, posse tamen etiam ad centum 2

centum annos locate: quam glossam singularem dixit Baldus Nouell. *de dote, 7. part. priuileg.* 1. verùm falsam potius dicere debuit, cùm nequidem vltra decennium locate debeat ex communi DD. quos eo loco refert Couarr.

3 Hinc tamen oritur difficultas, an Prælatus qui iurauit se non alienaturum res Ecclesiæ, si eas locet ad longum tempus, atque adeò vltra decennium, periurus euadat, quandoquidem talem locationem diximus esse quandam alienationem, & idcircò prohiberi prohibita alienatione. Negat enim Calderin. *in cap. cum contingat, de iureiurando*, hoc loco periurium esse, quod tamen affirmat Bald. & alij relati à Couarruuia, qui tamen in Calderini sententiam inclinat; quia locatio ista non est nisi impropria alienatio, quod sufficit quidem, vt censeatur prohibita nomine alienationis; non tamen vt quis in nostro casu periurus existat, cùm in iuramento nomina in propria significatione debeant explicari; neque semper verum est in iure nomine alienationis comprehendi longiorem locationem: nam maritus licèt non possit rem dotalem alienare, potest tamen illam in longum tempus locare, vti ostendit Baldus Nouellus *loco nuper adducto*.

4 Ex his verò colligitur non posse locari res Ecclesiæ ad vitam alicuius absque canonum solemnitate: quia illa locatio censetur perpetua, & in longum tempus *Clem.* 1. *de reb. Eccles.* vbi glossa Ancharan. & alij idem sentiunt. Dubitat tamen Couar. *n.* 3. an eiusmodi locatio probanda sit, quando ex probabili coniectura conductor non videbitur victurus decem annos iuxta supputationem *l. hereditatem. D. ad l. Falcid.* quæ etiam in multis alijs quæstionibus admittitur. Id tamen veriùs negant Ferdinand. à Castro, Molin. & Vasq. initio adducti; quia cùm contingens sit, & dubium, an non conductor vltra decennium vitam protracturus sit, erit locatio ad longum tempus saltem sub dubio, quæ licita non est: & si hic conductor viuat vltra decennium, eo casu sanè fuit inualida locatio, quia ab initio totum illud tempus comprehendebat.

5 Atque hactenus ita ius antiquum edicebat: nam iure nouo Paulus II. id sua constitutione, *ambitiosæ*, prohibuit sub excommunicatione, & aliis grauissimis pœnis, vltra triennium res Ecclesiæ locari; quam tamen constitutionem hac in parte non fuisse vbique receptam monuimus *art.* 1. cum Nauarr. Sylu. Vasq. Couar. Azor. & aliis; quamquàm plerique id fateantur tantùm circa pœnas externas, non verò quoad pœnam intrinsecam, vt loquuntur ipsius actus, hoc est annullationem eius, ita vt talis locatio nulla, & inualida sit: qua distinctione vtitur Ferdinand. *punct.* 14. *cit. n.* 2. vbi adducit Molinam, Rebell. Tolatum, Gutier. Barbos. & alios. Nobis certum est in Gallia saltem non esse receptam, vbi verò vim suam obtinet disputant DD.

6 Quæritur primò, an hæc locatio fieri possit ad sex, aut nouem annos cum hac clausula, vt tot sint locationes, quot sunt triennia, atque finito triennio primo, sit noua locatio, atque ita in sequenti triennio. Cùm enim locatio illa contineat plures distinctas locationes per tempora à iure permissa, nihil habet iuri contrarium; quod enim istæ locationes initio fiant simul in tempora consequentia, non impedit quin sint distinctæ inter se, & singulæ sint permissæ, siue in tempus permissum. Hanc tamen locationem reiicit Couar. *num.* 4. & alij communiter, quorum plores enumerat tum ipse Couarr. tum Ferdin. *num.* 3. quia locationes eiusmodi manifestè fiunt in fraudem legis: quid enim necesse est anticipare triennia ista, & simul vna eademque conuentione tot eiusmodi locationes facere in antecessum? Deinde *in authent. de non alienand.* §. *quod autem*, casus iste deciditur, quod si res alienari prohibita, vel concedi ad longum tempus, concedatur ad nouem annos cum pacto de renouando ad alios nouem annos, aut cum expressa renouatione ad alios annos iure permissos, finita prima locatione, *tale machinamentum* non tenet, nec ea locatio valet vltra tèpus à iure permissum. Addic tamen Ferdinand. si ante finitam primam locationē renoues contractum, faciasque nouam locationem, videndum esse an ab initio & sub primum annum fiat ea innouatio, an verò sub finem triennij; quia in primo casu suspicio vehemens est fraudem legi fieri, & primum contractum continuari, non autem secundum celebrari, quod non præsumitur in secundo casu.

Grauis porrò difficultas est, an prima locatio ad 7
sex annos, aut plures valida sit quoad tres priores annos; irrita verò quoad posteriores. Hanc controuersiam pluribus eruditè suo more agitat Couar. *n.* 5. & Ferdinand. *n.* 6. plurimis in vtramque partem adductis Doctoribus, & rationibus, quarum momenta non licet nobis aliò properantibus expendere; maximè cùm illam Paulinam constitutionem hac in parte minimè receptam esse existimemus, & quoad alios contractus in quibus idem contingere potest, vt in emphyteusi conuenta vltra tempus permissum diffideant quoque DD. & singulæ ea in singulis sint rationes pro diuersa ipsorum natura. Itaque nihil hoc loco definio. Existimo nihilhominus cum Couarruuia verius videri totam eam locationem inutilem, & irritam esse, cùm Paul. in sua sanctione dicat, *locationem aliter factam nullius omninò esse roboris.* Et *Clem.* 1. *l.* 1. *de reb. Eccles. Nec recipienti ius aliquod acquiri.* Obseruat autem glossa *in Clem.* 1. *verf. aut earum, de foro competenti*, negatiuam coniunctam cum dictione *aliquod*, etiam in qualibet minima parte verificari. Vide Tiraq. *in l. si vnquam. C. de reuocand. donat. verf. omnia, vel partem aliquam, numero* 5. *&* 14. Deinde *in Nouell.* 7. §. *si verò*, vbi prohibetur perpetua emphyteusis, temporalis autem certo modo fieri præscribitur, sic habetur. *Si verò etiam perpetuam quispiam emphyteusim accipere præsumpserit, aut temporalem quidem, non tamen secundum huius nostræ legis obseruationem, etiamsi cadat quidem de emphyteusi.*

His omnibus adiicit Couar. prohibitionem loca- 8
di res Ecclesiæ vltra triennium intelligendam esse de rebus, quæ quot annis fructus ferūt; si enim quolibet tantùm biennio, aut triennio fructus præbeāt, poterunt in sex aut nouem annos locari: quod confirmatur ex emphyteusi, si enim emphyteuta cessat per triennium à soluendo canone; non prætereà excidit emphyteusi, si quolibet biennio vnicus tantum fructus colligatur, sed cessare debet à solutione pet sexennium ex communi sententia.

Denique Couar. idem de mandato locandi res Ecclesiæ, quod de ipsamet locatione censendum existimat, vt non possit dari vltra triennium ex vi constitutionis, *Ambitiosæ*, cui alioquin fraus fieret: haberet enim quis facultatem locandi res Ecclesiæ vltra triennium. Idem censuit Azor. 2. *part. lib.* 9. *capit.* 2. *q.* 5. veriùs tamen negat Molin. *tract.* 2. *disp.* 466. *sub fin.* & Ferdin. à Castro *punct.* 14. *cit. n.* 9. quia in mandato facto procuratori, vt post primam locationem aliam atque aliam proue videbitur,

videbitur, faciat, non datur facultas locandi vltra trienniũ, ſed potiùs ad faciendas plures locationes ſucceſſiuè, vbi primæ inierint, quod nullo iure prohibitum videri poteſt. Cur enim poteſtatem quam habes locandi res Eccleſiaſticas quolibet triennio ſucceſſiuè locatione triennali, prout tibi videbitur, eandem communicare, tribuereve non poteris tuo procuratori? & cur cogeris quolibet triennio mandatum illud reuocare nullo iure id edicente.

9 Ad extremum in hac prohibitione locationis vltra triennium bonorum Eccleſiæ, comprehendi fructus quoque, & prouentus beneficiorum, qui ad ipſum beneficiarium tanquam dominum pertinent, neque fructus eiuſmodi vltra trienoium locari poſſe docuerunt Barboſa *3. part. de poteſt. Epiſp. allegat. 95. n. 20* & fuſiùs Gutier. *lib. 1. canonic. qq. cap. 8. n. 14.* & alij; quia Paulina conſtitutio continet omnia bona Eccleſiaſtica immobilia, & mobilia, quæ ſeruando ſeruari poſſunt, & ſoli fructus, qui ſeruando ſeruari non poſſunt excipiuntur. Atqui bona beneficiorum, Eccleſiaſtica eſſe nemo dubitat, eſtque euidens ratio prohibendi eiuſmodi alienationes, ne beneficiarius temeraria locatione ad inopiam redactus, ſuo miniſterio deſit. Contrarium veriùs affirmat Ferdinand. Couarruniam & Molin. Vaſq. Azor. & alios quos adducit, ſequutus. Cùm enim fructus à beneficiario vendi & alienari poſſint, ita & locari etiam in longum tempus poterunt, neque de illis loquitur extrauagans *Ambitioſa*, ſed de bonis quæ ſunt Eccleſiæ, non beneficiati, cuiuſmodi ſunt fructus, & vtilitates præbendarum, ac beneficiorũ.

CONSECTARIUM XII.

An bona Eccleſiæ poſſint ſine ſolemnitate alienationis hypothecæ ſubiici.

Hypotheca eſt alienatio. 1.

Non tamen omnis, ſed ſolùm hypotheca ſpecialis, & non generalis. 2. 3.

An Prælatus poſſit rem à ſe emptam hypothecæ ſubiicere ipſi venditori vſque ad integram pretij ſolutionem. 4. 5.

Vlpiani & Pauli diſſidium. 6.

Conſectaria ex noſtra doctrina. 7. 8. 9.

An Prælatus qui poteſt celebrare omnes contractus præter alienationem, poſſit etiam celebrare emptionem eiuſmodi. 11. 12.

An contractus cui coniuncta eſt alienatio prohibita, ſit nullius, an tantùm ipſa alienatio connexa. 13.

1 CErtum eſt quidem alienationis vocem in materia fauorabili, & vbi agitur de prohibitione alienationis comprehendere quoque hypothecam, & in ampliori quadam ſignificatione vſurpari, quod manifeſtè traditur *cap. nulli, de reb. Eccleſ non alien. Clem. 1 eod. tit. & extrauag. ambitioſa*; & nos ſæpius monuimus; quia licèt per hypothecam nullum tranſferatur dominium, eſt via tamen ad eiuſmodi tranſlationem, eiuſque periculum, quoties primaria obligatio non implebitur; & prætereà imponitur quædam ſeruitus rei hypothecæ ſuppoſitæ, cùm eius dominus nequeat eadem libertate, & pro arbitrio illa abuti, vti antequam ſubiiceretur hypothecæ poterat, ſicut ſapienter argumentatur Couar. *lib. 2. variar. cap. 16. numer. 7.* Azor. *2. part. lib. 9. capit. 1. quæſt. 2.* & Molin. *tract. 2. diſp. 646.* indeque factum vt Eccleſia dum prohibita alienatione bonorum ſuorum, illa integra & imminuta ſeruare ſatagit, ipſorum quoque hypothecam vetuerit, eo quod via ſit ad alienationem, & imminuat ius quod in bona hypothecata prius habuerat. Ex quibus ſtatim ſequitur in hypotheca bonorum Eccleſiaſticorum ſeruandam eſſe ſolemnitatem alienationi præſcriptam ab Eccleſia. Quia tamen duplex eſt hypotheca, generalis vna qua omnia, & ſingula bona alicuius ſubiiciuntur vniuerſæ hypothecæ, nullo ſingillatim deſignato; altera ſpecialis, in qua certum aliquid, & definitum creditori oppigneratur, & hypothecæ ſupponitur, quas hypothecæ ſpecies fuſiùs explicuimus *in noſtro opere de vſuris libro 3. capite 7. art. 2.* quæritur an in vtraque hypotheca bonorum Eccleſiæ ſeruanda ſit ſolemnitas alienationum.

Reſpond. & dico primò non eſſe neceſſariò ſeruandam in hypotheca vniuerſali, per quam Prælatus omnia & ſingula ſuæ Eccleſiæ bona in vniuerſum hypothecæ ſupponit. Ita Couar. & Molin. *locis proximè citatis* Bonac. *diſp. 3. de cõtract. q. 8. punct. 4. n. 31.* Ferdin. à Caſtro Palao *tr. 12. diſp. vn. punct. 15. n. 3.* Barboſa *de poteſt. Epiſc. allegat. 19. n. 85.* Layman. *lib. 3. tract. 4. c. 10. n. 2.* Pelizarius *tract. 6. cap. 8. q. 11.* Lezana *tom. 1. part. 2. cap. 19. n. 55.* & nos ipſi *in opere de vſuris lib. 3. cap. 7. art. 2. n. 7.* idemque communis ſenſus eſt interpretum iuris *in cap. nulli, de reb. Eccleſ. non alien.* quos laudatus Couarr. magno numero adducit. Et ſanè expreſſiſſimum eſt ipſum ius *in cap. nulli*: *Neque*, inquit, *ſpecialis hypotheca titulo obligare*. Addit Iuo Carnotenſ. dum eundem canonem refert *3. part. decreti, cap. 187.* *Neque creditoribus ſpecialis hypotheca titulo obligare.* Deſumptus verò eſt ille canon ex Cõcilio apud Syluanectium; ſic enim legenda eſt inſcriptio illius capituli in editione vulgari, quod obſeruauit Anton. Auguſtin. Et ſanè plurima in ea vrbe habita fuiſſe Concilia cõſtat; vt ſub Nicolao I Ioanne VIII. & Ioan. XV. huic verò de quo agimus interfuit Ludouicus Pius Imperator, idemque Rex Chriſtianiſſimus. Quæro igitur cur Galli illi Pontifices in vnum coacti, vt prouideant immunitati Eccleſiaſticæ, & bonorum, ac iurium eius integritati, quæ bellorum calamitas corruperat, dum ea de cauſa grauibus interminatis pœnis, accedente etiam piiſſimi & Chriſtianiſſimi Principis authoritate, bonorum eiuſmodi alienationem prohibent; cur inquã, meminere ſolius hypothecæ ſpecialis, ſi hypotheca generalis æquè comprehẽdebatur edicto prohibitio, quod ſanciebãt. *Neque ſpecialis hypothecæ titulo obligare.* Et cùm idẽ canon ad verbum referatur *lib. 2. capitular. c. 29.* eadem verba abſque vlla additione, detractione, aut immotatione retenta ſunt. *Neque creditoribus ſpecialis hypotheca titulo obligare*: quæ exceptio ſpecialis hypothecæ demonſtrat generalẽ fuiſſe permiſſam. His conſentit *Nouella* VII. quæ ſolùm etiam ſpecialem hypothecam prohibet Eccleſiaſticis *μὴ τι κατὰ ἰδικὴν ὑπόθεσιν ὑποτιθέναι τοῖς δανεισταῖς*: quo loco communis interpretum ſenſus eſt, diſtingui à Iuſtiniano *γενικὴν ὑποθήκην ἀπὸ ἰδικῆς ἐνεχύρου*, prohibetque œconomis & defenſoribus bonorum Eccleſiæ Conſtantinopolitanæ, illa oppignerare ſpeciali hypotheca, non verò vniuerſali, ſiue generali: quamquàm verius fortaſſis eſt, quod pridem obſeruauimus *loco cit. de vſur.* illum in conſtitutione diſtinguere hypothecã à pignore, cùm prior fiat per obligationẽ rei quæ ſubiicitur, & obnoxia ſit creditoribus: pignus autem fiat per traditionem rei oppigneratæ creditori,

2

ditori, qui illam donec dilutum fit nomen, retinet. Illam igitur obligationem absque traditione rei hypothecatæ vocat Imperator hypothecam generalem, traditionem verò creditoribus factam rei hypothecatæ vocat pignus, & hypothecam speciale: quare distinguit γενικὴν & ἰδικὴν ὑποθήκην, sed γενικὴν ὑποθήκην & ἰδικὸν ἐνεχύρον. Verùm quæcũque tãdem fuerit Iustiniani in hac vocũ vsurpatione mens, constat illum non prohibuisse vniuersalem, & generalem hypothecam, sicut neque deinceps leges Ecclesiasticæ illam vetuere; sapienter omnino, quia in hypotheca generali ipse debitor potiùs sese ipsum obligat creditori, quàm sua bona, quare qui sola illa hypotheca tenetur, potest sua bona alienare, quia nondum creditori propriè subiecta sunt, quod ostendit Seuer. & Anton. principalis constitutio *l. 3. C. de seruo pign. dato*: edicit enim seruum, qui addictus est à debitore per solam hypothecam omnium & singulorum bonorum præsentium, & futurorum, posse nihilominus à domino suo manumitti: non verò si speciali hypothecæ fuerit subiectus: vnde colligunt passim Interpretes debitorem, qui suos omnes seruos in vniuersum subiecit hypothecæ, posse illos manumittere; non verò si specialiter addixit Pamphilum, illum enim manumittere nequit: quare dum agitur de alienanda re hypothecata, magnum discrimen est inter generalem & specialem hypothecam: hæc enim rei hypothecatæ alienationem impedit, non verò illa. Iura igitur tum ciuilia, tum canonica dũ prohibent alienationem bonorum aliquorum, eaque prohibitione comprehendunt hypothecam, eo nomine solùm specialem, intelligunt quandoquidem vniuersalem permittunt.

Ex quibus tandem probata manet nostra assertio in vniuersali hypotheca bonorum Ecclesiasticorum non esse necessariò seruandas conditiones alienationi eiusmodi bonorum præscriptas, quandoquidem illa hypotheca, non est alienatio prohibita, vti hactenus euicimus.

3 Dico secundò in speciali hypotheca bonorum Ecclesiasticoru m seruandas esse conditiones alienationis. Hæc assertio sequitur à superiori; cùm enim certo iure & omnium Doctorum consensu constet, nomine alienationis rerum Ecclesiasticarum prohibitæ contineri hypothecã, & ea non sit hypotheca generalis, vt ex eodẽ iure & Interpretibus euicimus, restat vt sit hypotheca specialis, alioquin falsũ esset sub alienatione prohibita includi hypothecã: cùm duę illę species hypothecę generalis & specialis diuidant adęquatè genus hypothecę. Deinde in *c. nulli*, prohibetur expresè *specialis hypotheca*, vti nuper retulimus. Si igitur hæc hypotheca est vera alienatio prohibita, in ea quoque conditiones alienationis esse nemo negabit.

4 Ex his soluitur vulgaris quæstio circa emptionem prædij alicuius cum hypotheca tum generali omnium bonorum emptoris, tum speciali prædij ipsius venditi, vsque ad integram pretij solutionem, an licita sit illa emptio, & ad sui valorem exigat solemnitatem alienationis seruat, eo quod in ea emptione implicetur hypotheca, non modò generalis quæ permittitur, sed etiam specialis, quæ prohibetur, & facit contractus emptionis partem.

5 Resp. hanc hypothecam specialem prædij venditi factam venditori, donec totum pretium conuentum recipiat, posse duobus modis fieri. Primò post emptionem prædij, cùm venditor pretij conuenti solutionem vrget. Cùm enim præfixus solutioni dies lapsus sit, postulat ad suam securitatem prædium venditum sibi hypothecari. Hoc casu concedo hanc hypothecam specialem prohibitam esse, neque sine prescriptis conditionibus fieri validè posse, cùm sit vera alienatio prædij Ecclesiastici quod in dominium Ecclesiæ per emptionem atque venditionem enasit; ac denique per realem atque ciuilem ex legitimo titulo possessionem. Hypothecatur igitur verè prædium Ecclesiasticum; atque eo modo alienatur venditori æquè atque alteri, qui pretium illius prędij suppeditasset: quod enim pro pretio prædij acquisiti illud idem supponatur hypothecæ, vel ipsi venditori, vel alteri cuipiam qui pretium illud soluit, non mutat huius hypothecæ naturam.

Secundò hypotheca pretij empti fieri potest venditori eodem contractu venditionis, eo quod venditor sibi reseruet ius repetendi prædium venditum in defectum solutionis pretij conuenti: atque hanc hypothecam concessam esse contendo, & non esse alienationem. Primò quia venditor illa conuentione nullum nouum ius acquirit in prædium illud venditum, sed illud quod habebat sibi retinet vsque ad pretij solutionem integram. Atqui in omni hypotheca creditor habet rem sibi nouo iure obligatam. Secundò emptor eo casu non acquirit absolutum, & firmum prædij empti dominium, sed conditionatum, & pendens à futura solutione pretij: & quamnis venditor traditione prædij venditi videatur transferre illius dominium in emptorem, quem etiam in realem possessionem mittit; nihilominus cùm venditor non intendat abiicere dominium rei suæ, neque illud in emptorem transferre nisi eo pacto, & conditione, vt illud resumere possit non soluto pretio, tota illa traditio, & missio in possessionem, non est simplex & absoluta translatio dominij, siue non est traditio simpliciter dominij translatiua: quia ex communi Iurisconsultorum sensu traditio rei venditæ est missio in vacuam, & non occupatam, neque obligatam rei possessionem. Atqui prædium venditum manet hoc casu specialiter venditori obligatum expresso pacto, quo sibi retinuit ius omne in illud prædium, & eius dominium defectu solutionis. Non est igitur absoluta, & simplex traditio aut missio in possessionem ciuilem, neque transtulit in emptorem totum ius & dominium, quod venditor sibi, vt dixi hactenus retinet.

Tertiò nequit in hoc pacto fingi aut alienatio, aut hypotheca venditori facta ab emptore potiùs quàm in aliis conuentionibus, in quibus venditor sibi ius aliquod in rem venditam retinet, vt in pacto de retrouendendo in perpetuum tempus, aut in certum aliquod & definitum, quo elapso emptor obligatur venditori restituere rem emptam, & pretium solutum recipere. Quis verò dixit vsquam in eo pacto contineri aut hypothecam, aut alienationem factam venditori, aut Prælatos Ecclesiasticos non posse aliquid emere ea lege, aut ob eam appositam contractum esse rescindibilem; cùm omnes DD. pacta illa probent, & aliqui ex ipsis velint emptorem etiam inuitum cogi posse ad rem emptam restituendam, si possit, & non esse in eius arbitrio illam retinere, compensato damno venditoris; quod probat Fachinæ. *lib. 2. controuerſ. capit.* 8. quod etiam fatentur in minore emptore cum simili pacto, qui proinde non eget ad eam retuenditionem authoritate & sententia Prætoris, vti docet pluribus Authoribus relatis Tiraquellus *de retractu conuention. ad fin. tit. numer.* 12. & Ferdinand. à Castro Palao *de iustit. disput.* 5. *punct.* 31. §. 1. *numero* 2. Estque ratio euidens, quia illa

retrouenditio, quæ fit vi prioris contractus emptionis, non est nouus aliquis contractus, sed executio & adimpletiu prioris, & resolutio necessaria dominij prius acquisiti, non verò alienatio voluntaria ipsius, vti diximus aliàs. Quæ de causa minores queq; obligantur pactis adiectionis in diem, & legis commissoriæ; quia minor non acquisiuit rem illam, nisi sub ea conditione sine qua nequit huiusmodi acquisitio consistere. Eadem prorsus ratione emptio in qua venditor sibi reseruat ius repetendi rem venditam, aut illam sibi obligatam retinet vsque ad pretij solutionem integram, obligat emptorem ad rem emptam restituendam venditori per dissolutionem venditionis, si pretium conuentum die dicta non soluerit: quæ hypotheca si illam ita placeat appellare, neque vera alienatio dicenda est, neque prohibita: quare nihil vetat Ecclesiam eiusmodi emptiones celebrare, neque solemnitas alienationibus præscripta necessariò seruanda est, cùm, vti diximus, Ecclesia nihil alienet, sed rem aliquam acquirat cum conditione à venditore posita, illam recuperandi defectu solutionis integræ: tunc siquidem ex vi ipsiusmet emptionis, & non posterioris alicuius venditionis, aut contractus res vendita redit ad venditorem dissolutione ipsiusmet venditionis, non per nouam venditionem.

6 Obiices *l. 1. §. vlt. D. de reb. eorum qui sub tut.* vbi Vlpian. ad propositam nostram quæstionem circa minorem sic scribit. *Si minor viginti quinque annis emit prædia, vt quoad pretium solueret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere: nam vbi dominium quæsitum est minori, cœpit non posse obligari.* Igitur neque Ecclesia poterit prædium à se emptum obligare venditori vsque ad solutionem pretij: par enim eius, & minoris conditio censetur. Deinde Vlpiani ratio id demonstrat; nempe quia dominium minori quæsitum est, illud deinde sine decreto Prætoris obligari nequit: idem verò valet in Ecclesia, quæ dominium prædij à se empti quæsiuit per emptionem; illud igitur neque obligare venditori, neque alia ratione à se abiicere potest sine solemnitate alienationis, cùm ea hic interueniat.

Respond. Paulum Iurisconsultum in proximè sequẽti lege pugnare cum Vlpiano: *Sed hic,* inquit, *videtur illud mouere quæstionem, quod cum dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit:* ideòque non obligauit illud prædium cuius nondum dominus erat, sed eo ipso momento quo dominium comparauit, venditor, vt suæ consuleret indemnitati ius pignoris sibi reseruauit, siue potiùs eam illi obligationem imposuit, quæ idcircò dicitur à Paulo ab initio inhæsisse, prædio videlicet vendito: quare non priùs fuit quæsitum dominium emptori, deinde res, cuius dominus factus fuerat, ab illo obligata venditori, sed eodem prorsus momento & dominium quæsitum est, *& obligatio inhæsit*, ita vt nequidem duo instantia naturæ liceat in eo contractu distinguere: cùm in ordine, siue in priori ac posteriori naturæ, sit dependentia vnius ab alio tanquam à sua causa; quod hîc fingere non licet, cùm dominium emptori quæsitum non sit causa obligationis factæ venditori, neque obligatio posita à venditore sit causa dominij, sed & dominium, & obligatio prædij sint simul omni prorsus simultate, excludantque omnem inter se prioritatem, & posterioritatem; quia venditor non transfert dominium in emptorem nisi sub ea conditione, atque obligatione quam imponit rei venditæ in ipsamet venditione, quæ conditio valet omnino, & libera est venditori, qui proinde licèt vendat minori, non indiget authoritate Prætoris, cùm minor non quærat sibi dominium, nisi dependenter ab ea conditione, & obligatione, quam ipse non imponit rei à se emptæ, sed accipit à venditore, qui rem ea conditione affectam illi vendit & tradit. Falsò itaque existimauit Vlpian. in hoc casu prædium prius acquisitum fuisse à minore, qui deinde non potuit illud obligare sine sententia Iudicis; fuisset enim vera alienatio. *Vbi dominium quæsitum est minori, cœpit non posse obligari.* Illud, inquam, falsum est, quia, vt aiebat Paulus; *Cum dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit.* Quare quod in illa *l. 2.* & responso Pauli additur; *Si igitur talis species in priuato venditore inciderit imperiali beneficio, opus est vt ex rescripto Principis confirmetur*, ineptum esse Triboniani additamentum pluribus demonstrat eruditissimus Anton. Faber *libro 8. coniectur. capite 12. numero 2.* nam pugnant cum ipsis Pauli verbis, & prima parte ipsius responsi, & denique ratione quam attulit suæ responsionis. Deinde hæc Triboniani insulsa additio falsa omninò est, quia nullo principali rescripto opus est ad confirmandam hypothecam in ipso venditionis contractu mutua conuentione reseruatam, quamuis forsassis extra illam conuentionem eiusmodi hypotheca non valeret, quod ostendit ibidem Faber argumento *l. si fundo 19. D. de seruitut. iuncta. l. quoties 15. D. eod.* & *l. venditor 13. D. commun. prædior.* Meum non est hoc dissidium inter duos celeberrimos Iurisconsultos dirimere, viderint qui suis commentariis iura illustrant, & antinomias conciliare student, sufficit instituto nostro, emptionem in qua venditor ad solutionis sibi debitæ securitatem retinet sibi obligatam, & hypothecatam rem venditam, nullam continere alienationem prohibitam, posseque fieri à minore absque authoritate & sententia Prætoris, authore nominatissimo Iurisconsulto Paulo, cui dum Vlpianus repugnare videtur, loquitur de obligatione & hypotheca, cui subiicitur res empta à minore postquam eius dominium acquisiuit, eam enim deinde obligare non posse nemo dubitat, quod non contingit in nostro casu: quare ratio quam Vlpianus ad confirmandam suam propositionem affert, illam potius euertit. Itaque Bald. aliique vt Vlpiani responsum quoquo modo tueantur, dicunt emptionem sic à minore celebratam validam esse, non verò hypothecam, quod responsum apertè reiicitur à Paulo, cùm ait eodem momento quæri dominium, & pignus, & ab initio obligationem inhæsisse: nam cùm venditio sit conditionalis, conditione deficiente nulla erit emptio, & venditio. Si itaque vendatur prædium sub conditione vt maneat obligatum venditori in pignus solutionis, si conditio obligationis illius nulla sit, nulla quoque erit emptio siue venditio, cùm sub ea tantùm conditione, & non aliter celebrata fuerit; neque ea conditio vllibi reiiciatur à iure.

Ex his omnibus sequitur primò contractum em- 7
ptionis à Prælato Regulari factũ venditore sibi reseruante in ea venditione fundum à se venditum, obligatum per modum pignoris & hypothecæ, non indigere solemnitate alienationis, quæ in eo casu nulla est; quod hactenus ostendimus.

Sequitur secundò huiusmodi contractum à Præ- 8
lato Regulari immediato factum nõ indigere confirmatione siue Capituli, siue maioris alicuius alte-

riua

rius Superioris ad sui valorem, & vt subsistat; quia cùm ille Prælatus possit acquirere monasterio, vt supponimus, neque in hac acquisitione sit aliquid quod illã inualidare possit præter alienationẽ, quæ fingi posset reperiri in eo contractu propter hypothecam, quam sibi retinet venditor ad solutionem vsque integram pretij conuenti, & pluribus hactenus demonstrauerunt in ea obligatione, quam in prædium venditum sibi retinet venditor, nullam esse aut alienationem, aut hypothecam prohibitam, nihil omninò assignare licet vnde inualidetur, aut nutet iste contractus, indigeatque confirmatione maioria cuiusdam authoritatis ad subsistendum.

9 Sequitur tertiò non posse ex eo solùm capite alienationis, & hypothecæ istiusmodi rescindi contractum istum; cùm enim validus existat & firmus, non autem aut irritus, aut irritabilis, non aliter rescindi poterit quàm cæteri omnes contractus validi ac firmi, & neque irriti, neque irritabiles. Imò si iste rescindatur, erit quædam alienatio, vti dicemus consectario sequenti, quia ius valido contractu quæsitum Ecclesiæ abiicietur, & in illum à quo prius validè abierat, denuò transferetur.

10 Sequitur quartò Prælatum Regularem celebrantem contractum de quo disputamus hactenus, non incurrisse pœnas in malè alienantes latas; cùm nullam alienationem, aut hypothecam prohibitam fecerit.

11 Sequitur quintò explicatio nuperæ cuiusdam controuersiæ, an Prælatus Regularia qui diplomate quo instituitur accipit expressis verbis potestatem, *circa contractuum quorumlibet monasterium concernentium celebrationem, non tamen alienationum, obligationum, seu grauaminum, quæ vel monasterium, vel religio ipsa subeat*; possit validè celebrare contractum de quo disputamus hactenus: hoc est, emere suo monasterio prædium, subiiciendo vniuersali hypothecæ omnia bona monasterij in securitatem pretij, & venditore sibi reseruante ius idem prædium à se venditum repetendi, vsque ad integram prætij conuenti solutionem. Ratio dubitandi est quia cùm hic Prælatus ea litteris suæ institutionia nequeat celebrare contractus *alienationum, obligationum, & grauaminum, quæ vel monasterium, vel religio ipsa subire debeat*, & in nostro contractu, etsi non sit alienatio, est tamen obligatio, & grauamen aliquod, quod manasterium necessariò subit; quandoquidem & bona monasterij manent in vniuersum obligata huic venditori, & res quę per emptionem facta iam est monasterij, obligatur expresè, & in indiuiduo venditori; negari non potest monasterium subire nonas obligationes, & grauamina per hunc contractum, quibus antea carebat. Igitur sic Prælatus excedit potestatem sibi concessam, & imponit per hunc contractum noua grauamina contra ipsi factam prohibitionem, quæ simplea non est, cùm fiat per negationem potestatis ita contrahendi, ac proinde contractus aliter factua non modò illicitus est, sed etiam nullus defectu potestatis, qua caret contrahens.

12 Resp. tamen contractum eiusmodi validum esse, quia Pręlatus ille Regularis sufficiẽtem habet potestatem ita contrahendi, cuius tamen solius defectu inualiditatem eius contractus aduersarij persuadere conabantur. Hanc verò potestatem in eiusmodi Prælato reperiri non erit operosum ostendere: nam in primis verba illa; *Circa contractuum quorumlibet monasterium concernentium celebrationem*: denotant amplissimam potestatem, quæ quolibet contractus comprehendit, propter eos qui nominatim subiectis verbis excipiuntur: quæ exceptio confirmat amplitudinem factæ potestatis circa cæteros omnes, qui expressi non sunt. Si enim alij exciperentur, designati profectò fuissent & ipsi: atqui excipiuntur duntaxat *alienationes, noua obligationes, & grauamina*: in hoc autem de quo disputamus contractu, neque alienatio, neque noua obligatio, aut grauamen reperitur: igitur ad illum celebrandum sufficientem potestatem accipit Prælatus ille regularis.

Et quidem iam ostendimus nullam contineri hoc casu alienationem prohibitam; voa enim alienationis in eo diplomate intelligi omninò debet de alienationibus in iure prohibitis, quarum potestas æquissimis de causis sapienter negatur huic Prælato: quare si secus faciat, nihil facit; immò & pœnas contra malè alienantes incurrit.

Quoad *obligationes* verò, & *grauamina* quæ Prælatus iste neque monasterio suo, neque religioni, contrahendo imponere potest, ea sunt noua onera, & molesta grauamina, ad quæ Prælatus suo contractu domum, vel religionem obligare prohibetur: v.g pensiones annuæ, redditus, seruitutes, & similes obligationes nouæ, quæ non sunt necessariò & inseparabiliter conneaæ cum contractu emptionis, aut quæ ex illo non necessariò consequuntur: quæ enim vel implicantur connaturaliter in emptione, aut ex ea necessaria & connaturali consecutione prodeunt, non prohibentur his verbis. Atqui cùm in omni, v.g. emptione plerumque reperiantur, omnis ferè emptio prohibita esset illi Pręlato, qui ferè nihil acqoirere posset vel emptione, vel donatione, aliove modo suo monasterio, ac proinde neque emere, neque donatione, aut testamento accipere prædium laudimiis, aut censibus aut tributis obnoxium, neque feudum clientelare; quia nouas obligationes & grauamina afferret monasterio, posset que eiusmodi emptio defectu potestatis ementis rescindi, sicut & donatio, & legatum propter incapacitatem acceptantis; quod quis dixerit? An non praxis & quotidianus vsua ipsum damnaret; quinimò si venditor defectu solutionis emptorem istum regularem damnari curaret ad pretij vsuras, & interesse, posset monasterium prosequi contractus rescissionem, eo quod ratione illius emptionis grauati se sentiat nouis vsuris non soluti pretij; non potuerat autem Prælatus imponere sibi noua onera, & grauamina, ideóque nullus fuerit contractus emptionis: quod idem contingeret si ad soluendum pretium conuentum cogeretur monasterium pecuniam sub vsuris accipere: nam & hoc nouum onus est, & illúd subire cogitur monasterium vi prioris emptionis. Anne idcircò nulla fuit emptio, eo quod onus istud nouum, quod ea ea consecutum est, Prælatus non potuerit imponere monasterio. Quare ne hæc & similia plurima absurda sequantur, nomine *obligationum & grauaminum*, de quibus nequit contrahere Prælatus iste, neque ea imponere monasterio, intelligere debemus noua quædam onera, eaque extraordinaria, de quibus immediatè contrahitur, non verò illa quæ communia sunt omnibus ementibus, aut alia ratione quidpiam comparantibus: qualia sunt onus pretij soluendi, & ad id pecunias inquirendi, seruitutes fundi acquisiti, laudimia rei emptę, donatæ, aut legatæ, tributa & census. Et quamuis propter ea onera minùs commoda sit monasterio res empta, donata, aut legata; imprudenterque fecerit Prælatus, qui emit & donationem, vel lega-

eum acceptauit; non tamen emptio, donatio, vel legatum inualida esse dicentur, eo quod Prælatus excesserit potestatem circa quodlibet contractus, & prohibitionem alienandi, imponendique nouas obligationes & grauamina, violarit; cùm neque alienauerit, neque alia subierit onera quàm quæ emptionem omnem,& rem donatam, aut legatum, secundùm eius conditiones velut intrinsecas consequuntur; nempe obnoxiam esse laudimiis, censibus, seruitutibus, tributis, fidei clientelari, & aliis eiusmodi conditionibus, quibus res illa spoliari nequit, & cum quibus necessariò transit ad nouum dominum.

13 Sequitur sextò vulgaris controuersiæ definitio, an quoties contractus à Prælato regulari, aut alio celebratus habet connexam aliquam veram alienationem, vel hypothecam prohibitam, totus contractus sit nullus, an verò sola alienatio & hypotheca, contractu cui adiicitur valido persistente.

Resp. duobus modis hanc alienationem vel hypothecam prohibitam adiici posse contractui emptionis; aut alij luctatiuo, siue acquisitiuo. Primò quidem, vt illius pars quodammodo substantialis sine qua nequit consistere talis contractus,qui illam includit tanquam sui partem perficientem,aut conditionem sine qua non: v.g. si nouus sit recens acquisitus fundus cum alio Ecclesiastico permutetur, si in solutionem pretij constitueretur census annuus, aut aliud quodpiam simile ius,si certo iuri teneretur Ecclesia renuntiare, aut si illud prædium Ecclesiæ hypothecæ subiiceretur, & sub his aliisque similibus pactis tanquam conditionibus celebraretur illa venditio, aliusue contractus,ita vt illis deficientibus non subsisteret; certum est non hæc modò pacta quæ continent alienationem vel hypothecam prohibitam, fore nulla, sed ipsam etiam venditionem, nisi solemnia alienationum seruata fuissent: quare totus contractus iure inualidus à Prætore pronuntiaretur.

Secundò alienatio vel hypotheca potest adiici contractui iam prefecto, cuius proinde pars substantialis non est, sed aliquid omninò accidentariò eum illo, siue incontinenti, siue ex interuallo connexum: v.g. si post prædij emptionem,aliquod aliud prædium ad securitatem soluendi pretij subijciatur hypothecæ: hoc casu eiusmodi hypotheca nulla foret nisi fieret authoritate illius qui potest alienare, & cæteræ solemnitates alienationum seruarentur, cùm prohibita sit nomine alienationis, vti hactenus euicimus. Venditio verò cui accessisset eiusmodi hypotheca, quæ tamen illius contractus pars non est, sed ipsi duntaxat adiicitur, valida foret, & subsisteret, nisi quid aliud præter adiectionem hypothecæ obstaret eius validitati; quæ est sententia Baldi. Itaque non posset rescindi ea venditio inuito venditore.

Consectarium XIII.

An solemnitas alienationis seruanda sit in dissolutione contractus.

Assertio vniuersalis.1.

Contractus validus nequit rescindi sine alienatione.2.3.

Contractus nondum substantialiter perfectus rescinditur sine alienatione.4.

Sicut & inualidus ex aliquo defectu.5.

Immò licet sit tantum irritabilis.6.

An donatio plurimùm incommoda Ecclesiæ possit rescindi.7.

De dissolutione fundationis cuiusdam pia casus singularis.8.

An prædium emptum ex pecunia piæ fundationis destinata, recessa ea fundatione possit alienari.9.10 11.

An emptio non confirmata à Capitulo vel supremo Superiore possit sine alienatione dissolui.12.13.14.15.

Resp. dissolutionem contractus quo Ecclesia sibi quidpiam comparauit, v.g. emptione, 1 donatione, permutatione, si perfectus & validus fuit, non posse dissolui sine solemnibus in alienatione requisitis: si verò contractus ille nondum perfectus essentialiter & substantialiter erat, sed tantùm in fieri, & quodam modo in pendenti, vti loquuntur, seu potiùs, si fiebat, & nondum factus erat, vel si erat inualidus ex aliquo defectu siue substantiali & intrinseco, quia non habebat omnia, quæ eius natura requirebat,vel ab intrinseco, quia irritabatur à lege, aut irritabilis erat, dissolui poterit absque solemnitate præscripta alienationibus.

Hæc assertio bipartita est, & quoad vtramque partem non operosè demonstratur ex hactenus disputatis.

Aio igitur primò contractum quo Ecclesia sibi quidpiam comparauit, si iam perfectus & validus a fuit, non posse dissolui absque solemnibus alienationis. Ratio perspicua est; quia in eiusmodi contractus dissolutione vera reperitur alienatio: siquidem Ecclesia rem quam sibi tali contractu valido, & perfectò quæsierat, abiicit à se, & reddit illi à quo acceperat: vbi enim talis contractus perfectus validè fuit, res de qua contrahebatur facta est statim Ecclesiæ, valetque hoc loco quod de contractu minoris nuper dicebat Vlpian. *l. 1. §. vlt. D. de reb. eorum qui sub tut. Vbi dominiū quæsitum est minori, capit non posse obligari*, & multò minus alienari simpliciter, quod fieret per eam dissolutionem. Neque dici potest quod respondebat Paul. *Cum dominio pignus esse quæsitum, & ab initio obligationem inhæsisse*: quia etsi in emptione poterit simul & acquiri prædium, & in pretij solutionem oppignerari modo nuper explicato, cùm venditor non transferat rei venditæ dominium, nisi retinendo illam sibi obligatam in defectum solutionis, atque adeò non quæratur priùs rei venditæ dominium, quàm obligata in pignus maneat venditori, vti exponebamus, sitque huiusmodi hypotheca pars siue conditio sine qua non contractus venditionis; id inquàm dici non potest in nostro casu cùm dissolutio contractus validi, & essentialiter perfecti necessariò sequatur eius celebrationem, neque possit esse pars substantialis eius contractus, qui alioquin simul poneretur, & non poneretur, quia dissolueretur, constaretque substantialiter duobus terminis inuicem pugnantibus, simulque siue eodem instanti esset & nō esset. Priùs igitur illum esse oportet, quàm desinere & dissolui. Arqui dum existit, siue eo ipso quod est, res quæritur Ecclesiæ, eiusque sit igitur licèt sequenti, & proximo instanti dissoluatur, res quæ facta fuerat Ecclesiæ, definit eius esse, & fit denuò illius à quo priori instanti facta fuerat Ecclesiæ.

Volo

Volo autem hunc contractum fuisse essentialiter & substantialiter perfectum; tunc enim obligantur inuicem contrahentes, quæ obligatio dissolui nequit nisi ipsis volentibus, & qui stare volet contractui, alterum cogere poterit, vt contractæ obligationi satisfaciat. Deinde licèt volentes sibi mutuam obligationem condonent, rescindantque contractum; quisque alienat, & abiicit à se ius quod in alterum habebat; cùm mutuæ obligationes, mutua & reciproca iura necessariò inferant; hinc fit, vt quamuis contractus nondum sit mandatus executioni, sit tamen substantialiter perfectus: quare etiam tunc ante impletionem, siue exequutionem dissolui non poterit, quin fiat alienatio iuris per contractum illum in alium, & in eius factum, vel rem quæsiti.

Videndum igitur erit quænam existat natura contractus, qui dissoluitur: An solo consensu perficiatur, an verò re duntaxat: quocumque enim modo substantialiter perficiatur, non poterit dissolui altero contrahente inuito, neque sine alienatione, iuris quæsiti, & dominij alicuius.

Hinc solues quod obiici posset, venditionem nondum tradita re vendita emptori dissolui posse absque alienatione, quia emptor nondum acquisiuit illius dominium. Dissoluetur igitur ea venditio absque vlla alienatione. Verùm cùm venditio solo consensu perficiatur, vti fusiùs ostendimus *c.4. a.1. n.4.* & rei traditio sit illius duntaxat complementũ & exequutio, non poterit dissolui vẽditio alioquin valida, nisi emptor abiiciat à se ius quod habet, vt res empta sibi tradatur, eiusque dominiũ ad vtrumque enim obligatur venditor. Quare licèt traditio rei venditæ requiratur vt dominium eius transeat in emptorem, & per dissolutionem emptionis emptor non alienet dominium, quod nondum habebat, alienat tamen ius habendi illud dominium, quod ipsi negari nisi per iniuriam non potest. Adde ex Conar. & aliis, priuilegium illud esse Ecclesiæ, vt acquirat rei venditæ, aut donatæ dominium, etiam ante traditionem. Cùm enim solum ius positiuum hanc necessitatem traditionis ad acquisitionem dominij induxerit, vti ostendimus *num.4. citato*, potuit indulgere Ecclesiæ vt absque traditione dominium compararet contractu valido, & substantialiter perfecto, antequam compleretur per exhibitionem rei, idque pietate quadam indultum fuisse Ecclesiæ contendit Couar. à nobis eo loco relatus. Non poterit igitur perfecta venditio dissolui sine alienatione; quod verius multò erit si iam re completa sit venditio per rei venditæ traditionem. Seruanda igitur erunt alienationis solemnia in eiusmodi dissolutione, vt validè & licitè fiat.

Aio secundò contractum nondum substantialiter perfectum, sed adhuc in fieri, & in perfici, vt ita dicam, dissolubilem esse sine alienatione; quia per illum nihildum quæsitum est, & quilibet contrahens resilire ab illo potest altero inuito, cui non facit iniuriam, cùm eius ius quod nondum habet non violet, neque alter obligetur stare contractui, qui nondum existit.

Aio tertiò contractum inualidum ex aliquo defectu sustantiali dissolui posse ad libitum, quod nemo negabit; cùm nullam obligationem afferat, aut ius tribuat contrahentibus, quamdiu nullus & inualidus est; itaque per illum nihil acquiratur Ecclesiæ; & per eius etiam dissolutionem nihil alienatur.

Aio quartò contractum non modò irritum ex legis sanctione, sed etiam irritabilem posse dissolui sine alienatione. Et quidem de contractu irrito non potest moueri difficultas, cùm reipsa contractus ille nullus sit, vt suppono ex iis quæ de irritatione contractus à lege fusiùs disputauimus *in opere de vsuris lib. 3. cap. 1. art. 4.* Per illum igitur neque ius, neque dominium, aliúdue quidpiam quæsitum erat, eius igitur dissolutione nihil amittitur.

Difficultas verò esse videtur circa contractum irritabilem, ille enim validus est, sed non firmus, & tribuit ius, sed quod auferri potest: quamdiu autem non aufertur & contractus non irritatur, ius quod per illum quæsitum est manet; ideòque si dissoluatur contractus, abiicitur ius quod quæsitum fuerat. Verùm cùm lex irritabilem velit esse hunc contractum, & ius quod illo quæritur abiicibile, quando deinde abiicietur nihil fiet contra legem; neque illa alienatio potest esse prohibita, quæ conceditur à lege, alioquin lex secum ipsa pugnaret. Alienatio igitur iuris & dominij per contractũ irritabilem quæsiti, fit authoritate legis, quæ talem contractum irritabilem esse voluit. Ergo prohibita non est. Ecclesia igitur vtitur iure sibi concesso à lege. Deinde vel lex facit hunc contractum irritabilem solo arbitrio contrahentium, vel irritari mandat à Prætore; vtroque casu Ecclesia vtitur iure suo, neque potuit facere contra legis edictum ne contractus ille sit irritabilis, & quamuis nõ cogatur vti iure sibi concesso, non potest tamen ius illud non habere, & illo validè vti, si vti velit, atque adeò vel pro arbitrio debet dissoluere contractum, si id permittat lex, vel si à Prætore sit irritandus, agere apud ipsum, vt irritetur; & tunc ipsamet non alienat ius prius à se quæsitum, sed alienatur à Iudice, estque alienatio necessaria, non voluntaria, quamuis ipsa illam sententiam Iudicis curauerit, vti ex beneficio legis curare poterat.

Atque ex hac certa constantique doctrina singulares aliquot difficultates explicabis.

Primò Prælatus aliquis regularis acceptauit donationem prædij suæ domui factam, quæ & in acta publica relata est, atque insinuata, ideóque in eius prædij possessionem iniit: eius deinde Prælati successor expertus magno domus damno eiusmodi donationem plurimis oneribus esse grauatam, tamque ingentibus pensionibus, quas sibi, suisque donator reseruauerat, vt plurimùm prouentus prædij excederent, neque domus illa religiosa ferre posset eiusmodi onera, nisi sua alia bona in illa expenderet: egit igitur cum donatore, vt donatio rescinderetur, quod ille recusabat: nam multò plura colligebat ex suo prædio cum his conditionibus donato, quàm colligeret si sibi illud retinuisset: importunis tamen, & molestis precibus ac querelis fatigatus tandem ægrè consensit in rescissionem donationis. Quærebatur an in ea donationis dissolutione requireretur solemnitas alienationis, atque adeò authoritas maioris Superioris, qui solus poterat alienare, cùm Prælatus ille localis, & immediatus id non posset; cùm enim valida fuisset donatio, & per rei donatæ traditionem possessionemque aliquorum annorum eius dominium quæsitum fuisset illi domui religiosę, atque omni ex parte completus esset contractus; nam domus possidebat iure dominij prædium donatum, eius fructus perceperat, & pensiones impositas aliaque onera suis expensis & damno soluerat, non potuit

Præ

Prælatus illius dominium à se abiicere, & donatori re'cissa donatione restituere sine alienatione. Debuit igitur solemnitas alienationis seruari & prouocari ad authoritatem illius qui alienare poterat, alioquin Prælatus qui tali authoritate carebat, peccauit in leges prohibentes alienationes rerum Ecclesiasticarum, & pœnas ab illis latas incurrit, inualidaque fuit alienatio & rescissio donationis, quæ firma & valida perstabat adhuc, quod ipsum metuebat donator, qui idcircò discissionem donationis nouo contractu factam, confirmari à Superiore qui alienare poterat, iure suo postulabat, ne aliquando domus illa religiosa prædium donatum repetere posset.

Respond. tamen nullam fuisse in donationis illius rescissione alienationem, & Prælatum regularem neque peccasse, neque incurrisse pœnas malè alienantium, dum incommodam & molestam donationem reuocari curauit. Ratio est, quia illa donatio inualida fuerat, utpote sub conditione & onere, non iniusto modò, sed & impossibili. Dixi sub onere simul, & conditione, quia donator non modò illud ius pensionum imposuerat, sed expressè volebat suam donationem nullam esse, nisi ea onera ferrentur à donatario, quæ tamen & iniusta, & ipsi impossibilia erant. Iniusta quidem cùm plurimùm superarent fructus rei donatæ, neque spes ulla esset subleuandi, aut extinguendi eiusmodi grauamina, nisi post plurimos annos, cùm tamen paucorum annorum pensiones valorem donati prædij altero tantùm superarent: singulæ enim pensiones plusquam media parte fructus vineebant. Itaque erat reipsa venditionis contractus, donationis nomine occultatus, cùm tamen neque donatarius emere vellet, neque donator donare; quia nihil reuerà donabat, cùm sibi reddi postularet quod rem donatam pluribus partibus superaret; quinimò ea onera imposuerat initio, easque leges suæ donationi dixerat, quas non acceptandas rebatur; nolebat enim suum prædium donare, sed vbi aduertit Prelatũ donatarium qui rem non satis expendebat, omnes illas conditiones absoluere, donauit libenter, & vbi expertus est sibi percommodam & proficuam esse suam donationem, cùm plura reciperet quàm donasset, ægrè adduci potuit vt prædium suum rescissa donatione reciperet, & non nisi intuitu filij qui illi religioni se addixerat, atque metu litium quæ suboriri iure poterant nunquam in rescissionem donationis consensisset. Cùm igitur conditio donationis & iniusta, & impossibilis esset, eo quod impossibile esset tot fructus ex illo prædio colligi, quot sibi suisque donator reseruarat, inualida erat donatio, quæ donatarium ad aliquid impossibile & iniustum obligabat. Quod confirmatur quia donator rogatus onera illa minuere, & commutare, quandoquidem ferri non possent sine graui damno donatarij, id nunquam sibi persuaderi passus est, ne videlicet argui posset deceptionis & iniustitię commisse, maluitque totam donationem dissolui. Addo non modò inualidam fuisse donationem istam ex eo quod sub conditione iniusta & impossibili facta esset, & cum deceptione donatarij, quamuis se decipi fortassis ipse imprudenter permiserit, aut sibi persuaderi non sit passus; sed etiam quia deficit consensus. Nam vterque contrahens consensit in donationem, & non in venditionem, aut quemlibet alium contractum: cùm tamen hic non esset donatio, quæ liberalis est, & gratuita, atque, vt obseruauimus aliàs; in iure donare est perdere; quia qui donat priuat se re sua, nihilque eius vice vi contractus & obligationis ex iustitia recipit à donatario, alioquin non esset donatio, sed permutatio, vel venditio, aliusue contractus onerosus, non gratuitus. In nostro autem casu donator plus accipiebat vi contractus, quàm daret: quare non modò nihil sua donatione perdebat, sed plurimùm lucrabatur: nam prædij donati prouentus non erant v.g. centum librarum Fräciarum, quamuis magna cura coleretur, & fructus donatori exhibiti erant plus quàm ducentarum, aut trecentarum. Præterquàm quod donatarius plura expendere cogebatur in prædij culturam, quàm ex eius prouentibus, licèt illos omnes sibi retinuisset, colligeret: nam ingratum enim & infertile erat solum vt sæpius neque ipsam sementem redderet; & alendi essent coloni à donatario suis sumptibus, quos coloni, collecta messe tam exigua, refundere non poterant, quare è prædio abibant grauati debitis sumptibus quos soluere nequibant. Non fuit igitur contractus ille donationis, nisi nomine tenus, cùm tamen inter contrahentes id ageretur, vt donaretur prædium in donatarij commodum, & non in lucrum donantis cum graui donatarij damno & iniuria. Cùm igitur ex his omnibus constet inualidam fuisse donationem, non potuit in eius dissolutione reperiri alienatio, ac proinde potuit à Prælato fieri, atque adeò prudenter facta fuit.

Secundò Sempronius pietate, & animarum zelo incitatus voluit assignare certos, & constantes redditus in sustentationem aliquot piorum religiosorum, qui singulis annis per aliquot menses in pagos excurrerent, & instituendis rusticis vacarent; atque vt hoc perficeret vendidit simulata venditione cuidam domui religiosæ prædium plusquam viginti librarum Franciarum millibus: præterea dedit mutuò aliquot millia nummorum sub vsuris, ex quibus omnibus summis sortem quadraginta millium librarum, & amplius confici volebat in fundationem eiusmodi missionum: quum tamen tota fundatio quamdiu viueret reuocabilis esset eius arbitrio, ideoque non incohaturentur missiones nisi dum ipse designaret; interea verò vsuras mutuatitiæ pecuniæ, & prædij venditi, vbi domus illa religiosa in eius possessionem iuisset, percipiebat; dissoluta verò ea fundatione prædium venditum retineri poterat ab illa domo religiosa datis duntaxat duodecim librarum Franciarum millibus, reliqua nouem millia quæ ex dicto pretio supererant, in sustentationem aliquot missionariorum expendenda erant, fuit ea fundatio missionũ acceptata à Superiore Ordinis, atque in gratiarum actionem tanti, vt rebatur, beneficij aliquot sacrificia Sempronio procurata. Verùm vbi mandanda fuit executioni tota ista conuentio plurimas creauit difficultates, quæ vix vnquam satis commodè explicari potuerunt; quare noui tractatus & pacta subinde facta sunt, sed inutiliter, & cum religiosæ domus damno: quare tandem visum est è re religionis fore totam illam fundationem, donationemque rescindere, quod bono illi & ceruicoso viro ad extremum, quamuis ægrè persuasum fuit. Quæritur autem, an in illa dissolutione fuerit aliqua alienatio, quæ proinde maiori quadam authoritate, & aliis solemnibus quàm simplici contrahentium consensu, qui combustis omnibus actis pacta omnia rescinderent, indigeret. Difficultas erat maximè de venditione prædij: nam quoad mutuatitiam pecuniam in illius restitutione non poterat fingi alienatio. Verùm

tùm eùm prædium venditum fuisset viginti tribus millibus Gallicarum libellarum, quæ maximam partem facerent fundationis designatæ, & conuentum esset, vt licèt fundator suam fundationem reuocaret, vti poterat, domus illa religiosa prædium retineret, eiusque prædij partem in aliquot missiones insumendam, & duodecim duntaxat millia nummorum daret fundatori, & venditoris hac venditione quæsitum erat ius, & dominium illius prædij, quod etiam vno anno possederat; immò venditor non nisi nomine emptoris deinde tenebat, à quo & idcireò mandatum procuratorium acceperat ad quasdam expensas necessarias, quas etiam in dissolutione venditionis soluere ipsum emptorem oportuit. In dissolutione igitur venditionis illius erat alienatio iuris & dominij religioni quæsiti.

Respond. tamen nullam fuisse in hac rescissione venditionis alienationem, ideóque validè & licitè factā fuisse, atque nō exiguo domus illius religiosæ compendio. In primis quia simulata duntaxat erat eiusmodi venditio, vt eius nomine fucus fieret consanguineis, qui ad illa bona inhiabant. Deinde quia rescindibilis erat ex mente contrahentium rescissa fundatione missionum, quæ rescissio erat in arbitrio fundantis illas; eaque de causa totius istius conuentionis, ipsiusque etiam venditionis acta authentica in sua potestate retinuerat iste venditor, simul & fundator, vt illa dum vellet, laceraret. Non fuerat igitur illa venditione quæsitum vllum dominium religioni, nisi pendens ex arbitrio venditoris, qui illud repetere poterat, dum liberet laceratis venditionis instrumentis authenticis, quāuis etiam potuisset obligare religionem ad retinendum prædium venditum, & illius pretij partem insumere in missiones, non autem ex contractu venditionis, qui proinde duplici ex capite iniquus erat. In primis ex inæquali contrahentium conditione; quandoquidem venditor poterat rumpere venditionem pro libidine, non autem emptor, qui damnatus esset ad illam obseruandam ipsis tabulis authenticis, quas cùm in sua potestate venditor haberet, ipsis laceratis nequibat ab emptore cogi, vt staret conuentioni. Deinde prædium vix æquabat duodecim millia librarum; & tamen venditum erat viginti tribus millibus: quare perstante venditione Religio dare coacta fuisset venditori duodecim millia, & reliquam partem pretij in missiones expendere, vnde maximam patiebatur iniuriam, & damnum: nam ex suis bonis illos missionarios alere debuisset, non ex fructibus prædij venditi cuius iustum pretium venditori & fundatori persoluisset: quæ iniquissima conditio satis arguit totam venditionem simulatam fuisse, & iniquam: quare tenebatur venditor illam rescindere. Cùm igitur venditor potuerit ex mente contrahentium, atque etiā debuerit ex iustitia venditionem rescindere, idque fecerit, & totam fundationem missionum, quarum causâ hæc omnia pacta facta fuerant, reuocarit ex potestate quam sibi in conuentione fundationis retinuerat, non potuit vllum dominium nisi ex alterius arbitrio pendens domui religiosæ acquiri, quæ proinde nihil alienauit dum prædium illud ab ipsa sublatum est, potuitque procurare, vt dominium sibi permolestum, & perincommodum repeteret ille qui repetendi facultatem ex ipsis primæ conuennis pactis habebat.

9 Tertiò Caius dederat mutuatitiam pecuniam sub vsuris domui cuidam religiosæ, eaque forte fundabat missiones aliquot, & donec illæ fierent, ipse percipiebat vsuras; hanc verò totam fundationem quamdiu viueret reuocare se posse cauerat. Prælatus qui timebat ne istę pecunię sensim expenderentur, iisque consumptis grauata domus maneret tum sorte, quam vbi vir inconstans fundationem cassaret, restituere teneretur, tum annuis vsuris ac fœnore, quod vel fundatori soluere, vel dum fierent missiones in operarum Apostolicarum sustentationem impendere cogeretur, perpetuo damno, sorte absumpta; præterquàm quod sors illa quæ in fundationem dabatur habebat vicem fundi, ac boni immobilis, & proinde consumi non poterat absque alienatione, sed in rei immobilis comparationem expendi illam oportebat, vt diximus nuper. Egit itaque Prælatus cum illo fundatore, vt eiusmodi pecunia in emptionem prædij impenderetur pactis conuētis, quod & factum est, emptumque immobi- prædium, & quod deerat ad integrum pretium religiosa domus adiecit. Aliquanto post tempore Caius alias suscipit cogitationes, & fundationem missionum abrumpit: quæsitum itaque est an prædium ex pecunia fundandis missionibus destinata emptum, extincta illa fundatione posset vendi absque alienatione; id enim plerique negabant fieri posse, quia prædium verè comparatum fuerat illi domui, quæ & illud iamdiu possidebat, neque emptum fuerat nomine fundatoris, sed ipsius religiosæ domus ab eius procuratore, Prælato contractum confirmante. Quod verò pretij pars maior repræsentata fuisset ex pecunia mutuò data à fundatore missionum, & ad eam fundationem in sortem destinata, qui deinde rescissa sua fundatione, illam repetierat, non impediebat quominus prædium illud fuisset factum Ecclesiasticum, potiùs quàm si ea pecunia fuisset ab alio quopiam, quàm ab isto fundatore mutuò accepta: non enim propterea vbi mutuator repeteret suam pecuniam, liceret ad illam exhibendam prædium ex ea emptum distrahere sine alienatione; cùm mutuator talis pecuniæ nihil propterea iuris acquisiuerit in illud prædium, imò quamuis illud sibi obligatum fore iure hypothecæ cauisset, non propterea liceret illud absque alienatione vendere: nam inde tantùm sequeretur manere semper obligatum illi mutuatori, non tamen non fuisse verè & propriè alienatum. Sic res ex furtiua pecunia comparata non fit furis, sed emptoris; immò neque manet obligata vel hypothecata furi, ex cuius pecunia fuit empta. Cùm igitur hoc prædium ex pecunia mutuò accepta à fundatore missionum fuerit emptum; nō fuit propterea fundatoris illius, sed domus religiosæ, quæ emit, ipsa quæreuer eius dominium acquisiuit, retinuitque etiam dissoluta fundatione, ad quam pecunia mutuatitia destinata fuerat. Igitur si vendatur, erit vera alienatio, ad eamque solemnia præscripta sine dubio seruanda erunt.

Videtur tamen non esse alienatio prohibita in 10 hoc casu, quia domus illa religiosa non emit eiusmodi prædium sibi, sed fundatis missionibus, aut fundandis, veluti procuratorio nomine, ideóque dissoluta fundatione, illud sibi non cogitur retinere, sed potest distrahere vt pretium quod dedit recuperet. Cùm enim fundator voluerit prædium illud emi, ex pecunia quam destinarat fundationi, & deinde resoluta fundatione nolit prædium ex sua pecunia comparatum habere, sed suam pecuniam postulet, debet esse liberum Religioni eandem pecuniam ex empto prædio quærere. Cur enim cogetur alia sua bona diuendere aut aliunde pecuniam eandem colligere, quàm ex illa ipsa re, quam

eius

eius fundationis nomine compararat. Quare cùm aliunde pecuniam huic fundatori reddiderit; ipsam ex hoc prædio recipere poterit, neque prædium retinet nisi ad recuperandam pecuniam, quam ex suis bonis fundatori illi reddidit, qui suam in emptionem prædij & fundationem quam moliebatur, impendi voluerat. Totum itaque hoc dominium, quod in istud prædium domus retinet, est in pignus pecuniæ quam fundatori restituit; quæ omnia confirmantur, quia si fundator ipse prædium illud emisset suo nomine, dissoluta fundatione restituendum ipsi fuisset. Atqui idem omninò contingit, cùm eius vices domus religiosa subierit, & non nisi ad fundationem ex pecuniâ ad illam data compatauerit, & si fundator nolit rescissa fundatione prædium habere, sed pecuniam, quidni domus religiosa idem prædium ad colligendam eiusmodi pecuniam diuendere poterit? Cur obligatur prædium sibi incommodum & cum suo damno retinere.

Dices ex hac ratiocinatione sequi prædium istud retineri à domo religiosa vice pecuniæ, quam reddidit fundatori repetenti eam quam prius dederat, & in emptionem prædij ad missionum fundationem expendi, nouis tabulis & pactis fundationis consenserat. Atqui illa pecunia fuerat mutuò data à fundatore etiam sub vsuris, quamuis destinata fundationi missionum. Igitur prædium istud emptum fuit ex pecunia duntaxat mutuatitia. Atqui quod ex tali pecunia emitur, fit prorsus ementis, & non mutuò dantis pretium, vti monuimus: hoc itaque prædium verè quæsitum fuit huic domui religiosæ, quæ proinde illud vendere absque alienatione nequit. Deinde vel hæc domus pecuniam restituit fundatori ex suis bonis, vel aliunde creditò acceptam. Si primum iam ipsa persoluit ex sua pecunia pretium prædij; nam restituit pecuniam mutuatitiam, ex qua prædium soluerat; suo igitur ære comparauit istud prædium, suumque fecit, & si per venditionem modò faciat illud alterius, reuerà alienationem prohibitam faciet. Quod si dicas hanc domum, pecuniam, quam restituit fundatori post rescissam fundationem ab alio quopiam mutuo cepisse, id ipsum quod modo colligebamus sequitur, nimirum prædium emptum fuisse ex pecunia mutuatitia, quandoquidem mutuatitiâ pecuniâ restituit pretium illi qui ipsum repræsentarat.

Resp. hoc quidem prædium ex pecunia mutuatitia comparatum non fieri mutuò dantis pecuniam, sed ementis illud ex pecunia mutuatitia. Verùm domus religiosa non emit illud sibi, sed missionibus, quamuis suo nomine contraxerit, & etiam pecuniam ad eius pretium mutuò ceperit, ideóque dissoluta missionum fundatione, illud retinere non cogitur, sed liberum illi esse debet ipsum distrahere, & pecuniam quam in eius pretium impendit recuperare; quandoquidem fundator eam, quam ad eam emptionem suppeditarat, repetiit, & prædium sibi retinere noluit. Non quæsiuit igitur domus illa dominium huius prædij firmum & stabile, sed liberum, ita vt in eius fuerit arbitrio vel illud retinere, vel ex illo pecuniam quâ in eius emptionem alterius gratiâ, tanquam eius vices gerens expenderat, colligere. Itaque ius quodammodo alternatum est, vt vel illud retineat, vel si mauult ad debitum sibi pretium recuperandum diuendat: quæ libera optio demonstrat hoc prædium non fuisse incorporatum, vt loquuntur Ecclesię, & Religioni, adeóque abdicabile esse.

Maiorem videtur facere difficultatem, quod domus illa regularis iamdiu retinuerit hoc prædium, atque adeò videatur ex illis duobus quæ in eius arbitrio esse dicebamus, alterum elegisse; nempe retentionem potiùs quàm distractionem ad eius pretium recuperandum, neque amplius in eius potestate est variare, & quod primum elegit abiicere, sumereque quod initio recusarat, quod certum est in alternatiuis omnibus: quod enim semel elegeris non potest dimittere, vt aliud quod nolueras, iterum capias. 11

Respondere tamen licet hanc diuturnam retentionem, non fuisse electionem, en quod necessaria fuerit, cùm non se obtulerit occasio, quamuis sæpius quæsita, prædium distrahendi æquis conditionibus, & sine graui damno. Manet itaque libertas adhuc retinendi illud, vel distrahendi, neque si hoc postremum fiat, erit alienatio prohibita, vti fuit hactenus disputatum.

Existimarim tamen ego tutiùs fore petere veniam diuendendi prædium ab eo qui potest facultatem alienandi præbere; esseque grauissimam causam illam concedendi, saltem dubio posito, quòd propter dissidentes sententias, fuerit opus illa potestate ob periculum alienationis prohibitæ: si quis tamen Prælatus ab alia maiori potestate, & solemnibus alienationis prædium distraheret, non damnarem illum tanquam quidpiam commisisset aduersùs leges prohibentes alienationes Ecclesiasticarum rerum, neque obnoxium esse dicerem pœnis contra malè alienantes latis.

Quartò Prælatus Regularis cui diplomate suæ institutionis facta fuit potestas celebrandi *quoslibet contractus monasterium concernentes, non tamen alienationes, obligationes, & grauamina, quæ vel monasterium, vel ipsa religio subire debeat:* emit prædium, retinuit tamen sibi venditor in securitatem solutionis pretij omnia domus bona vniuersali hypotheca, atque prædium venditum speciali obligatum: missus est in possessionem Prælatus, solutaque pretij pars: post aliquot menses illius Prælati successor eiusmodi emptionem sibi minus commodam & vtilem ratus, non modò eam improbauit, sed & supremo Superiori rescindendam esse persuasit, ab eòque litteras obtinuit, quibus totum eum contractum se reiicere significabat, & rescindi mandabat. Verùm cùm venditor renueret, & vellet stare contractui, ad Prætorem prouocauit nouus iste Prælatus, & tandem obtinuit contractus totius irritationẽ: quæritur itaque an in ea dissolutione contractus fuerit alienatio, & an potuerit inuito venditore sententiâ Iudicum, nullus & inualidus pronuntiari. 12

Resp. ex disputatis toto isto capite, vtramque hanc quæstionem explicatam manere, atque in primis in ea dissolutione contractus contineri alienationem. Cùm enim illius dominium comparatum fuisset Religioni valido contractu, non potuit in venditorem denuò transferri sine alienatione, quod nemo negabit. Difficultas est an contractus, quo quæsitum erat illud dominium, validus esset, quod non operosè ostenditur, cùm nullum caput ex quo reddatur inualidus afferri possit. Et primò quidem quod aliqui dicunt in eo contractu contineri duplicem hypothecam, vniuersalem vnam omnium bonorum domus, specialem alteram ipsius fundi venditi vsque ad integram solutionem pretij; hypothecam verò esse alienationem, quæ si sine solemnibus præscriptis fiat, nullum reddit contractum, nuper reiectum fuit, ostendimus enim hypothecam vniuersalem non prohiberi, sed specialem

cialem, quæ tamen non repetitur quoties venditor illo ipso contractu quo rem suam vendit, ius ad illam recuperandam defectu solutionis sibi retinet, & non tradit rem suam nisi sic obligatam; vti fusiùs explicuimus *consectario superiori*, quod in hoc contractu factum fuisse constat: si autem contractui iam celebrato, & perfecto adiecta fuisset illa specialis hypotheca, esset quidem alienatio, eaque prohibita, atque adeò nulla, non inualidaret tamen contractum, cui fuisset apposita; quia eius pars non esset, neque conditio sine qua non subsisteret, sed illi iam perfecto adueniens; quæ omnia fusiùs ostendimus citato consectario, tuncque non posset dissolui contractus validus sine alienatione per quam ius & dominium quæsitum per traditionem ex valida venditione transferretur in alium: sed deberet adiecta specialis hypotheca, tanquam alienatio prohibita nulla & inualida declarari. Secundò non potest dici nullus contractus quòd in eo læsam grauiter esse domum illam religiosam velint aduersarij: nam licet enormis læsio vti explicuimus aliàs, faciat contractum rescindibilem authoritate Prætoris, non fuit tamen nullum, ac proinde si ante rescissionem factam, res per illum comparata restituatur venditori etiam volenti, committitur alienatio iuris & dominij iam quæsiti, & validi, & abiieitur prædium iam vnitum & incorporatum Ecclesiæ. Tertiò non est inualidus ille contractus defectu potestatis in Prælato emente & contrahente. Primò quia iure communi Prælatus potest acquirere monasterio, & Ecclesiæ, vti hic factum est, magno etiam compendio, quod ostendetur inferius. Secundò iure peculiari id potuit Prælatus, de quo disputamus, cùm literis quibus institutus fuit, acceperit potestatem *circa celebrationem quorumlibet contractuum monasterium concernentium, non tamen alienationum, obligationum, & grauaminum, quæ vel monasterium vel ipsa religio subire debeat*: quæ exceptio circa quosdam contractus ostendit amplissimam facultatem circa alios omnes non exceptos, & non designatos. Atqui in ista prædij emptione, nullus contractus in allata exceptione designatus continetur: non enim est alienatio prohibita in iure, de qua sola intelligenda est exceptio ex communi sensu & modo loquendi; neque est alicuius obligationis aut grauaminis impositio, vt patet: nam obligatio soluendi pretium, & solemnitates fundo venditio annexæ, eo quod vel vectigalis sit, vel fiduciarius, non censentur noua obligatio, & grauamen distinctum ab ipsa obligatione quam subit quilibet emptor rei cuiuscumque; transit enim illa necessariò ad emptorem cum obligationibus sibi affixis & cohærentibus: quare si de eiusmodi obligationibus & grauaminibus foret intelligenda illa exceptio circa celebrationem quorumlibet contractuum, nulla relinqueretur facultas huic Prælato celebrandi aliquem contractum siue emptionem, siue quemlibet alium, cùm vix vlla emi aut comparari res possit, quin affecta sit aliqua obligatione, quam emptor acquirendo rem illam, sibi imponat necesse est.

Dices supremum Superiorem non confirmasse, immò & improbasse eiusmodi emptionem.

13 Resp. illam non eguisse ad sui validitatem eiusmodi maioris authoritatis confirmatione, cùm in Prælatu emente esset sufficiens potestas contrahendi. Neque sanè solemne est eiusmodi confirmationem quoad emptiones postulare, nisi aliquando venditores qui verentur omnia, & ne quid non factum fuerit, id importunè flagitant. Cùm enim vulgò & passim Regulares non habeant facultatem contrahendi nisi de consensu Capituli, & aliquando etiam supremi Superioris; qui contrahunt, dum agunt cum Prælato, qui hac in parte non pendet à Capitulo, sed à suo Generali, postulant assensum Generalis, qui tamē vbi nō agitur de alienandis bonis Religionis, aut imponendis nouis obligationibus & grauaminibus, necessarius non est, cùm ipse fecerit amplissimam facultatem Prælato quem instituit, celebrandi quoslibet alios contractus. Quare quòd contractum de quo agimus Generalis non confirmarit, aut etiam improbarit, non facit contractum fuisse nullum, cùm vti diximus ea confirmatio non fuisset necessaria, & improbatio accesserit contractui iam valido, neque retrotrahatur, aut potestatem contrahendi, priùs Prælato dum institutus est, collatam tollat. Non potuit autem Generalis non denegare confirmationem, & non improbare contractum, quem recens Prelatus perincommodum, molestum, & noxium domui ita describebat, vt inde ruinam totius monasterij pendere fingeret, atque eius idcircò rescissionem vellet, quam & Generalis imperauit, eoque facto permisit alienationem, quæ in ea rescissione includebatur: alioquin non fuisset opus ad maiorem illam authoritatem recurrere, potuissetque Prælatus annuente venditore rescindere emptionem, maximè cùm contenderet esse nullam. Quid opus igitur erat implorare authoritatem Superioris ad contractus, qui nullus est, dissolutionem: quare cùm existimauerit Prælatus iste se opus habere maiori illa authoritate, eo ipso ostendit & contractum non fuisse nullum, & in eius dissolutione alienationem includi, quod nos probandum susceperamus.

Aio secundò obtenta facultate alienandi, & dissoluendi factam emptionem, potuisse quidem id perfici annuente venditore, cùm nihil amplius huic dissolutioni obstaret, & mutuo consensu dissolui possint contractus, vti *lib. superiori* disputauimus.

Aio tertiò non potuisse dissolui hunc contractum inuito venditore absque illius iniuria. Cùm enim contractus validus esset, quæsitum erat ius suum venditori sicut & emptori, quo neuter inuitus, & nullo suo facto aut causa potuit spoliari sine iniuria: quæ omnia manifesta fiunt ex æquitate naturali, neque ampliori indigent probatione, vnde.

Aio quartò non potuisse nouum Prælatum dicere vadimonium venditori, & apud Prætorem agere, vt ipso inuito rescinderetur contractus, cùm & validus fuisset, vti ostendimus, & nullam à venditore passus esset iniuriam, aut si quam passus fuisset, poterat quidem agere vt illam repararer, non verò vt contractum discinderet. Et quidem demonstrauimus istius contractus validitatem hactenus, quam idcircò apud Prætorem vrgere non licuit. Iniuriam autem à venditore illatam prætexere non potuit; neque enim fraude, aut artibus fuerat circumuentus emptor, neque enormiter læsus. Ad hoc enim debuisset emere vltra dimidium iusti pretij, quod nunquam ostendet. Rediculum verò est inter hæc damna numerare tum vsuras pecuniæ mutuò acceptæ ad soluendum pretium, tum paucitatē redituum, qui non æquant vsuras pretij: nam in primis hæc damna non sunt illata à venditore, qui proinde ea reparare non tenetur

netur: nam quod ex pecunia mutuatitia sub vsuris pretium illi soluere cogatur emptor, ipsi venditori imputari non debet: quod autem fructus prædij non æquent vsuras pretij non reddit reum venditorem, qui iusto pretio vendidit, neque valor rei ex æqualitate fructuum eius cum pretij vsuris desumendus est, cùm nobilissima prædia exiguos sæpè prouentus ferant, & tamen immenso ferè pretio væneant. Cur igitur emptor neque iniuria violatus, neque damno affectus à venditore venditionem ipso inuito rescindi curabat à Prætore, quod enim quædam incommoda sentiat ex ea emptione, non debet nocere venditori qui ipsorum causa non fuit.

14 Dices hunc nouum Prælatum vsum esse suo iure: cur enim ex priuilegio minorum, quo etiam gaudet Ecclesia, non potuit agere vt rescissa venditione restitueretur in integrum. Cur etiam enormiter læsus in ea venditione non licuit ipsi rescissionem postulare *ex l. 2. C. de rescind. vend.*

Resp. positionem restitutionis in integrum ex priuilegio minorum, & Ecclesiæ supponere validitatem contractus aduersùs quem in pristinum statum restitui quis postulet, quod passim obseruant DD. *in l. in causa 2. D. de minorib.* & *l. 3. C. de restitut. in integrum*: cum glossa *in cap. 1. vers. redire, de in integ. restitut.* Molin. *tract. 2. disp. 573.* & Layman. *lib. 3. tract. 4. cap. 11. num. 1.* Si verò fuit validus contractus necessariò supponit in contrahente potestatem contrahendi, quod tamen negant aduersarij, in eoque potestatis defectu maximè inualiditatem conantur adstruere.

Resp. secundò cum Iurisconsulto Paul. *in l. 24. §. 1. D. de minorib. Non semper ea quæ cum minoribus geruntur rescindenda sunt, sed ad bonum & æquum redigenda, ne magno incommodo huiusmodi ætatis homines afficiantur, & nemine cum eis contrahente, quodammodo commercio eis interdicatur; idcircò nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut negligenter in ea causa versati sunt, Prætor interponere se non debet.* Quæ eadem fuit Iurisconsultorũ mens, sic enim ait Pompon. *in l. 7. §. quæsitum. D. eodem. Non esse minori aduersùs emptorem succurrendum, nisi aut sordes, aut euidens gratia tutorum siue curatorum doceatur.* Et Vlpian. *in l. 10. §. 4. D. eod: Non passim minoribus subueniri, sed causa cognita si capti esse proponantur.* Similia habet in *l. 44. D. eod.* Debet igitur ostendi hoc loco fraus aduersùs Prælatum emptorem commissa, eiusque supina negligentia & grauis læsio monasterij, siue domus religiosæ; minor enim læsio non sufficit *l. scio 4. D. de in integ. restit.* & *cap. pen. de reb. Eccles. non alienand.* Itaque est communis omnium sensus, Panorm. *in cap. 1. num. 8. de in integrum restitut.* Couar. *lib. 1. variar. capit. 3. num. 11.* Molin. *tract. 2. disput. 573.* Fachin. *lib. 3. controuers. cap. 4.* Menoch. *lib. 2. de arbit. cent. 1. casu 75.* Ferdinand. à Castro *de iustit. disp. 1. punct. 19. num. 4.* quæ duo ad restitutionem in integrum necessaria non demonstrantur hoc loco, & licet demonstrarentur, non facerent contractum nullum, sed rescindendum, atque adeò validum supponunt, & consequenter in contrahente potestatem, vt modò argumentabamur. Quod attinet ad *l. 2. Cod. de rescind. vendit.* de qua *superiori capite* pluribus egimus, ea nihil præcipui fauoris confert Ecclesiæ, sed omnibus aliis communis est. Quare eo tantùm casu, quo cæteri, ipsa ad rescindendam venditionem vti poterit. Deinde ex non vulgarium Doctorum sensu solis venditoribus deceptis, non emptoribus fauet, quamquàm & ad hos quoque illam *cap. superiori* nos pertinere voluerimus cum Antonio Gomesio *tom. 2. variar. capit. 2. numer. 12.* Verùm supponit contractum, quem eius legis beneficio rescindi postulamus à Prætore, validum esse, & deceptionem fuisse vltra dimidium iusti pretij requirit, ita vt emptor emerit plusquàm duobus millibus nummorum rem, cuius supremum pretium est mille duntaxat, alioquin emptor non fuerit læsus supra dimidium iusti pretij, vti argumentatur Cuiacius *lib. 16. obseruat. capit. 18.* & Fachin. *lib. 2. controuers. cap. 16.* aliique. Atqui in contractu de quo agimus nondum ostensa est, neque ostendi potuit hactenus enormis illa læsio. Ex quibus omnibus tandem manet & validum fuisse istum contractum, & eius rescissionem inuito venditore fieri potuisse, neque sine eius iniuria à Prætore postulari. Si verò communi partium consensu fieret, fore alienationem, ad quam requireretur authoritas quæ alienationem permittere potest, quam reuerà permisit Generalis Ordinis, cùm eum contractum quem damnosum domui suæ querebatur Prælatus inferior, rescindi voluit.

Aio quintò Curiam illam inferioris vicis, quæ 15
agente nouo Prælato contractum rescidit, & nullum fuisse declarauit, ductam fuisse falsa præsumptione defectus authoritatis in contrahente. Et sanè in sua sententia eam solam nullitatis causam, cæteris omnibus reiectis expressit. Neque difficile fuit persuadere Curiæ defectum istum, cùm ipse Prælatus, qui æqualis cum prædecessore potestatis erat, contenderet hunc defectum interuenisse ex peculiari iure Ordinis, & malè intellectis litteris Generalis, quibus improbabat eiusmodi contractum, & rescindi iubebat. Quare sapienter omninò Curia posito illo defectu, inualidum fuisse, esseque contractum ipsum pronunciauit; sed qui Curiæ imposuit crassa & supina sui instituti, & officij ignorantiâ, ne quid grauius dicam, peccauit, & sibi ipsi iniuriam fecit, cæterisque Prælatis, quos potestate, quam in sua institutione accipiunt priuatos esse voluit. Domui quoque suæ nocuit cum qua nullus deinceps, nisi authore Generali contrahere volet. Fidem denique publicam læsit; cùm enim cæteri neque sciant, neque vulgò scire teneantur peculiare ius illius Ordinis quod falsò obtrudit hic Prælatus, nempe Superiores immediatos & locales non posse quidpiam contrahere, nisi authore Generali, eiusque confirmationem ad firmitatem cuiuslibet contractus necessariam esse, de ea interponenda vix vnquam sibi cauent, nisi agatur de alienationibus, & nouis obligationibus, & grauaminibus, vti nuper exponebamus, atque adeò inualidè contrahunt, & vbi nouus accesserit Prælatus, cui displicebit aliquis contractus, ad eius rescissionem aget, nisi firmatus fuerit authoritate Generalis. Cur igitur non fatentur isti Prælati in omni contractu se indigere authoritate Generalis, & absque illa inualidum fore tractatum omnem? Cur homines minimè malos, & huius iuris ignaros decipiunt? Quare non dubitarim hanc causam à summæ iurisdictionis Curia longè aliter definiendam fuisse, si ad illam foret à venditore prouocatum, & pro validitate contractus pronuntiandum.

Consect.

CONSECTARIUM XIV.

De pœnis malè alienantium bona Ecclesiastica.

MAlè alienantium pœnæ quædam infliguntur ab Ecclesia, aliæ ab ipso Numine, bonorum Ecclesiasticorum dissipationem vlciscente, de prioribus sic statuendum est.

In primis in Paulina extrauagante *Ambitiosæ*, Episcopi, & Abbates interdicuntur ipso iure in ingressu Ecclesiæ, & si per sex menses perseuerent in suo crimine, suspenduntur ab officio & administratione, ipso facto: cæteri qui vel alienant, vel rem alienatam suscipiunt, cuiuscumque dignitatis existant, excommunicantur: denique beneficiatij priuantur ipso iure beneficio, cuius bona alienant.

Secundò Concil. Trid. *sess. 22. cap. 11.* subiecit anathemati, & pœnis aliis, qui sibi bona Ecclesiæ malè vsurpant, sicut & Clericos, qui eidem vsurpationi consensum, & auxilium præbuerunt, quos & suis beneficiis priuat, ad aliaque obtinenda inhabiles facit.

Obseruæ porrò excommunicationem Paulinam non esse reseruatam, sed eam tantùm quæ à Tridentino lata fuit. Fertur & decisio Congr. Conc. Tridenti. quæ has pœnas ad alios Clericos extendit, sed an vsu recepta sit, non constat, vti aduertit Fill. siue Soprants *tr. 144. cap. 6. n. 5.* qui deinde *n. 4.* monet eos solos incurrere has pœnas, qui iure proprio administrationem habent rerum Ecclesiasticarum, illasque alienant, vt beneficiatij & Prælati, atque etiam procuratores, qui ab illis authoritaté acceperunt, non verò cęteros subditos, qui nullum administrationis ius habent: ad has tamen pœnas incurrendas in foro conscičtiæ requiritur vt isti omnes mortaliter peccarint alienãdo, & contrahendo; non modò ex vniuersali regula à nobis opere de cęsoris stabilita, grauiores eiusmodi censuras & pœnas postulare culpam mortalem, sed etiam quia Paulina punit eos, qui aliter facere præsũpserint. Exigit igitur præsumptioně, nempe dolum, temeritatem, arrogantiam cũ contemptu propriæ salutis, & officij, vt habet fusiùs Azor *2. par. lib. 9. cap. 2 q. 6.* Quare qui bona fide contrahunt, existimantque se non errare, non incurrunt in illo foro pœnas istas; quia bona fides excludit præsumptionem, quæ semper est cum dolo & temeritate: quare qui putat se causam iustã habere cur faciat contra constitutionem illam, aut sequitur Doctorum opinionem, aut consuetudinem illi derogasse existimat, neque peccat, neque pœnas incurrit. Requiritur quoque realis alienatio, nõ eius duntaxat attentatio, quia vti pridem in opere de censuris ostendimus, pœnę non infligũtur nisi actui perfecto & consummato, nisi aliud lex significet: quare qui fecerit instrumětũ alienationis, nisi deinde reipsa faciat alienationem, nullam incurret pœnam. An verò quoad priuationem beneficiorũ opus sit sententia declaratoria, neque reus teneatur ante illã beneficium deponere, disputauimus in citato opere.

Non Ecclesia duntaxat & Principes illicitam bonorum Ecclesiasticorum alienationem, & sacrilegam vsurpationem suis edictis coërcuerunt, & grauissimis pœnis vindicarunt, sed etiam sæpissimè Deus vltus est, quod variis exemplis luculěter ostědit Theophil. Raynaud. *in erudito opere de bonis Ecclesi. toto lib. 1.* quem adeas velim, nihil enim tam omniscię eruditioni potest adiici.

R. P. Gibal. De Negotiat. Tom. II.

ARTICULUS V.

De aliis bonis inalienabilibus.

PRæter Ecclesię bona, de quorum alienatione disputauimus hactenus, sunt & quædam alia inalienabilia, nisi certa quadam præscripta solemnitate, de quibus tamen agere pertinet ad alias disputationes; quare illa duntaxat recensere placet indicatis locis in quibus de illis agimus.

Primò igitur fundus dotalis alienari à marito nequit, de qua re fusiùs diximus *in oper. de vsuris lib. 4. cap. 5. art. 17. consect. 11. & 12.*

Secundò bona minorum requirunt authoritatem, & decretum Iudicis vt alienentur, de quibus egimus hoc ipso opere *lib. 2. cap. 4. art. 5. §. 2. & 3.*

Tertiò bona vinculata ratione fideicommissi, aut maioratus, vel iuris primogenitorum, aut legis municipalis, quæ non permittit nisi in certas personas aut certa quantitate, vel modo alienari; de his dicemus *in disputat. de testamentis.*

Quartò bona quę appellantur Coronę Gallicę, & domanialia Principum nostrorũ Augustorum; possunt enim perpetuò repeti, cùm Reges nostri hac in parte priuilegio minorum perpetuò gaudeant; & quę ipsorum sceptris bona semel infixa sunt, ab illis auelli nũquam possunt vltro tractatu indissolubili, quod & alij quoque Principes æmulati sunt. Vide fusiùs ista pertractantem Renatum Chopin. *de domanio lib. 2. tit. 1. & seq.* nobis ad ista Principum iura digredi non licet.

CAPUT IX.

De Ludis.

ON potuimus à ludi contractus expositione abstinere hoc loco, tũ quia frequentissimus est, in eoque plurimæ fraudes & iniutiæ committuntur, tum quia à plerisque non animi laxandi causa vsurpatur, sed tanquam commercij genus plurimis noxium, paucis vtile.

ARTICULUS PRIMUS.

Quid & quotuplex sit ludus.

Quid sit ludus. 1.
Eius necessitas & honestas. 2. 3.
Virtus eutrapelia. 4.
Eius extrema. 5.

Extremum excessus.6.7.8.
Nimirum spurcitia.6.
Scommata.ibid.
Noxij alijs ludi.7.
Effusio nimia.8.
Extremum per defectum rusticitas.9.
Ludus contractus.10.

1 LVdum nominamus dictum vel factum ad animi delectationem, vel corporis exercitationem: neque enim modo Grammaticorum minutias aliò properantes moramur, qui ludum à lusu, atque etiã à ioco distinguunt: nam ludum in factis, quę præter voluptatem, aliquam lucri spem, aut periculum cõtinent, constituunt, vt ludum aleæ: lusũ verò vocant vel lusionem, ea quæ solam voluptatem spectant, vt lusus troche, & similes puerorum lusus. Iocum in verbis, vt facetiis, dicteriis, salibus, cauillis, & similibus ponunt. Nos indiscriminatim hæc omnia nomine ludi complectimur. Et sanè ludi etiam, & ioci præter voluptatem, spem, aut periculum lucri, aut premij habere possunt, sæpiusque habent; vt in lusibus quandoque puerorum videmus. Vnde in omni specie ludorum, & lusionum ratio quæpiam contractus reperiri poterit, vt dicemus inferius.

2 Ludos verò esse humanæ vitæ necessarios, atque idoneam materiam virtutis, quæ animi oblectationi, & exhilarationi modum quem recta ratio postulat, constituat, ostendit S. Thom. 2. 2. *q.* 168. *art.* 2. atque ipse Aristoteles *lib.* 4. *Ethic. cap.* 8. *alias* 4. quamuis iste de solis verborum iocis disputet. Verùm eius ratio id ipsum de aliis quibusque remissionibus probat, vti expendenti facilè constabit, maléque negauit Roger. *tract. de summo bono, cap. de eutrapelia, n.* 2. *&* 4. cui virtuti solos iocos moderandos tribuit quidem Philosophus, quia de illis solis agebat eo loco, neque de ludis, vt ita dicam, realibus disputabat, quia cùm explicuisset mansuetudinem, comitatem, & veracitatem, quæ sunt virtutes ad alium, velletque continenter explicare vrbanitatem, & eutrapeliam illis affinem, eam spectauit duntaxat prout in materia cum illis conueniebat, & prout in verbis consistit; non ideò tamen negauit eam ad alia præter verba pertinere: nam cùm moderatur honestam relaxationem loquentis, & homo possit animum curis intentum ac fatigatum aliis rebus, quàm iocis laxare, atque honestè, & ex virtute remittere, ad eam quoque remissionem virtus illa se porrigat necesse est, nisi placeat duplicem virtutem hoc loco distinguere, quarum vna remissioni quæ iocis, & verbis, altera laxationi, quæ rebus & actionibus quæritur, præsit: quæ distinctio, & habituum multiplicitas necessaria non videtur admodum, cùm sit prorsus materialis, & vtraque eamdem rationem formalem obtineat, nimirum honestam animi remissionem. Quo verò nomine vocanda sit statim quæremus, vbi cum S. Thom. & Aristotele, quod initio proposueramus, ostenderimus necessariam esse aliquam animorum remissionem variis ludis comparatam, eamque à virtute & recta ratione dirigibilem existere.

3 Et quidem quietem aliquam, & relaxationem à continuo labore nostris animis necessariam esse docet ipsa quotidiana experientia, & communis omnium sapientum sensus, idemque Deum ipsum nos docuisse interpollatis dierum & noctium vicibus, & quatuor anni tempestatibus monet eleganter Chrysost. *Hom.* 11. *in Genes.* cui Theodoretus, aliique Patres suffragantur. Nyssen. *verò lib. de hominis opific. cap.* 13. idem singillatim explicat in somno & vigilia sibi succedentibus. Alij musici & cytharedi exemplo, qui & vocem, & fila lyræ remittunt, id ipsum confirmant. Ita Eustatius apud Theodoret. *sub calcem secundi Dialogi.* Cassian. *collat.* 24. *cap.* 21. Gregor. *lib.* 28. *moral. cap.* 12. Anton. *in vitis Patrum lib. de patient n.* 17. Amal. *apud Herod. in Euterpe.* Statius 4. *syluar.* vbi & plura alia similia congerit sapienter omninò Constantini filij Constantij Panegyristes. *Omnium rerum interualla sunt, cessat terra nonalibus, dicuntur interdum flumina resistere, & ipse dies noctibus acquiescere.* Seneca *Ep.* 58. *& lib. de tranquillit. animi, capit. vlt.* fusiùs idem argumentum prosequitur, & veterum sapientum vsum ac sensum refert. Democrit. *apud Stob. serm.* 16. vitam sine festiuitatibus dixit esse viam sine diuersoriis: alios dabit Briciola. *tom.* 2. *lib.* 11. *cap.* 2. Midendorpius *lib. de academ. cap.* 9. & alij. S. verò Thom. loco nuper adducto hac euidenti ratione demonstrat, quam sic efformo. Animus æquè operando fatigatur, ac corpus, immò & corpus ipsum defatigat. Igitur sicut corpus indiget aliqua quiete, & refocillatione ad reparandas vires fractas, ita indiget & animus. Quæ consequentia manifesta est ex identitate rationis: nam vbicumque est defatigatio, ibi necessaria quies est, cùm labor, & operatio continuari non possint fracto & defatigato agente. Quare tota difficultas est in probando antecedente, quod sic exequitur S. Thom. Idcircò corpus operando frangitur, neque cõtinuò laborare valet, quia habet finitam virtutem, & potentiam, & non infinitam, vt patet. Virtus porrò finitis, determinatis & certis operationibus, & non infinitis, aut finitis in infinitum proportionatur. Ergo finities in infinitũ operari non potest Ergo cessare aliquando cogitur ab operatione, & fractam virtutem reparare. Atqui animus habet virtutem operandi finitam duntaxat, quæ certis & determinatis operationibus correspõdet, & proportionatur. Quoties igitur vltra modum sibi determinatum, & in plures aut maiores operationes se porriget, laborare, fatigari, & viribus deficere ipsum necesse est, quare & quiescere ab operatione illa, & vires quodammodo reficere cogitur. Adde vnà cum anima laborante fatigari simul corpus; quia licèt anima spiritualis sit, eiusque vires spirituales, quamdiu tamen vnita est corpori vtitur organis corporeis; & quamuis longè nobiliores operationes habeat corporeis, cùm tamen phantasmata, & sensus ac organa corporea simul suo modo necessariò operentur, siue sua operatione comitentur operationem animæ, licèt sublimiorem multò, ipsum simul corpus laborat cum animo, & vnà fatigantur, ac fractis viribus, quiete indiget, operationesque remittere compellitur. Hæc verò defatigatio maximè contingit, quando anima supra sensibilia, quæ ipsi magis connaturalia sunt, assurgit, & totis viribus attendit operibus rationis, hoc est, vt ego interpretor, quæ non possunt vllo sensu corporeo vt rationi coniuncto attingi, siue ea operatio sit rationis practicæ, inquit S. D. siue rationis speculatiuæ. Rationem practicam nominat eam, quæ circa praxim versatur, quæ ferè sæpe coniuncta habet aliqua opera corporea, & externa, & idcircò in illa animi circa ista practica contentione magis laborat corpus

&

& fatigatur. Quando verò intendit actionibus rationis speculatiuæ, siue soli contemplationi, tunc ipsa anima maximè fatigatur, & laborat, quia supra omnia sensibilia se erigit, & excusso quodammodo, quo deprimitur corporis pondere, ad superiora connititur quantum vires eius patiuntur, quæ cùm finitæ, & determinatæ sint, neque continuò, neque ad omnem vti vellet, operationem sese efferre potest, sed subsidet suo pondere defectis viribus, & fatigatur minus, magisve, quo maiori vel minori connisu ad remotiora à sensibus, & altiora contendit, instar auium, quæ vbi præpete penna liquidum aëra transcendunt, deficientibus viribus, & veluti præscisis alis terram radere compelluntur. *Sicut igitur fatigatum corpus soluitur per quietem, inquit S.D. ita etiam oportet quod fatigatio animæ soluatur per animæ quietem.*

Animæ porrò quies non est cessatio ab omni operatione, quia neque fortassis illa possibilis est, cùm anima nunquam ita dormiat, vt nihil prorsus operetur; neque si illa quies haberi posset, optanda esset: est igitur illa quies in suaui quadam operatione, quæ animum laxet per voluptatem: est enim, vt ait Aristoteles *libro* 8. *politic. capit.* 3. relaxatio, motus animi & requies per voluptatem *ἄνεσις γάρ ἡ τοιαύτη κίνησις τῆς ψυχῆς καὶ διὰ τῆς ἡδονῆς ἀνάπαυσις*: sed eleganter S. Thom. *art.* 2. *cit.* quies animi est delectatio, delectatio verò ita quies est; vt tamen sit quidā animi motus, & appetitus ab appetibili, suauissima immutatio ex præsentia boni delectabilis: quod idem S.D. ostendit 12. *q.* 31. *art.* 1. *ad* 2. Vnde colligit *art.* 2. *q.* 168. 2. 2. *Remedium contra fatigationem animalem adhibendum esse per aliquam delectationem intermissa intentione ad insistendum studio rationis:* nempe per illam delectationem auocatur animus à contentiori operatione, & quodammodo quiescit in molli & suaui alia operatione, instar cælatoris, fatigatos oculos viriditate pascentis, vt obseruat Sen. *ep.* 58. Hanc porrò delectationem causant dicta quędam, & facta in quibus non quæritur nisi delectatio animalis, quæ vocantur iocosa, & ludrica. Ita S. Thom. *art.* 2. *cit.* Nos omnia vno ludi nomine complectimur, vti initio monuimus. Huc refert S.D. quod Aristot. ait *lib.* 4. *Eth. cap.* 14. in hac vitæ consuetudine quandam requiem cum ludo adhibendam esse. Qua porrò ratione dicta iocosa, & actiones ludicræ cieant hanc animi quietem, & delectationem, quam Aristoteles passim voluptatem, alij gaudium vocant, an quod improuisum animum sua absona nouitate occupēt, & suaui admiratione defigant, an aliis de causis; nō explicat S. D. hoc loco, sicut neque quomodo ex ea iocunditate, & voluptate producatur eius germana sobules risus, quem soli homini proprium esse volunt, & cæteris animantibus conuenire negant; quas etiam controuersias nos modò non moramur, longior enim foret illa digressio, quamuis fortassis non intempestiua. Consule Fracastor. *lib. de sympat. cap.* 20. Vales. *lib.* 2. *controuers. capit.* 9. Scaliger. *exercit.* 317. *num.* 6. & elegantissimum scriptorem de la Chambre, *in caractere passionum cap* 4. *de risu*, & alios qui post Aristotelem *in Rethoric. libro* 1. *cap.* 11. Ciceron. *libro* 2. *de Oratore*, & Quintilian. *libro instit. capit.* 3. fusiùs hac de re disputant, sicut & Lælius Bisciola *in comm. Plinij libro* 7. *capit.* 19. satis enim instituto nostro sufficit eiusmodi iocosis & ludicris obtineri illam animi quietem & relaxationem, quam necessariam omninò esse cum Aristotele & S. Thom. demonstrauimus. Expende verò illa Aristotelis verba *cap.* 2. *de poetica*: *τὸ ἀισχροῦ ἐστὶ τὸ γελοῖον· τὸ γὰρ γελοῖον ἐστὶν ἁμάρτημά τι, καὶ ἀνώδυνον, καὶ οὐ φθαρτικόν*. Turpis est particula *Ridiculum*, ridiculum enim est peccatum quoddam sine dolore, neque noxium.

Verùm quia in his ludis siue verborum, siue 4
actionum pluribus rationibus peccari potest, siue secundùm excessum, siue secundum defectum, opus esse aliqua virtute, quæ ex rationis præscripto ludicrorum vsum moderetur, obseruant idem Philosophus, & S. Thom. quam eutrapeliam nominant: quamquam Philosophus eam in solis verbis iocosis attēndat, vt diximus, Sanct. verò Thom. etiam in ludicris, propter identitatem rationis. Cùm in relaxatione per ludrica facta æquè peccari possit, atque per verba iocosa, ac proinde secundùm regulam rationis moderanda sit omnis ea delectatio & animi relexatio. *Habitus secundùm rationem operans est virtus moralis*. inquit Sanct. Thom. *artic.* 2. vbi & obseruat dici eutrapeliam, & *εὐτράπελος* nominari à conuersione bona, quòd benè conuertat aliqua dicta, & facta in solatium. Aristoteles autem aliam huius nominis notionem reddit 4. *Ethicor. capite* 14. qui aptè, inquit, ac moderatè iocantur; dicuntur *εὐτράπελοι* quasi versatiles *οἷον εὔτροποι*, quasi ad versionem apti; *Morum enim eiuscemodi esse videntur motiones, atque vt corpora, ita etiam mores ex motionibus iudicantur.* Quæ verba sic explicat Andronicus in paraphrasi, vt sicut elementa ex variis ad centrum vel à centro motibus dignoscuntur, ita varij externi motus in iocando & relaxanda mente, discrimen animorum repræsentant. Atque vt Eustratius in eundem locum interpretatur; sicut ex motu & gestu dignoscitur aptitudo corporis sitne agile, an lentum; sanum, aut ægrum; validum, an infirmum, ita ex facetis iocis, quasi aptis quibusdam motionibus, & velut animi gestibus, eius elegantia & concinnitas dignoscitur. Dicitur & hæc virtus Aristot. *capit. citat.* *ἐπιδεξιότης* dexteritas, & vrbanitas, quia inquit dexteri & vrbani hominis est talia dicere, & audire, qualia probo & ingenuo conueniunt: quædam enim sunt quæ & ioco dicere, & audire talem hominem decet: & ingenui hominis iocus, & seruilis, item eruditi, ab inerudito ioco distat; quod ostendit exemplo recentiorum, & veterum comædorum; nam veteres obscænitate risum mouebant, recentiores verò non efferebant apertè turpitudinem alienam, contentique erant eius suspicionem dare. Dexteritate igitur opus est, vt quis sales verborum, & iocos adhibens ita medium teneat, vt alij non offendantur suis iocis & conuitiis, cùm magna sit in ea re varietas; quidam enim eo offenduntur, quod alij in bonam partem interpretantur.

Duo denique extrema vitanda sunt, in eoque 5
consistit huius virtutis, quam medium habitum appellat Aristoteles, præstantia. Primum extremum facit Aristoteles scurrilitatem: qui inquit, ridiculis excedunt, scurræ esse, atque importuni videntur: *τῷ γελοίῳ ὑπερβάλλοντες βωμολόχοι, καὶ φορτικοὶ*, iique sunt, qui, vt subdit Philosophus, ridicula tantùm affectant, studentque potiùs risum mouere, quàm honestè loqui, & non afficere dolore siue offendere eum quem cauillantur: & *sub fin. cap.* Scurra cùm superetur ridiculis, hoc est in eis non satis temperans sit, sed nimia iocandi, &

facetias agendi cupiditate abripi se patiatur; hoc vnum intendit, vt risum moueat, eaque de causa neque sibi, neque aliis parcit, eaque dicit quæ neque vrbanus diceret, neque sæpius audiret. De nomine porrò βωμόλοχος, quo eum appellat Aristoteles, plurima habent eius Commentatores Zuingerus, Gifanius, Balfoureus, & Eustratius, qui postremus aripetam interpretatur, quod nomen vsurpabatur de rapidioribus auibus, quæ aris circumuolitabant, vt reliquias ex sacrificiis raperent, & de mendicabulis, quæ aris assidebant, & aliquid adulando à sacrificantibus extorquebant, quod adulationibus & facetiis faciunt scurræ, qui ita dicuntur quasi securræ, quòd oblectandi risumque mouendi causâ ditiores hoc genus hominum sequi soleat. Βωμόλοχοι igitur, quasi περὶ τοὺς βωμοὺς λοχῶντες & Aristophanis Interpres *in nubib.* βωμολόχος καλεῖται ὁ ἐσθίων παρὰ τὸ λοχᾶν τὰ ἐν τοῖς βωμοῖς ἐμπεθέμενα θύματα: nam etiam quandoque diuina ad suos iocos & ludos impiè vsurpant.

S. Thom. 2. 2. *quæst.* 168. *art.* 5. ait superfluum in ludo contingere duobus modis. Primò ex ipsa specifica ratione actionum, quæ sumuntur ad ludum, cùm sapienter dicat Tulli. *lib.* 1. *officior.* esse quoddam iocandi genus illiberale, petulans, flagitiosum, obscœnum, dum scilicet quis vtitur ludendi causâ turpibus verbis, vel factis, aut proximo nociuis, quæ sunt peccata mortalia. Secundò contingit excessus in ludo cùm debitæ circumstantiæ temporis, loci, personæ, & negotiorum non seruantur.

6 Cauenda igitur est tum in facetiis, tum in actionibus, quibus ad laxandum animum vtimur, omnis obscœnitas, atque etiam in scriptionibus, quod postremum malè negat Plinius *lib.* 4. *ep.* 14. faseturque in suis Hendecasyllabis aliqua petulantiora videri, quo exemplo suam quoque lasciuiam in scribendo tuetur Ausonius *Edyllio* 3. *sub fin.* Sed quàm letbale sit hoc venenum quod aureo calice propinatur à politissimis aliquando, sed spurcis scriptoribus, docent Augustin. *lib.* 1. *confession. cap.* 16. Viues *lib. de institut. christiana puell. cap.* 5. Trithemius *de scriptoribus in Poggio*, quem libros quos de facetiis scripsit, plurimo cœno conspurcasse queritur. De turpiloquio adi Carondam Catinæum apud Diodorum *lib.* 12. *bibliot.* Themist. *orat.* 7. atque è nostris Saluian. *lib.* 6. *de prouidens.* Ambros. *lib.* 1. *offic. cap.* 10. Chysolog. *serm.* 115. Paucis istos turpiloquos describit Sidon. *lib.* 3. *Ep.* 13. *Quibus nihil pensi, nihil sancti est in appetendis, garriendisque turpitudinibus, quique quod verbis inuerecundis aurium publicarum reuerentiam incessant, granditer sibi videntur facetiari.*

Secundò ad vitandum hoc extremum in excessu ludorum vitandæ sunt facetiæ aculeatæ, scommata, & actiones quæ lædunt & exulcerant alios, quæ Latini *dicta* vocarunt, quod ex Cicerone Macrobius *obseruat. lib.* 1. *Saturn. cap.* 1. Græci verò σκώμματα ex eodem *lib.* 7. *c.* 3. vbi scomma definit morsû figuratum, qui sæpè fraude, vel vrbanitate tegitur, tantóque pressiùs hæret quàm aperta contumelia, vt hami angulosi quàm directi mucrones tenaciùs infiguntur, & plures eiusmodi veterum iocos eodem loco refert. Plures aliòs etiam recentiores dabit Brisson, *opere de facetiis*, & Iouius Pontan. *de sermone lib.* 3. 4. 5. 6. In hoc argutum & mordax facetiarum genus pluribus inuehitur Chryſ. *in ep. ad Ephesi. homil.* 17. *in morali*: quòd risus ille sit intempestiuus, & mimum potiùs, quàm Christianum deceat; animum molliat, & lenem faciat, conuitia & bella pariat, atque inimicitias eorum qui siue præsentes, siue absentes læduntur, mentis totius harmoniam dissoluat, atque, vt alia quæ eo loco congerit S. Chrys. præteream εὐτράπελον nominari dicit; qui varius, versutus, instabilis, leuis & in omnia mutabilis est. Vide eundem *hom.* 6. & 38. *in Matth.* Valerian. Cemeliens. *hom.* 6. nominat *figurata conuitia stulta fatigatione composita, dulcibus, vt aliqui putant, sed multis cincta plagis, ac mortiferis insuper armata suppliciis: nam quamuis lætitiam excitent; odia tamen frequenter incitant.* Atque adductis aliquot eiusmodi scommatum exemplis tandem concludit. *Cauendum ergo est dilectissimi, ne scenico sermone alter alterum lædat, & theatralibus verbis verecundiam fratris læsæ existimationis incutiat: solet nimia oris facetia excitare motus animorum, & sermo lætitia accinctus reciprocum parare conuitium: sic demque scintilla quamuis parua flammas enomit, & ex nihilo exorta magna frequenter mouet incendia.*

Quod dixi de vitandis aculeatis facetiis, idem 7 omninò dicendum est de ludis quibusdam erudelibus, & inhumana feritate, vt de amphitheatro loquitur Cassiodor. *lib.* 5. *Epist.* 42. alibi afferendus. Eiusmodi sunt lusus, quibus cum aliorum læsione quidam oblectantur, qualis fuit Samsonis capti & excæcati ludus, quem ludere iossus est coram Philistæis in fano Dagonis sui compotantibus, & iam ebriis, atque in omnê proteruê effusis. *Iudic.* 16. *v.* 25. *Cùm bonum esset cor eorum*, inquit Hæbraica lectio, quo loquendi modo solet hilaritatem ex vino potatn explicare. 1. *Reg. cap.* 23. *verſ.* 36. *Cor Nabal iucundum*: Hebr. *Bonum, erat enim ebrius nimis.* Esther 1. *verſ.* 10. die septimo; *Cùm Rex hilarior & post nimiam potationem incaluisset* Hebraice; *Cùm esset bonum cor Regis in vino.* Cùm igitur ebrietate incaluissent Philistæi, & in cachinnos effusi, iusserunt adduci Samsonem, vt eis luderet, quem ludum interpretatur Ariasineptas, & impuras saltationes, quales deinde in Floralibus Romæ sunt vsurpatæ; Lyran. & Abulens. *qu.* 47. cæcam in columnas & parietes allisionem, in quas impingebat. Serarius verò in illud *cap. qu.* 25. obseruat vocem Hebræam ridere, ac rideri, ludere, & ludi significare, & hoc loco pessimè vsurpari: rideri autem, ac ludi est materiam ridendi, ludendive aliis præbere, quod qui faciunt, sæpè omnium minimè rident, ac ludunt: nam aliquorum dicta, facta, gestus, incessus, illos etiam inuitos, ac nolentes aliquando deridiculos exhibent, & aliena miseria, quæ fletum, & misericordiam elicere deberet, quibusdam gaudium, voluptatem, sannas, iocos & risus excitat, vt cæcitas, claudicatio, deformitas, squalor, conspurcatio, laceratio, excarnificatio, mutilatin, excruciatio, maximè cùm ista patiuntur illi quibus alij inuident quos oderunt, & à quibus iniuriam aliudve passi sunt. Hoc igitur ludi genus lusit Samson Philistæis, quibus ipse, & lusus, & risus fuit sua calamitate, patiendo quidquid illis inferre collibitum esset: quare Regia *verſ.* 25. habent ἐνέπαιζον αὐτῷ illudebant ei, irridebant eum, & *verſ.* 27. dicunt eum ἐμπαιζόμενον irrisum, & illusum: quem ludum explicant LXX. vbi enim *verſ.* 25. dixerunt ἔπαιζον ἐνώπιον αὐτῶν, addunt explicationis causâ καὶ ἐρράπιζον αὐτόν, colaphis & alapis eum cædebant, vel baculis: nam ῥαπὶς est fustis, baculus: quare Mercurius, qui ῥαβδοῦχος, dicitur etiam χρυσόρραπις. Est quoque in scripturis ῥαπίζω & ῥάπισμα colaphus, alapa, & ῥαπίζειν depalmare; alapam impingere. Matth. 5. 39. Ioan. 18. 2. & *cap.* 19. 3. Isaiæ 5-

97.6. Osee 11.4. Iuriscōsulti Græci vocant *ῥαπίσματα* in manumissione seruorum, quæ Latini dicunt alapas. Vide plura apud Serar. Philistæis itaque ludus erat Samson tolerando eorum dicta, sales, sannas, contumelias, protractiones, protrusiones, exagitationes, vexationes, conspntationes, colaphos, & depalmationes. Hæc enim infligere in deliciis, & ludis habent tumidi quidam, & insolentes. Similes ludos damnat Cyprian. *de spectaculis sub fin. Nam illa altera dementia est manifesta, otiosis hominibus negotiatio sua, vt vapulent, & prima victoria est vltra modum humani ventris esurire potuisse super titulo corona edacis flagitiosæ nundinæ: ictibus infœlix facies locatur, vt infelicior venter saginetur.* Similia dabit Nazianz. *carm. ad Nicobulum patrem: num.*16. de iis qui mutuis colaphis cachinnos spectatorum captabant. S. Chrys. *hom.*49. *in Matth* & *oratione de S. Babyl.* de iis qui cædendis aliis animum laxabant: *hom.*12. *in* 1. *ad Cor.* de iis qui risum captabant ex miseria mendicorum calceos mādentium, vel per gelu nuda corpora trahentium, vel acutos clauos capiti infigentium, vt fœdo illo spectaculo exhilaratis adstantibus stipem elicerent. Simplic. *in enchirid. capit.*15. de his qui dira quæque ioci causâ patiebantur, vt stipem colligerent. Tyri. *ser.*12. *de spectaculo*, meminit pugnæ inter aratorem, & militem, qui mutuis vulneribus se cædebant, in conuiuiis exhiberi solitæ. Synæs. *in Encomio* Caluitij meminit nescio cuius, qui cùm arte potiùs quàm natura caluus esse, vt in theatro firmitatem capitis ostentaret, cum feruente pice conflictabatur, cum inducto ariete coniscabat; eminus concinna quadam agitatione, & capitis micatione ferebatur, figlina illisa frangebat, scindebatur, contundebatur, eodem denique capite accuratiùs quàm Attico calceo præsaltabat: aduersùs ista spectacula, & pœnas vænales inter conuiuia consule elegantissimum scriptorem Valerian. Cemeliens. *hom.*10. quæ est de Parasitis.

8 Tertiò circa ludorum excessum, & relaxationes nimias attendendum est, ne toti in iocos, ludos, & risum effusi simus, quod damnat Senec. *lib. de tranquill. anim. cap.*15. *Lusus iocique frequens vsus omne animi pondus, omnemque vim eripiet: nam & somnus refectioni necessarius est, hunc tamen si per diem noctemque continues, mors erit; multum interest remittas aliquid, an soluas.* Similia dabit *epist.*15. ideóque etiam Patres immoderatum risum improbant; Augustin. *serm.*248. *de temp.* Clem. Alexand. *lib.*3 *pædag. cap.*5. Chris. *orat. aduersùs facetias.* Nimium quoque risum arguit in Iuliano Nanzianz. *orat.* 1. Nissen. *homil. in cap.*2. *Ecclesiast.* ex ipsa oris & corporis conformatione risum damnat. Clem. Alexand. *lib.*2. *pædag. cap.*5. vocat decoram vultus remissionem instar instrumenti musici, *μειδίαμα*, id est subrisionem, inconcinnam dissolutionem *κιχλισμὸν*, & *καγχασμὸν* cachinnationem, priorem fœminarum, posteriorem virorum esse. Ipse Ecclesiastes *capit.*2. *vers.*3. risum reputat errorem; hoc est interprete Nyssenn & Olympiod. *Dixi risui amentiam*; perinde ac si diceret, *Risui insanus es, & emota mentis*, alij reddunt, *risum dixi circumuagationem*; alij *circumlationem περιφορὰν*; de quibus interpretationibus adi commentatorem Pinædam. Fusiùs quoque ipse Salomon de vitanda stulta & vana lætitia risuque immodico, & indecoro disputat toto *cap.*7. *Ecclesiast.* vbi illud *vers.*7. obseruat: *Quia sicut sonitus spinarum sub olla, ita risus stulti. Ille fragor ardētium spinarum, inquit Olympiodorus, planè percipitur auditu, quamquàm oculis non cernatur: Ita & immodicus cachinni sonus stultos facilè prodit. Tum verò inde à spinarum globo fumus attollitur; sic quoque quadam caligo mentis ex huiusmodi risu cognoscitur.* Cùm autem proximiori versu de adulatione ageret Ecclesiastes, subdit de risu tum illius, qui adulatione exultat, tum ipsius adulatoris lætitia, per simulata palpantis alterius vitia, & voce gestuque illi plaudentis, quem adulatoris esse characterem describit Theophrast. Verùm sicut spinarum & palearum crepitantium flamma diuturna non est, ita neque risus stulti adulatoris constans, & stabilis est. *Spinæ cùm ardent*, inquit Ambros. *exhortat. ad Virg. sonant, & citò exuruntur, vt nullus caloris sit effectus; vnde & de Iudæis dictum est, exarserunt sicut ignis in spinis, exusti sunt enim suo risu, & conflagrarunt in domini passione*, &c. *Sic ergo est risus stultorum, qui sine gratia sonat, & ollam sui corporis vrit.* Hic denique excessus ludi in eo est, quod aliqui finem in delectatione ludi constituant, vti monet S. Thom. 2.2. *quæst.*168. *art.*2. *ad* 1. eóque refert illud Tullij *lib.*1. *officior. Non ita generati à natura sumus, vt ad ludum & iocum facti esse videamur, sed ad seueritatem potiùs, & ad quædam studia grauiora atque maiora.* Certè de stultis dicitur. *Sapient. capit.*15. *vers.*12. *Æstimauerunt esse ludum vitam nostram*, non eo quidem optimo sensu quo Plato apud Plutharch. *lib. de animi tranquill.* Epictet. *in Enchyrid. cap.*23. Seneca *ep.*83. & alij qui curas hominum inanes quas in rebus ludicris sæpiùs insumunt, arguunt, & eius prætereà breuitatem, quam cum scenæ actoribus Augustus comparabat; sed quia sicut in alea optimus quisque iactus aleatori expetendus est, vtcumque tamen ceciderit adhibenda est cura, vt in eo quod casus tulerit optimo vtatur: quare Terent. *in Adelphis.*

Ita vita est hominum quasi cùm ludas tesseris,
Si illud quod est maximè opus iactu non cadit,
Illud quod cecidit fortè id arte vt corrigas necesse est.

Non hoc inquam, aliove simili optimo sensu improbi illi de quibus agit Sapiens vitam nostram lusum esse existimabant, sed quia vt luderent se factos censebant, & puerorum ridiculis curis ætatē suam contererent; lusum enim ibi vocat *παίγνιον*. *Παῖς* dicitur à *παίζω*, id est ludo, *παιδιὰ* ludus, inde *παίγνιον*, quā vocem Latinam fecit Plaut. *in Persa.*

Pægnion deliciæ pueri salue.

Ludis igitur continuis vitā occupare, est perpetuò puerum esse & agere, quod maximè verum est quādo non aliud hoc crebro, & ferè perpetuo ludo quæritur quàm delectatio, & relaxatio, quare monet S. Thom. *artic.*2. *sæpiùs citato ad* 3. *Operationes quidem ludi secundùm speciem suam non ordinari ad aliquem finem: sed delectationem, quæ ex ipsis habetur ordinari ad aliquam animæ recreationem & quietem.* Non igitur ipsa sola ludi delectatio quærenda est, sed animi quies, & virium eius reparatio, vt sic promptior & vegetior suis operationibus vacare possit, ideóque Tull. *lib.*1. *offic.* vt *ibidem* refert S. D. ait ludo & ioco vti quidem licet, sed sicut somno & quietibus cæteris, tum cùm grauibus seriisque rebus satisfecerimus. Eadem fuit Critonis Pythagorei mens *in fragmentis, num.*273. & Aristotelis ipsius; nam *lib.*10. *Ethic. cap.*6. eos qui finem vltimum in ludo collocabant ex eo arguit, quòd ludus & relaxatio non sit expetibilis propter seipsam, sed vt sic laborem acriùs & alacriùs resumas, eamque in rem Anacharsidem laudat: *Non est*, inquit, *in lusu fœlicitas; absurdum*

enim est lusum esse finem, & negotiari & laborare tota vita ludendi causâ: nam omnia, vt ita dicam præter fœlicitatem alterius causâ expetimus, quippe cùm finis ipsa hæc sit. Seriò autem agere & laborare lusionis causâ stultum planè ac puerile admodum videtur, ludere autem vt seriò agat quispiam, ex Anacharsidis sententia videtur rectè se habere, quippe cùm lusus requiei similis sit, & cùm nequeant homines assiduè operari, requie indigent. Non est igitur finis requies, causâ enim operationis fit. Pergit deinde demonstrare ludum neque finem, neque fœlicitatem esse; quia vita non est fœlix nisi ex virtute, quæ & seria & studiosa est, non in lusu versatur. Deinde seria & studiosa præferimus ridiculis & lusibus: circa ista enim non occupatur melioris partis hominis nobilior operatio, quæ sola fœlicitati accommodata est. Denique ridiculis, & voluptatibus æquè mancipium frui potest, quàm optimos quisque; nemo verò tribuit mancipio fœlicitatem, cùm vix ipsi vitam concedat. Hunc eundem ludorum & iocorum finem, nempe negotiationem vegetiorem assignat idem Philosophus *lib. 8. politic. cap. 3. In negotiis vtendum est ioco: nam qui laborant indigent relaxatione, & huius gratiâ est iocus, negotia verò sunt cum labore & conatu: & propterea oportet iocum adhibere, qui tanquam medicinam eo tempore afferat: nam relaxatio est huiusmodi motus animi & requies per voluptatem.* Idem denique voluerunt qui iocos sales nominarunt: sal enim condimentum est, non cibus, vt ait Plutarch. *in Symposiac. q. 1.* & moderatè cibis adhibendum est.

9 Alterum extremum circa ludos vitandum, est rusticitas, quam Aristoteles *lib. 4. moral. capit. 14.* ἀγροικίαν vocat: ἄγριος, inquit, εἰς τὰς τοιαύτας ὁμιλίας ἀχρεῖος· οὐδὲν γὰρ συμβαλλόμενος πᾶσι δυσχεραίνει: ad eiusmodi consuetudines ineptus est; & cùm ipse nihil conferat, omnia ægrè accipit. Hanc porrò rusticitatem defectum, & vitium esse demonstrat S. Thom. *quæst. 168. art. 4.* quia est contra rationem, vt aliquis se aliis onerosum exhibeat, dum non modò nihil delectabile exhibet, sed etiam aliorum delectationes impedit. Modum inter labores & otium ponendum monet pluribus Clem. Alexand. *lib. 3. pedag. cap. 10.* quare de Porcio latrone queritur Seneca *initio controuersiarum*, cui modus in omnibus deerat siue ludis, siue seriis intenderet: *Nesciebat dispensare vires suas, sed immoderati aduersùm se imperij fuit.* Sapientius Plin. *lib. 8. ep. 2. Vt in vita, sic in studiis pulcherrimum & humanissimum existimo seueritatem, comitatemque miscere, ne illa in tristitiam, hæc in petulantiam procedat, qua ratione ductus grauiora opera lusibus, iocisque distinguo.* Et Ambros. *lib. 3. officior.* quomodo interpungenda sint opera, & labores ludis & otio, monet. Denique, *sicut risu inepto res ineptior nulla est*, vt aiebat Catullus; ita nec grata est facies cui gelusinus abest, inquit Martial. *lib. 7. epig. 24.* Hæc demùm omnia paucis complectitur Aristoteles *lib. 1. magnor. moral. cap. 31.* Εὐτραπελία δ' ἐστὶ μεσότης βωμολοχίας καὶ ἀγροικίας, ἔστι δ' ἡ τὰ σκώμματα. ὅτι γὰρ βωμολόχος ἐστὶν ὁ πάντα καὶ πᾶν οἰόμενος δεῖν σκώπτειν. Ὁ δὲ ἄγροικος ὁ μήτε σκώπτειν, βουλόμενος δεῖν μήτε σκωφθῆναι, ἀλλ' ὀργιζόμενος; ὁ δ' εὐτράπελος ἀνὰ μέσον τούτων ὁ μήτε πάντας, καὶ πάντως σκώπτων, μήτ' αὐτὸς ἄγροικος ὤν. ἔσται δὲ ὁ εὐτράπελος διττῶς ὑπολαμβανόμενος, καὶ γὰρ ὁ δυνάμενος σκῶψαι ἐμμελῶς καὶ ὃς ὑπομένει σκωπτόμενος. Eutrapelia est mediocritas in cauillationibus, dicteriis, iocis, & facetiis, hæc enim omnia σκώμμα significat; est etiam media inter scurrilitatem & rusticitatem: nam scurra in omnibus & omninò cauillandum esse existimat; rusticus & agrestis neque ludere, neque iocari, aut cauillari vult, neque irrideri, aut illudi, sed continuò irascitur, & excandescit; at verò eutrapelus, siue vrbanus, medius est inter illa duo extrema: nam neque in omnibus ludit, aut facetias, & iocos facit; neque rusticus est, & durus. Duobus autem modis hanc mediocritatem seruat, cùm & moderatè iocetur, & aliorum etiam iocos excipiat: dicebatur & hic vrbanus siue εὐτράπελος, χαρίεις gratus, lepidus, scitus, facetus, elegans; & χαρίεντες homines excellenti gratiâ, quòd illis plus ingenij, solertiæ, prudentiæ, venustatis, alacritatis, vt aspirasse tres veterum gratiæ viderentur: χαριεντίζομαι χαριεντίζω καὶ κατασκώπτω: facilè cauillor, lepida & grata vrbanitate, & salibus vtor; χαριεντισμὸς, festiuitas sermonis, facetum, & acutum dictum, & vt ait Rufin. est figura qua dictio fit cum amœnitate mordax: & Cicero *lib. 3. de oratore*, ad hilaritatẽ impulsio. Σκῶμμα porrò & γέλοιον distinguunt, in quibus immorandum non videtur. Obseruo duntaxat σκώπτειν, & σκῶμμα deriuari à quibusdam auibus nocturnis, quas σκῶπας dicebant, quæ saltatione capiuntur; vnde σκώψ saltatio variis motibus ad illarum irritationem, de qua Pollux *lib. 4. capit. 14.* indeque tandem σκώπτω illudo, maximè alterum irritando, vnde ad dicteria & iocos etiam aculeatos, vox ista tandem translata fuit.

Egimus hactenus de ludo, vt laxatio quædam, & quies defatigati animi est; nunc de illo vt quidam contractus est disserendum restat; eam enim ob causam de ipso disputamus hoc loco. 10

Est igitur ludus contractus quo ludentes inter se paciscuntur vt victori cedat quod vterque deposuit. Potest iste contractus etiam alios quàm colludentes respicere; nam potest quis tanquam munerarius victori præmium spondere, tuncque inter colludentes, & muneratium celebrabitur contractus: sicut etiam quando alij ludentium factionibus adhærent, aut cum illis in societatem lucri & damni veniunt. Ludus porrò quandoque fortunâ, quandoque ludentium industria, aliàs vtróque modo simul regitur: suntque omnes isti ludi, modò in illis seruentur conditiones, quas aliorum contractuum æquitas requirit, liciti ex natura sua, & per se loquendo, nisi aliunde ratione alicuius circumstantiæ, & materiæ, personæ ludentis, prohibitionis, & eiusmodi aliorum adiunctorum corrumpantur: quod enim dubitari posset de ludis, qui sola fortuna reguntur, facilè diluitur, vt enim ait Less. *lib. 2. cap. 26. num. 3.* sicut est in cuiusque potestate rem suam absolutè alteri donare, ita & in alterum eam transferre sub aliqua conditione siue ex fortuna, siue ex eius industria pendeat, sitque, vt monebamus aliàs, potestatiua: Do tibi centum si cras nauis appellat ex Asia, si genibus Capitolium ascenderis; depono tibi centum si fælix iactus ceciderit, & si aspirante fortuna victor illo ludo euaseris. Dixi per se loquendo licitum esse huiusmodi contractum; nam ex variis circumstantiis vitiari atque etiam prohiberi, & illicitum reddi poterit, vt monui, sed hæc extrinseca modò non attendimus de his reliqua disputatione dictui, volumus duntaxat impræsentiarum seruari conditiones quas aliorum contractuum æquitas essentialiter & necessariò postulat.

Artic.

ARTICVLVS II.

De personis ludentibus.

1 CONstans certaque regula est neminem posse rem alienam, de qua disponere ipsi non licet, in ludo deponere, alioquin faciet iniuriam tum colludenti, tum domino cuius res illa est; quia cùm ludus sit contractus onerosus, si perdat rem depositam, eius dominium quod ipse nullum habet, non transfert in colludentem, & tamen vi contractus obligatur. Facit quoque iniuriam domino quem priuat sua re vt eam in alium transferat.

2 Hinc quæritur primò an fures, depositarij, commodatarij, qui rem alienam in ludo deponunt, ludere & ipsi queant, & ad quid collusores teneantur. Distinguendum verò est an illa res aliena sit vsu consumptibilis, vt pecunia, an verò non sit vsu consumptibilis. Deinde an colludens sciat rem ab alio depositam esse alienam, an ignoret, & bona fide ludat: nam si bona fide ludit; & res aliena non sit vsu consumptibilis, qui lucratus fuerit, vbi nouerit esse alienam, tenetur omninò restituere; quia bona fides excusat quidem à restitutione iniustæ acceptationis, non autem ratione rei acceptæ. Molin. *tract.* 2. *disp.* 518. existimat deponentem in ludo rem alienam teneri de euictione lucranti, vti diximus de vendente alienam rem. Idem censet Rebell. 2. *part. lib.* 12. *quæst.* 4. *num.* 13. & Lugo *de iustit. disp.* 31. *num.* 14. Less. *lib.* 2. *c.* 26. *num.* 30. quod malè reuocat in dubium Salas *tract. de ludo dub.* 8. *num.* 1. eo quod videatur dispar ratio ludentis & vendentis: hic enim accipit aliquid loco rei quam vendit, non autem ludens. Deinde ludens saltem ludo prohibito non tenetur de euictione *l. final. D. quarum rerum actio non datur.* Rectè tamē respondet Lugo non in venditione solùm, sed in omni contractu oneroso, vt in solutionibus, quando soluens dat aliquid in solutum, quod dare non potest, locum habere euictionem. Cùm igitur ludens qui vincitur debeat ex contractu oneroso quidpiam colludenti soluere, & soluat ex re aliena, tenebitur omninò de euictione, lex autem quæ affertur agit de ludo prohibito, in quo ex lege victus non potest soluere; nam si soluit, ita se habebit ac si non soluisset: quare si quod soluit euincatur, non tenebitur profectò denuo soluere.

Ex eo verò quod deponens rem alienam, teneatur deinde de euictione colludenti, colligit Lugo *disp.* 31. *num.* 15. victorem, si videat se restituta re aliena domino, non posse recuperare pretium eius à collusore, qui illam in ludo deposuerat, & perdidit, posse illi restituere, & non domino, vt eius valorem recuperet; sicut in illo contingit, qui emit quidpiam à fure, cui vt pretium quod dedit recuperet, poterit restituere ex nostra, & plurium aliorum sententia. Nam licèt nullum pretium ludens iste victor dederit, non obtinet tamen rem illam gratis, sed contractu oneroso, exposuitque se periculo perdendi pretium æquiualens, quod ipse quoque deposuerat, illudque periculum dignum erat pretio, quod nullum aliud fuit quàm res illa si vinceret.

Confirmatur, quia qui mutuò dedit pecunias sub pignore, si sciat deinde pignus illud alienum fuisse, potest illud reddere mutuatario, vt ab eo pecunias mutuatas recipiat. Qui lucratur in ludo, in quo rem alienam vsu non consumptibilem deposuerat, iure retinere lucrum poterit; habet enim illud ex valido contractu. Obligat tamen hunc victorem Molina ad aliquam lucri partem restituendam, quia exposuit periculo colludentem nihil lucrandi si vinceret, & res deposita euinceretur, si qui perdidit non haberet vnde solueret. Quare ratione maioris aut minoris periculi cui exposuit colludentem, tenebitur restituere, & si nullum fuerit periculum, ad nihil tenebitur. Quod autem addit Molina, quando vterque ludens scit rem expositam esse alienam, aut furtiuam, furem teneri restituere totum lucrum, quia contractus fuit inualidus, quo proinde nihil acquiri potuit, intelligi debet de re furtiua, quæ neque pecunia sit, neque functionem recipiat; illam enim fur non potest sibi facere propriam, quamuis æquale quid domino restituat, ideóque tunc contractus ludi erit inualidus; sicut venditio rei furtiuæ nulla est quando vterque contrahens sciuit rem esse furtiuam, qua de re diximus *libro* 1. *capite* 4. *artic.* 3. *consect.* 1. Si verò res furtiua sit vel pecunia, vel quidpiam aliud recipiens functionem, quia fur rem illam sibi propriam facere potest, reddendo æqualem, contractus tum ludi, tum venditionis erit validus, cùm ludat, aut soluat, vel vendat ex propriis.

Hactenos de re aliena non vsu consumptibili. Quoties autem res aliena est pecunia, aut quidpiam vsu consumptibile, qui lucratus est, non tenetur, vt modò dicebam, restituere, si ille qui eam rem in ludo deposuit, habet alia bona ex quibus antiquo domino soluat; quia non tenetur nisi reddere æquiualens, non autem idem numero; si autem non habeat alia bona, quibus restituat, non potest ludi aut vendi, aut alienari; quare collusor non potest eam lucrari, si tamen qui rem alienam ludo exponit potest partem illius restituere, collusor non tenebitur nisi aliam partem restituere antiquo domino.

Vnde solues vulgatum illud: Aliquis cùm careat pecunia, illam à collusore clam surripit, & cum ea deinde ludit & lucratur: nam si hic fur & lusor non habet vnde deinde pecuniam illam restituat, non potest ex ea lucrari, & contractus est nullus propter periculum cui exponit collusorem nihil obtinendi, immò & perdendi; quod si habeat alia bona vnde restituat subreptam pecuniam, poterit lucrari à collusore, à quo subripuit illam; quia vt fusiùs ostendit Lugo *num.* 18. *disp.* 31. non apparet vnde contractus sit nullus, potius quàm si ab aliquo alio tertio pecuniam eandem subripuisset: quod enim dicitur dominum non fuisse lusurum si sciuisset pecuniam illam sibi subreptam fuisse, æquè contingeret, si sciret eandem pecuniam depositam in ludo furtiuam esse, & ab alio quopiam clam acceptam.

Secundò filiusfamilias potest inuito etiam fratre ludere bona castrensia, aut quasi castrensia; & 3

præterea

præterea bona aduentitia, quorum vsum & administrationem pater ipsi permittit. Censetur autem ipse hanc administrationem concedere primò quãdo videns & sciens patitur à filio administrari. Secundò si ignoret huiusmodi administrationem ad se pertinere, eiusmodi enim ignorantia nocet patri ex iuris dispositione. Tertiò si eam administrationem concedat, etiamsi nolit ea bona alienari ludo, valida tamen erit alienatio, nisi id expresse significarit, & ludi contractum exceperit, vti potest. Ita Molin. *tract.* 2. *disp.* 519. Ratio conclusionis est, quia in his casibus filiusfamilias habet facultatem alienandi, si verò non habeat horum bonorum administrationem, peccat si innito Patre ea ludat, peccato etiam mortali ex communi sententia, quam tamen non probat Rebell. *quæst.* 4. *cit. num.* 2. Si alienatio fit solùm pecuniaria, quæ cùm non sit frugifera, non solet tunc magni fieri à parentibus, nisi fortassis egeant; non teneri saltem ad restitutionem patri, aut post eius obitum fratribus tradit Molin. *cit. disp.* 519. & alij; quia non videtur pater tam rigidè agere cum filio, vt einsmodi vsumfructum, quia modicus esse solet, sibi restitui velit, nisi expresse suam mentem significet. Qui etiam à filiofamilias ludente hoc modo lucrantur, non sunt damnandi ad restitutionem, quia filius obligatur illo contractu iure naturali, neque irritatur, donec in iudicio rescissionem petat filiusfamilias: quare intereà retineri poterit, & præsumi patrem condonate vsumfructum filio, neque etiamsi illi doleat filium lusisse, velle eum manere grauatum in conscientia, aut cum aliqua infamiæ nota coram Iudice agere vt irritetur contractus ludi: si tamen pater omninò esset inuitus, & sibi restitutionem fieri vellet, facienda esset, aut petenda condonatio à parente.

Quoad bona profectitia quorum dominium tum directum, tum vtile ad patrem pertinet, ea inuito fratre filius non potest ludo exponere, vel vlla alia ratione alienare: quare qui lucratus esset aliquid de illis bonis à filiofamilias sine tacita aut expressa patris voluntate ludente, ad restitutionem teneretur, nisi rationabiliter præsumeret patrē nolle eam restitutionem; sufficeret enim paratum esse parenti petenti in iudicio, aut extra illud ea restituere, aut nisi filiusfamilias tantundem ex suis bonis esset lucratus, quantum ex profectitiis amisisset, si enim illa extant, potest ipse patri restituere, & iure naturali tenetur ex contractu ludi, donec irritetur. Quando autem ludit bona profectitia, & validè ludit, & ea in partitionem cum fratribus adducere nequit. Præterea si sua industria, & opificio plus lucretur, quàm pater insumat in eo alendo, aut si lucra quæ facit in domo paterna, suleat in alios vsus sciente patre pro libito impendere; aut denique ea sibi retineat sciente neque reposcente patre, poterit illa ludo alienare, neque damnandus erit peccati mortalis, etiamsi inuito patre id faciat, quando erit lucrum, vt dixi, ex proprio opificio, aut officio, aut industria.

An verò possit ludere filiusfamilias de bonis patris in eius domo existens, distinguendum est. Nam aliquando id videtur condonari à patre, aliàs non, sed potiùs prohiberi. Condonatio quidem præsumitur. Primò si pater videat ludentem, nec prohibeat. Secundò si alij similis conditionis & status eadem ludant, neque ille solitam summam excedat, præsumitur iure parentem consentire, & quò pater est ditior, & nobilior, eò plura concedere præsumitur. Tertiò quoties pater dat filio summam aliquam, vt illam pro arbitrio expendat, si ex ea summa se sustentare debet, quod sibi ex ea sua parcitate reseruarit, poterit ludere, & quauis alia ratione alienare, quamuis illi non supersint alimenta conuenientia, modò alia non petat à patre: illam enim inopiam, quam patitur suæ leuitati adscribere debebit, & quamuis peccaturus sit contra patris voluntatē si se redigat ad grauē inopiam, validè tamen alienabit, & ludet, quando libera illius summæ dispositio ipsi relicta fuerit. Idem dices quoties pater dat ad alimenta maiorem summam, quàm necessaria sit, poterit enim reliquum in quæ libuerit expendere, atque adeò ludere. Quota autem sit pars pecuniæ destinatæ ad sustentationem, quam filius potest ludo exponere, quæstio est inter Doctores apud Salam *dub.* 9. *num.* 8. Existimauit Lugo *num.* 10. *sub fin.* cum Sala, Azor. & Rebell. si pater filio in scholis versanti dedit centum aureos ad alimenta, cui tamen sufficiant septuaginta, posse ludo exponere triginta; si in Curia existat poterit ludere quod eius personæ dignitas vulgo deposcit, modò id non prohibuerit pater, ex Valent. Molin. & aliis. Nihilominus Filiuc. *tract.* 37. *num.* 120. & alij, quos adducit, existimant id licere filio etiam prohibente patre; quia iure naturæ vel gentium possunt filij inuitis parentibus accipere de eorum bonis, quod est necessarium non modò ad victum, & sustentationem decentem, sed etiam ad moderatam recreationem, cuiusmodi censetur ludus honestus, & moderatus.

Atque ex his plures casus singulares circa lusum 4
filiorumfamilias, & aliorum, qui suorum bonorum liberam dispositionem non habent, explicabis. Primò enim poterit vno ludo, aut altero ludere totam illam summam, quam per totum annum ludere ipsi permissum fuerit, quia potest filius renuntiare toti illi recreationi, quam per lusum caperet toto anno, vt initio, aut vna vice maiorem quandam habeat. Ita Sanch. *lib.* 1. *consil. cap.* 8. *dub.* 6. *n.* 6. Lugo *n.* 21. *disp.* 30.

Secundò qui lucratur à filiofamilias eam totam summam, quam potest toto anno perdere, si sciat illum consuescere cum aliis ludere, debebit inquirere an iam totam summam quam ludere poterat, amiserit: si enim amisit lucrum quod post eam amissam facit hic colludens, non potest retinere, cùm rem alienam luserit hic filiusfamilias: quod si sciri nequeat, lucrum retinebit hic collusor, cùm in dubio melior sit conditio possidentis; si verò hic filiusfamilias non sit solitus cum aliis ludere, nihil collusor, qui lucratus est eam summam, debet inquirere, an eam amiserit alio ludo, vel non.

Tertiò qui lucratus est à filiofamilias supra summam quam ludere potest, non tenetur restituere nisi excessum illum, quia contractus non est inualidus, neque vitiosus, nisi quoad illum excessum, non autem secundùm se totum, vt malè dixit Medina *de restitution. q.* 2.

Quartò filiusfamilias potest præter summam sibi à parente concessam, ludo exponere totum illud, quod ludo lucratus est. Et quidem si idem ludus quo lucratus est perseueret, nemo dubitat id licitum esse; quia non censetur lucrum nisi id quod absoluto ludo remanet: quod si non sit idem ludus, sed alius qui die sequenti instauretur, poterit siue cum eodem collusore, siue cum aliis totum illud lucrum vnà cum summa sibi concessa iterum exponere ludo; & de eodem quidem collusore constat, quia pater, qui ludum permisit, censetetur inurbanus, & quodammodo iniquus, si non pateretur

retur filium, qui victor ex ludo excessit inilautatiua victo tribuere, si deposcat: quoad alios etiam collusores videtur esse interpretatiua patris voluntas; concessa enim facultate ludendi. fecit quoque facultatem lucrum ex ludo partum iterum exponendi.

5 Minor & pupillus licentiam sui tutoris, aut curatoris æquè ad ludum, atque ad quamlibet bonorum suorum alienationem requirit: quare quæ de minoribus, & eorum contractibus alibi diximus *lib. super.* huc aptanda erunt.

6 Fœmina coniugata non potest ludere sine licentia tacita vel expressa mariti de bonis dotalibus, aut communibus, aut aliis quorum non habet administrationem. Imò neque de paraphernalibus, vbi lex eorum donationem, ludum, & quamlibet alienationem prohibet, nisi quantùm eius conditio & status postulat: v.g. quantùm aliæ similis conditionis ludere solent, quod postremum addidi, quia maritus debet vxori suppetere necessaria ad victum, vestitum & decentem recreationem. Bona etiam ex turpitudine quæsita liberæ mulieris dispositioni relinqui inuito, & inscio marito dixit Rebell. 2. *part. lib.* 1. 3. *q.* 4. *num.* 8. hinc satis colliges quandonam lucratus aliquid à muliere coniugata teneatur ad restitutionem.

7 Vir coniugatus peccat mortaliter. Primò cùm ludit cum magna prodigalitate profundendo substantiam familiæ, licèt de propriis bonis ludat. Secundò quando de bonis communibus plurima perdit, non eo tamen excessu vt fiat impotens ad soluendam dotem vxori, & alia debita, cum magno nihilominus detrimento familiæ, quæ distrahitur, & effluit, & cuius negotia præ ludo negliguntur. Validè tamen ludit & alienat; quia pater non tenetur nisi ex pietate, non autem ex iustitia consulere liberis & familiæ; quare lucratus tunc non tenebitur ad restitutionem, quod verius est quando ludit, licèt ex bonis communibus, id solùm quod alij eiusdem conditionis & status ludere solent.

Inualidè verò ludit, & ab eo lucratus tenetur ad restitutionem primò si ludat de bonis vxoris, vt de arrhis, aut parphernalibus, nisi aliunde habeat vnde ea bona compenset. Secundò si ludat de bonis communibus, & superlucratis, nisi vt dixi ex propriis illa compensare valeat. Tertiò si ludat bona hypothecata vxori, poterit illa implorare Iudicis auxilium, vt ea recuperet à collusore, aut alio quocumque, ad quem peruenissent, ante sententiam tamen non videtur teneri ea lucratus illa reddere, quia sunt in dominio ludentis, & eius administratione.

8 Religiosus potest de licentia Prælati ludere etiam summam notabilem; quia ille contractus est onerosus, & potest esse vtilis monasterio: dum verò absenti à monasterio data sunt aliqua bona liberè disponenda, partem aliquam illorum potest exponere ludo licito, & honesto, nisi id fuerit nisi prohibitum à superiore, quomodo dicebamus de filiofamilias. Ludo verò illicito, & excessiuo non potest ludere etiam de licentia Prælati, qui neque eam facultatem aliis dare, neque sibi accipere potest, cùm non sit absolutè dominus bonorum Religionis, sed solùm dispensator, ac proinde tenebitur ad restitutionem is qui ab illo religioso tunc lucratus fuerit, atque etiam ipse religiosus, si vicerit, quia contractus nullus est; sicut quotiescumque religiosus sine Prælati licentia ludit, quæ est communissima sententia apud Salam *dub.* 23. qui tamen contrariam sententiam non putat improbabilem, sicut neque Filluc. quem vide *tract.* 37. *num.* 133.

ARTICVLVS III.

De ludis prohibitis.

Quo iure prohibeantur aliqui ludi 1. 2.
An Clerici peccent nec ludentes ludo sibi prohibito 3. 4.
Quid de laicis. 5.
An quæsita ludo vetito sint restituenda. 6. 7.
An victus teneatur soluere quæ amisit ludo prohibito. 8.
Quid si iurauit se soluturum. 9.
An victor tunc possit sibi retinere solutum. 10.
An qui exponunt publicas mensas ludis vetitis peccent. 11. 12.

LVdorum alij ex natura sua mali sunt, alij verò 1
Iure siue Canonico, siue Ciuili grauibus de causis prohibentur. Priores illi tales sunt ratione aliquarum circumstantiarum, vel etiam ratione materiæ ipsius, siue actionum quæ in illis exercentur, quæ ad tria genera reducuntur. Vel enim sunt turpes, aut saltem ad turpitudinem excitant, eiusque occasionem præbent, vel proximo nocent, quia eius famam, aut corpus, aut fortunas lædunt; vel denique ipsosmet ludentes temerariò grauibus periculis vitæ, aut fortunarum exponunt. Atque in iis ludis minùs aut grauiùs peccatur, prout leuiùs aut grauiùs honestas, & morum integritas violatur, vel proximus læditur, vel ludens sibi ipsique nocet.

Alij ludi prohibentur lege positiua, vel in vni- 2
uersum omnibus, vel certis quibusdam personis, vt Clericis, Magistratibus, & aliis eiusmodi; alij semper vetantur; alij certis duntaxat temporibus, vt diebus festis quamdiu in Templis diuina officia celebrantur. Quinam verò sint hi ludi, dicemus articulo postremo, dum de singulis ludis disputabimus: impræsentiarum illos duntaxat in vniuersum consideramus, & circa eam prohibitionem pauca quædam quærimus.

Atque in primis an Clerici ludentes ludis sibi 3
prohibitis peccent mortaliter, supponendum est *Can.* 14. & 42. *Apostol.* prohiberi non modò Episcopis, Presbiteris, & Diaconis, sed etiam Subdiaconis, Cantoribus, & Lectoribus ebrietatem, & lusum aleatum sub pœna depositionis, nisi desinant. Deinde ex Innoc. III. *in Conc. Lateran. cap.* 16. & refertur *cap. Clerici, de vita & honestat. clericor.* ludus aleæ, taxillorum, & eiusmodi alij Clericis vetantur, imò & illis ludis interesse prohibentur. Idemque Innoc. *cap. inter dilectos, de excessu prælat.* irritat collationem Succentoriæ Pictauiensis Ecclesiæ factam publico aleatori, qui licèt se tueretur insolita consuetudine Clericorum Gallicanorum, qui ita frequenter luderent, reiectus est à Pontifice, qui eiusmodi consuetudinem corruptelam esse pronontiauit, & se ex *officij sui debito pestes huiusmodi extirpare velle.* Deinde Trident. *sess.* 22. *cap.* 1. *de reformat.* edicit puniendos esse huiusmodi Clericos arbitrio Ordinarij. Denique *in addit.* 3. *capitular. Caroli Magni, cap.* 37. & *Can.* 50. *Synodi Trullanæ,*

Trullana & in Conc. Senom. *cap.*25. & iam olim in Parif.3.*lib.*1. *Can.*38. Præterea in authent. *Interdicimus*, *C. de Episcop. & Clericis*; & *l.*14. *C. de Episcop. audientia*; atque *Nouella* 123. cubi, tesseræ, aleæ tabulæ Episcopis, & Clericis seuerè interdicuntur, siue ταβλίζειν, quod est alea ludere, vt habetur etiam *lib.*69. *Basilic. tit. de aleatorib.* ταβλοδόχος est aleatorum susceptor. Moscopulus περὶ χεδὸν κύβοι τὰ σεσημμένα ὅσα δὶς χρῶνται ταβλίζοντες. Et Suidas πεσσοὶ τὰ βόλια ἐν οἷς ταβλίζουσι. Vide & Photium *in Nuomocanone tit.* 9. *cap.*27. Huius tam frequentis prohibitionis rationem reddit Concil. Parisiense *loco citato*; quia Clericis magis conuenit lugere, quàm ad scurrilitates, stultiloquia, & cæteras vanitates, quæ animam christianam à rigore suæ rectitudinis emollire solent, & in cachinnos ora dissoluere; sapienterque Chrysostom. *hom.*41. *in Matth.* nulla re magis Deum offendi, quàm si à sacerdotali dignitate discedat, qui sacerdotio decoratus est: & Saluian. *lib.*4. *de gubernat. Dei*: *Vbi sublimior est prærogatiua, ibi maior est culpa*: & *lib.*7. *Vt in oculum etiamsi parua sordes incidat, totum lumen excæcat, sic in Ecclesiastico corpore, etiamsi pauci sordida faciant, propè totum Ecclesiastici splendoris lumen obscurant.* Vide in hanc rem Glossam pragmaticæ sanction. *tit. de spectaculis*: & Aufer. ad *q.*193. *decision. Capellæ Tolosæ*, quàm dedeceant Clericos ludi isti, & alia quæ ibidem numerantur.

4 Quæritur itaque an Clerici, qui violant huiusmodi leges prohibentes hos ludos, peccent mortaliter, cùm eæ prohibitiones sub grauibus pœnis fiant, & verbis quæ grauem obligationem indicant, ferantur. Atque ita censuit Hostiens. qui *in sum. tit. de excessib. prælat.* enumerat in alearum ludo sexdecim peccata; Antonin. autem 2.*part.tit.*1. *cap.*23.§.2. & §.6. tot quot punctis tali notantur, nempe viginti vnum: in Clericis autem damnant peccati mortalis, eo quod puniantur abdicatione. Idem affirmat Turrecrem *in cap. Episcopus. dist.*35. *sub fin.* & nouem committi peccata recenset. Nauar. *cap.*20. *n.*2. subscribit quoad Clericos initiatos & beneficiatos, sicut & Gabriel *in* 4. *dist.*15. *q.*13. *art.*3. Sotus *lib.*4. *de iustit. q.*5. *art.*2. ait vix absque graui culpa sacerdotem, præsertim Religiosum, aut Antistitem occupari posse his ludis, & omninò pronuntiat Comitolus *lib.*1. *respons. q.*90. At verò Lessius *lib.*2. *cap.*26. *num.*5. existimat allatis canonibus & legibus non damnari nisi Clericos vacantes his ludis, hoc est qui crebrò & per longum tempus ludunt: quare qui ad breue tempus, recreationis causâ etiamsi crebrò luserit, secluso scandalo damnandus non est peccati mortalis; maximè cùm hi canones non videantur recepti, aut saltem in vsu, & viridi, vt loquuntur, obseruantia non sint, neque per Superiores mandentur executioni. Vix tamen posse contingere vt Clericus magnam pecuniæ summam publicè ludat, & diu, sine graui scandalo dixit Fillue. *tract.*37. *cap.*4. *num.*59. At verò Rebell. *lib.*12. *q.*1. putat Episcopos & Religiosos non posse excusari à veniali, si vel semel ludant, nisi necessitas aliqua, vel grauis causa excuset: v.g. recreandi infirmum. In hac tanta Doctorum dissensione, sapienter mihi censuisse videtur Molina *tract.*1. *disp.* 512. cui subscribit Lugo *de iustit. disp.*31. in primis leges Ecclesiasticas maiorem aliquam obligationem imposuisse clericis, quàm laicis, ludos aliquos prohibendo. Secundo eas leges non agere nisi de aleatoribus publicis, qui ludis huiusmodi dediti sunt. Tertiò, *Clericos, qui sine aliorum scandalo recreationis causa chartis ludunt quantitates modicas, quæ conditionem ac statum ipsorum spectatis rerum redditibus ac bonis non dedeceant*, non esse damnandos peccati mortalis. Quartò eiusmodi tamen ludum chartarum & multò magis tesserarum indecentem valdè illis esse, atque omninò dissuadendum; præsertim cùm multi DD. strictius ea de re loquantur, quibus adhæsurum se libenter fatetur Molina, *Si Ecclesiasticorum mores non adeò ab antiquo illo statu primitiuæ Ecclesiæ deflexissent; tunc enim eiusmodi ludus magis indecens illis erat, maiusque scandalum secularibus generabat, quàm hodie generet, quando non tam arctam adeóque deditam vitam ab his expectant, quàm olim erat consueta, atque expectabāt.* Quintò, *Ludus chartarum Religiosis longè magis indecens est, & scandalosus aliis, quàm clericis secularibus, eoq; magis indecēs ipsis, & scandalosus aliis quò arctiorem vitā profitentur, & magis in ea Religione regularis disciplina viget, maiorque est opinio in populo de ipsorum obseruantia, & sanctitate.* Quæ omnia ipsis Molinæ verbis referre placuit, ne tanti viri mentem malè à nobis expressam fuisse queri posset aliquis. Hoc autem postremum de maiori, & perfectiori obseruantia regularis disciplinæ, quæ reddat magis indecentes eos ludos quibusdam religiosis, censuit etiam Bannes, qui quandoque affirmauit se damnaturum peccati mortalis hominem nostræ Societatis quem vel semel vidisset ludentem chartis, eo quod perfectiorem, & rigidiorem obseruantiam profiteantur, eaque sit de illis vulgò opinio. Sexto certa regula de his omnibus iudicandi sumenda est ex indecentia quam eiusmodi ludi iuxta præsentem rerum statum afferre possunt ludentibus, & statui quem profitentur, attento scandalo, consuetudine regionis, frequentia, quantitate pecuniæ, natura & conditione ludi, atque aliis eiusmodi circumstantiis, quas prudens & æquus Iudex accuratè, & diligenter expendet.

Quod attinet ad laicos, quibus etiam aleam, 5
aliosve quosdam ludos leges ciuiles prohibent: vt dicemus inferiùs, non videntur damnandi peccati mortalis, imò neque venialis si absint omnes turpes circumstantiæ; cùm eiusmodi leges vix vllibi seruentur, & vigeant, neque pœnæ impositæ infligi soleant, ad quas tamen potiùs quàm adculpam obligant, & denique ducantur præsumptione criminum, quæ in eiusmodi ludis committi solent, quæ si reipsa non committantur, nihil contra leges peccatum fuit.

Altera difficultas est an acquisita ludo vetito 6
sint restituenda in conscientiæ foro ante sententiam Iudicis.

Resp. non esse restituenda, & retineri posse à victore, ita Couuar. *in regulam peccatum*, §.4. *n.*1. & 2. à Castro *lib. de lege pœnali*, *cap.*2. *conc.*1. *coroll.*1. Molina *tract.*2. *disp.*513. Valent. Rebell. Lessius, & alij innumeri, quos adducunt & sequuntur Salas *de ludo dub.*5. & Sanch. *lib.*1. *consil. cap.*8. *dub.*1. quibus adhæsit Lugo *disp.*31. *sect.*4. contra veteres quosdam Canonistas quibus accessit Comitol. *lib.*3. *respons. q.*8. & *q.*10. *n.*8.

Probatur verò nostra & communis sententia, quia hic contractus inter ludentes ludo per solam legem positiuam prohibito nullo iure naturali, vel humano irritus est. Igitur per illum verè transfertur dominium, & quæ per illum acquisita fuerint retineri possunt, neque restituenda sunt antequam per sententiam Iudicis contractus, quo fuerint acquisita irritetur. Et primò quidem hunc contra-

ctum

ctum non esse iure naturali irritum ostenditur ex eo quod illum ex sua natura, & seclusis malis circumstantiis, quæ ex praua ludentium voluntate poni solent aliquando, licitum esse nuper docuerimus. Deinde quamuis iure naturæ illicitus foret non statim sequeretur illum necessariò irritum, & inualidum esse. Nam matrimonium contractum post votum simplex castitatis, aut post sponsalia cum alio inita; venditio rei per votum à venditore consecratæ, promissio facta meretrici pro copia corporis, & cætera eiusmodi, illicita certè sunt, nō tamen iure naturæ irrita; neq; quod in hoc contractu conuentio includat conditionem à futuro fortunæ euentu pendentem, facit illum irritum, vt aliqui ineptè dixerunt; immò neque si nihil aliud attendatur, reddet illicitum: nam vt ostendimus lib. superiori *cap. 2. art. 2.* conditiones pendentes ab euentu fortuito non reprobantur etiam à iure, vt si nauis ex Asia venerit, si Titius factus fuerit Consul, si Sempronius non moriatur intra mensem *l. si quis ita stipulatus fuerit. D. de verbor. obligat. l. si pater. Cod. de inofficios. testam.* Itaque censent passim Iurisconsulti apud Couuar. *l. c.*

Obiicies *l. solent, cum sequenti. D. de alea lusu.* Vbi dicitur licitam esse quidem sponsionem conditionalem, si quis certet hasta, vel pila, currendo, iaciendo; illicitam verò aliis ex causis, quæ virtutis certamen corporale non habent.

Resp. omissa harum legum fusiori explicatione, quam *art. quinto* trademus, exprobari duntaxat sponsiones circa corporis certamina, quæ non fiunt causâ exercendarum virium, sed aliis ex causis, vt ex libidine, odio, æmulatione, contentione: non reprobantur autem cæteræ sponsiones, quæ versantur circa corporis certamina, etiamsi pendeant ex fortuitis euentibus. Ex quibus tandem vides hunc ludi prohibiti contractum non esse iure naturæ irritum, neque ludentes effici inhabiles ad transferendum dominium rei quam ludo exponunt. Non irritari quoque aut inualidari ipso facto humano facilè ostenditur: nam *l. 1. & 2. C. de aleatorib.* quæ aleam & eo nomine ex communi Interpretum sensu ludos omnes qui fortuna reguntur prohibet, concedit duntaxat victo, & perdenti repetitionem soluti, & negat victori actionem qua cogat victum & perdentem soluere, neque ad id condemnari posse à Iudice constituit. Atqui repetitio & condemnatio de qua leges agunt, non est nisi repetitio & condemnatio ciuilis, quæ fiat per sententiam Iudicis, non autem priuata quælibet. Quare victo solutum lucrum repetenti poterit negare victor, donec adigatur ad restitutionem per sententiam Iudicis. Confirmatur quia hæc lex quæ lucrum iam solutum reddi iubet, pœnalis est, quæ proinde nnn obligat ante sententiam, & saltem tantùm disponit quomodo debeat recuperari solutum in ludo prohibito, vel in restitutione in integrum, priuilegio exceptionis, rescissione contractuum, & aliis eiusmodi fieri videmus. Leges porrò Gallicæ eosdem ludos prohibentes, de quibus inferiùs aliquid dicemus, non aliud edicunt quàm vt certa pœna plectantur isti lusores; non irritant autem ipso iure contractus, neque reddunt ludentes incapaces ad transferendum acquirendumve dominium rei quæ luditur, nulloque ex capite id colligere licet; fauetque ipsa praxis. Nam nullos videmus sponte sua restituere ludis eiusmodi comparata; imò vel paucis id persuadere facile foret. Sapienter verò notat Couar. potuisse sola consuetudine pœnam restituendi lu-do prohibito quæsita, abrogari; quamuis si ludus ipse natura sua sit illicitus, nullo vsu & consuetudine licitus effici, & euadere possit. Denique quod aliqui obiiciunt in textu Græco *l. 2. C. de aleatoribus*, haberi datam super aleæ lusu cautionem irritam, nihil viget; quia cautio ista distinguitur à ludi contractu, ad cuius securitatem datur: etiam si autem aliquis contractus non sit irritus, poterit cautio pro illo præstita esse irrita. Ex vi igitur huius cautionis nemo poterit cogi ad solutionem, aut si coactus fuerit, quia videlicet non potuit probare eam cautionem datam esse pro aleæ lusu, poterit vti occulta compensatione, vt ait Lessi. *citato capit. 26. n. 20.* quia coactus est soluere vi cautionis ipso iure irritæ.

Si porrò victor impediat ne condemnetur à 7
Iudice ad restitutionem, & vi aut fraudibus id obtineat, tenebitur ad restitutionem illam: impedit enim per iniuriam ne alius vtatur suo iure: si verò nullis vtatur fraudibus, sed solùm neget v.g. se quidquam lucratum fuisse, quia tota res occulta est, non facit alteri iniuriam, sed suo iure vtitur ne condemnetur; & cùm hæc lex pœnalis sit, & examinetur à Iudice criminaliter victor, vt priuatione lucri puniatur, non tenetur reus respondere, nisi iuridicè interrogetur; quod non fit nisi sit semiplena probatio criminis, qualem non esse in re occulta nemo non videt. Ita Molin. *tract. 2. disp. 514.* Lessius tamen *citato cap. 26.* contrarium putat probabilius; quia hæc lex non est tam pœnalis, quàm dispositiua modi quo debe. fieri restitutio, quę alioquin, cùm iniuncta sit in pœnā, deberet fieri fisco, vel pauperibus, & non victo, qui æquè peccauit atque victor, immò & aliquando magis, si illum ad ludendum incitauit, immò victor, quem Iudici constaret bona fide lusisse, malè mulctaretur hac pœna; quare reus examinatur ciuiliter, & non criminaliter, tenebiturque fateri veritatem etiamsi res occulta sit. Consensit Delugo *n. 94.* quia solum hoc beneficium concessum est victo in eius bonum & subsidium, ne ludo ciues ad inopiam redigantur, ideóque reum interrogatum etiam sine semiplena probatione non posse iustè negare, cùm non agatur de punitione, sed de restitutione lege concessa. Egn verò Molinæ adhæreo, quia existimat legem istam esse omnlnò pœnalem, quę puniat potiùs victorem, quàm victum, quia iam amissione rei ludo expositæ punitus est, & quam non potest recuperare nisi sententiâ Iudicis, vti fatentur aduersarij, neque Iudex sententiam ferre sine probatione ad solam querelam actoris, qui etiam sæpiùs non audet Iudicem interpellare, ne suam turpitudinem prodat. Et sanè si victus æquè, atque victor puniendus esset à Iudice, nempe victor restitutione lucri, victus autem eius non recuperatione, quia filio vel pauperibus adiudicaretur, nemo vnus de violata lege quereretur; quia nihil commodi ex sua querela & iudicio speraret. At verò cùm victor punitur lucri restitutione, deterrentur omnes à ludo eiusmodi, ne aut rem depositam perdant, aut si eam lucrentur, restituere damnentur. His adde victorem, qui etiam iuridicè interrogatus negauit, atque ita condemnationem euasit, non teneri deinde restituere; quia, vt ait Sanch. *lib. 12. consilior cap. 8. dub. 2. n. 4.* reus non tenetur restituere pœnam quam soluisset, si fassus fuisset crimen, quod iuridicè interrogatus malè negauit.

Denique si victus non audeat repetere in iudicio solutum in ludo prohibito metu dedecoris, aliàue

quapiam ex causa, non poterit vti occulta compensatione; quia non habet ius repetendi nisi in iudicio, poterit tamen minari accusationem, atque ita terrere victorem; immò & pacifci poterit cum victore, vt partem lucri sibi restituat, ne ipse totum apud Iudicem repetat.

8 Tertia difficultas est an victus, qui ludo prohibito quidpiam amisit, teneatur in conscientia illud soluere victori. Ratio dubitandi est quia iure naturæ contractus ille validus est, & iustus, vti supponimus, obligat igitur vtrumque contrahentem vt illum impleat; lex autem humana non irritat hunc contractum: licèt concedat soluti repetitionem, & neget actionem victori ad cogendum victum. Tenetur igitur victus in conscientia soluere quod creditò perdidit, licèt in foro externo ad id cogi nequeat. Itáque sentiunt Corduba *q.196*. Garsias *de contractibus part.2.q.19.* Azor. *3.part.lib.5.capit.24. qu.7.* & alij.

Resp. tamen cum Molin. *l. c.* & pluribus aliis, quos adducit Salas *dub.26.* & sequitur Lessi. *capit.26. dub.4.* non teneri, quia cùm in foro externo non cogatur soluere, inutilis foret ea lex, si in animæ iudicio ad eiusmodi solutionem obligaretur: quamuis enim iure naturæ promissa liberè facta impleri debeant, possunt tamen à superiore irritari, & inualidari, aut saltem concedi facultas illa non implendi. Quare licèt contractus ludi non fiat irritus per prohibitionem Principis (vnde diximus victorem posse petere solutionem rei quam lucratus est, & non teneri ad eius restitutionem ante sententiam Iudicis) concedit tamen lex facultatem victo eximendi se ea obligatione, si velit vti beneficio legis, & erga victorem excipere, neque ab eo cogi poterit ad solutionem.

Neque dicas victum renuntiare beneficio legis cùm soluit, vel soluere promisit, vt quando creditò luditur: nam etiamsi expressa fuerit ea renuntiatio, si simplex tamen fuerit, & non iuramento firmata, potest nihilominus non soluere, & solutum repetere; quia ea cessio simplex non priuat hominem iure quod ei lex tribuit in fauorem boni communis, alioqui leges omnes redderentur inutiles. Non placet autem quod addit Lugo *numer.65.* promissionem non repetendi lucrum factam post solutionem, videri, & esse validam, & irreuocabilem, quia est noua donatio gratuita, & nihil habet cum ludo commune: quare sicut potest validè donare quidpiam aliud, sic videtur posse condonare ius quod habet ad petendam restitutionem. Verùm eodem modo argumentari liceret in omnibus aliis casibus, in quibus lex permittit petitionem restitutionis, aut rescissionis alicuius contractus. Si enim promissio non petendi, & non vtendi iure quod lex alicui concedit, fieret post impletum contractum, diceretur esse noua promissio gratuita, & liberalis, quæ nihil haberet commune cum priore contractu, vi cuius non fieret, & per illam condonaretur ius quod habebat minor petendi in integrum restitutionem, aut quis alius rescissionem contractus à se celebrati. Quidni enim poterit æquè gratuito donare illud ius, atque aliam rem quampiam. Itaque redderentur omnes huiusmodi leges inutiles. Et sanè illa de qua agimus, quæ concedit repetitionem victo in ludo prohibito, & negat victori actionem, lata est ne victus cogatur, aut teneatur non obstante promissione soluendi, quam omnes qui ludunt, eo ipso quod ludunt, faciunt; neque tamen hac sua promissione possunt vim legis eneruare, siue illa promissio implicitè tantum, siue expressè fiat, siue ante ludum, siue post; alioquin victor non peteret eam promissionem, nisi finito ludo: quamquàm vbi ab eo discedit soleat victus solutionem promittere. Promissio verò non repetendi solutum non videtur distingui à promissione solutionis, quia promittere simpliciter solutionem, est promittere solutionem irreuocabilem; alioquin esset inepta & inutilis promissio. Est igitur promissio non repetendi solutum, quæ promissio inualidatur à lege, cùm concedit restitutionem soluti. Quod verò post solutionem fiat ea promissio non repetendi, cùm non fiat nisi vi prioris contractus, & obligationis soluendi per illum contractum, videtur non esse omnino gratuita condonatio sui iuris. Si tamen omninò liberali (quia victus existimat sibi dedecori solutum repetere) fieret ea promissio non repetendi solutum, existimarem probabilem esse opinionem de Lugo.

Quæritur verò quid sentiendum sit si victus 9
iurauit se soluturum, aut se non repetiturum.

Resp. promissionem iuratam soluendi lucrum victori, seruandam esse, sed post solutionem repeti posse solutum à victo, quia non iurauit se non repetiturum, vti diximus aliàs de eo qui iurauerat se soluturum vsuras. Si verò iurauit se non repetiturum solutum, tenetur suo iuramento; quia illud sine peccato seruare poterit *c. quamuis pactum, de pactis in 6.* de qua tamen communi regula fusiùs *superiori lib.* vbi de confirmatione contractus per iuramentum, disputauimus. Hoc porò iuramentum relaxari posse absque consensu tertij, in cuius commodum factum est, negat Molina *tract. 2. disput.513.* Alij affirmant, sicut dicitur de iuramento soluendarum vsurarum. Lessi. verò distinguit *numer.22.* si enim iurauit tantùm se soluturum, non autem non repetiturum, relaxari poterit; quia hoc iuramentum non excludit priuilegium legis concedentis repetitionem, & non confirmat contractum: si autem habuit intentionem & animum non repetendi cùm iurauit, non poterit sine consensu alterius relaxari; neque enim simile est iuramentum soluendi vsuras, fuit enim illud per iniuriam extortum; quare vi illius vsurarius nullũ acquirit ius, ideóque seruandũ tantùm est ex virtute religionis, ne Deus in falsũ testẽ fuerit assumptus. At verò in hoc casu victor acquisiuit ius, & dominium lucri sibi soluti, vti nuper ostendimus. Nobis alia mens non est quam quæ fuit disputantibus de iuramento confirmatorio *lib. superiori*, doctrina si quidem vniuersalis eo loco tradita ad hunc casum singularem facilè accómodabitur.

Cum diximus victum in ludo prohibito non 10
obligari in conscientia soluere victori quod creditò perdidit, quæri iure meritò potest, an victor si ipsi soluatur, illud retinere iure possit, id enim plures negant apud Salam *dub.26. numer.6.* Verùm cùm constet ex his quæ diximus hactenus, validum fuisse contractum, & per illum translatum fuisse dominium lucri soluti in victorem, dubitari nequit illud ab eo retineri posse, quãdiu nec Iudicẽ illo nõ priuabitur, vti nuper monuimus *n.6.*

Vltima difficultas est, an qui exponunt publi- 11
cas mensas vel domos ludis prohibitis, & vt nostri nominant *academias & ganeas, berlands*, peccent mortaliter, quandoquidem eiusmodi ganeæ, & ludorum lustra prohibentur sub grauiori pœna Principum legibus, vt in Gallia, & præterea in illis grauissima

grauissima peccata committuntur. Quare istos damnant peccati mortalis bene multi, quos addocit & sequitur Diana 2. *part. tract.*1. *miscellan. resolut.* 65. indeque colligit non modò istos peccare mortaliter, cùm subministrent occasionem proximam grauiùs peccandi, sed etiam teneri ad restitutionem, quoties ipsi præcipui lusores ad eam obligabuntur, & non restituent. Deinde Principes non posse dare facultatem instituendi eiusmodi ganeas; & domos, vel vti nostri nominant academias, quia non possunt dare licentiam peccandi mortaliter.

Respond. & dico Primò com Molina *tract.* 2. *disp.* 521. spectato legum prohibentium rigore, vbi contraria consuetudine abrogatæ non sunt, grauioris peccati damnandos esse, maximè in Gallia: sic enim edicit S. Ludouicus an. 1254. *Inhibemus vt nullus omninò ad taxillos ludat, siue ad aleas, & schacos, & scolas deciorum etiam prohibemus, & tenentes etiam districtiùs puniantur, fabrica etiam deciorum prohibeatur.* Similia saneiuit Carolos IV. an. 1319. *Deciorum, tabularum, paleti, quillorum, bullorum, boul'arumque ludos*, id est domos illis ludis destinatas vetans sub pœna 40. solidorum Parisiensium; quam pœnam ad 60. solidos auget Franc. I. an. 1532. vnde sequutum est decretum Parisiensis Senatus an. 1547. 2. Martij, quod pœnâ corporea plectendos esse decreuit, qui eiusmodi loca ludis illis exposita habent, & omnibos patentia, & si temporibus sanctioribus aperiant, quibus horis diuina officia celebrantur, abdicat possessione illorum locorum dominos, & fisco addicit, conductores verò damnat 20. libellis Parisiensibus. Tandem Ludouicus XIII. 20. Maij 1604. & 20. Decẽb. 1612. prohibet omnibus habere huiusmodi loca, *tenir berlans*, & in illis ludentes admittere, alioquin puniendos esse mulcta pecuniaria, aliisve pœnis arbitrio Iudicis, eosque obligat ad restituendas pecunias, quæ illis ludis amissæ fuerint; mandat Magistratibus omnia, quæ lodo fuerint eaposita xenodochiis applicare, provt ipse sua authoritate applicat. Quæ edicta Senatus Parisiensis ploribus aliis pœnis additis in acta publica retolit, & ad eorum mentem deinceps iudicauit contra eorum violatores, an. 1614. 24. Iulij, cùm igitur frequentibus edictis Christianissimi Principes hæc scelerum omnium diuersoria grauissimis pœnis plecti iusserint, vt bono communi cioiom prouideant, & scelera castigent, dubium esse non potest eiusmodi sanctionibus granem inilci obligationem, quæ proinde sine graui peccato violari nequeat. Neque enim eiusmodi leges pœnales duntaxat sunt, sed etiam directiuæ cùm ad bonum commune ciuium & castiganda, impediendáue crimina, quæ in eiusmodi locis committi solent, ferantur, vti Principes declarant, quare nisi contrario vsu fuerint abrogatæ, earum violatores rei sunt grauioris culpæ. Censentur autem aut abrogatæ, aut temperatæ quando palam tolerantur istæ academiæ, aut potiùs ganeæ, aut Magistratus, quibus Principes iisdem edictis suis demandant Prouinciam, domos eiosmodi impedire, & eorum dominos, ac conductores, & academiarum magistratos punire dissimulant, & impiè legem violari patiuntur. Ipsi tamen Magistratus, qui in re grauissima, & tam impeusè ipsis à Principe commendata per inertiã, aut aliam ob causam non satis æquam, soo desunt officio, & leges adeò reipublicæ vtiles, atque adeò necessarias infringi, & nihili haberi scelerata dissimulatione permittunt, culpæ etiam grauioris rei mihi videntur, & ad suum officium vrgeri deberent hac in parte à confessariis: & si ea ea dissimulatione sequantur ea mala, quæ timent Principes, quibusque suis constitutionibus occurrere voluerunt, omninò obligandi sunt vt satisfaciant suo muneri, qnod si recusent, deneganda erit absolutio, nisi eæ sint causæ, quæ illos aliquamdiu ab imposita obligatione excusent, quod rariùs profectò continget, neque eæ causæ diutiùs perseuerare poterunt.

Dico secundò seclusa lege positiua, aut abrogata, magistros ipsos, vt vocant, academiarum lusoriarum, grauiùs, aut leuiùs peccare, vel etiam omninò non peccare pro natura & conditione ludi, ac ludentium, aliisque circumstantiis eorum quæ in eiusmodi locis fiunt. Nam si præbent ad ludos turpes, aut sua natura malos, si admittant eos qui sine peccato mortali non ludunt: vel quia alienare non possunt quæ ludo eaponunt, aut qui solent iuramenta & blasphemias suis ludis immiscere, aliaque eiusmodi crimina committunt, magno tum animæ, tum rei familiaris dispendio, & parentum dolore, peccant mortaliter qui ludis illis materiam, mensas, domos, instrumenta scientes, volentesque ministrant; quod faciunt isti infamium academiarum magistri, qui proinde nisi desistant, absolui non debent, vt monet Molina, & Lugo *n.*6. sunt enim hæ ganeæ omnium scelerum, & calamitatum, quę in Rempublicam importantur infanda seminaria.

Quod denique ad illos qui spectant ludentes ludis prohibitis, & ludendo mortaliter peccantes, si sua præsentia ipsos incitent ad ludendum, illiusve aliquo modo causæ sint; vt si cùm teneantur ad ludentes castigandum, corrigendum, aut ad impediendum, vti pro suo munere & officio possent, non impediant, si sua præsentia etiam & authoritate potius probare videantur, quàm damnare, peccant mortaliter. Secus verò si nullo modo causa sint illius ludi, quem neque approbant, neque vellent, ex suppositione tamen ludi delectantur, dum ludentium industriam, faustum, aut infælicem exitum spectant, culpæ omnis ratione ludi immunes dicendi sunt.

ARTICVLVS IV.

Quæstiones Consectariæ.

CONSECT. I. *De materia ludi.*

II. *An votum & iuramentum de non ludendo obliget, & quomodo.*

III. *Quænam intentio faciat ludum illicitum.*

IV. *Quanam vis in ludo vitanda sit.*

V. *De fraudibus in ludo vitandis.*

VI. *Quomodo facienda sit restitutio lucri per fraudes illicitas ex ludo comparati.*

VII. *Quanam æqualitas inter colludentes requiratur.*

VIII. *De quibusdam pactis ludo adhibitis.*

PLures difficultates singulares, quæ circa ludum quæri solent, ex vniuersali nostra doctrina superioribus articulis tradita, non fuerit operosum explicare.

CONSECTARIVM PRIMVM.

De materia ludi.

Qualis debeat esse materia ludi ex iure naturali & positiuo. 1.
An qui non potest perdere rem quam exponit ludo, possit ex illo lucrari. 2.
An sacræ preces possint esse materia ludi. 3.

1 QVæritur quænam res possit exponi ludo perdenda vel comparanda. Iam verò diximus illam esse debere cuius ludens dominium & dispositionem habeat; alioquin non poterit illius dominium in colludentem transferre, & erit inæqualitas in contractu isto; quia vnus poterit perdere, & non lucrari: alter verò poterit lucrari & non perdere, vti nuper monuimus. Senatus olim vetuit in pecuniam ludere, præterquàm in ludis, qui virtutis causâ fiunt, vti refert Paul. *in l.* 2. *D. de aleatorib.* ex quo Senatusconsulto colligit Faber In primis illo non tam aleæ lusum prohiberi, quàm alios omnes, qui fiunt in pecuniam, exceptis his qui in eodem Senatusconsulto excipiuntur, & similes qui virtutis causâ fiunt. Secundò si quis aleâ ludat, sed non in pecuniam, non teneri hoc Senatusconsulto. Tertiò ante hoc Senatusconsultum non fuisse prohibitos ludos in pecuniam, siue vitij, siue virtutis causâ fierent. Quartò fuisse hoc Senatusconsultum sufficiens ad aleæ ludum profligandum, ideóque necessarias fuisse constitutiones quas edidit Iustinian. *l.* 1. 2. *& 3. C. de aleator.* Quintò hoc ipso quod prohibitum erat ludere in pecunia, permissum erat aliis omnibus rebus ludere; cùm inclusio vnius esset exclusio alterius, & contra *l. cùm prætor* 12. *D. de iudic. l. imperator* 8. *D. de postul. l. ex eo* 18. *D. de testib.* Ratio huius Senatusconsulti fuit, quia pecunia res lubrica est, quæ faciliùs iactatur & deperditur, ideóque faciliùs profligatur, quàm res aliæ, quæ & difficiliùs in ludum deferuntur: eas tamen etiam aleâ deponi prohibuir deinde Iustinian. *C. citato*, nisi in ludis permissis, qui virtutis causâ fiunt, vt monui. Permittit nihilominus Paul. *in l.* 4. *D. de aleator.* ludere etiam pecuniâ ad vescendum in conuiuio. Tum quia non potest quantitas, quæ in eam rem luditur, in immensum excrescere, quæ fuit causa nuperi Senatusconsulti, tum quia ea causa honesta est, & ad concordiam in eadem familia tuendam, ac proinde ad virtutem pertinet; dicitur enim à conueniendo, sicut & homo ab ὁμοῦ quasi ad societatem & communiter viuendum natus sit; Græci dicunt συμπόσιον, quasi combibium, quod potius ad gulam, quàm ad societatem vitæ referri obseruat Tullius. Vincini verò amicitias conuiuio pluribus habet Athenæ. *libro* 4. *vsque ad cap.* 19. & φιλόποτον τραπέζαν dixit Pluth. *libro* 1. *sympos. quæst.* 1. & *libro* 4. *in proœmio* fusiùs. Porrò Paul. non permittit ludere pecuniâ ad vescendum in conuiuio, nisi soli familiæ, non verò aliis qui extra illam sunt, ne fieret fraus Senatusconsulto prohibenti in pecunia ludere extra causam certaminis virtutis causâ; atque ita quod vna viâ prohibitum erat, permitteretur alterâ. His verò omissis, ad mores nostros vt veniamus.

2 Quæritur, an qui exposuit ludo rem quam non potest perdere, possit tamen si vincat lucrum capere, & sibi retinere, vt religiosus, filiusfamilias, & alij quos *art.* 2. diximus non posse ludere, eo quod vel domini non sint rerum suarum, vel saltem earum liberam dispositionem non habeant.

Et quidem si iste collusorem decipit, quia finxit se posse liberè de ea re disponere, aut se habere alia bona quibus illius defectum suppleat, non poterit retinere lucrum quod fecerit, quia per fraudem damnum illi intulit, & illud resarcire restituendo lucrum fraudibus obtentum, tenetur, quod Salas *dub.* 13. & Sanch. *libro* 7. *in Decalog. cap.* 19. *numer.* 85. notant. Adde esse etiam aliquid restituendum pro periculo cui exposuit collusorem amittendi, & nihil lucrandi, cùm ipse nihil habeat vnde soluat.

Verùm si nullis fraudibus vtatur, sed solùm ludo deponat rem quam non potest soluere, v. g. religiosus, filiusfamilias, poterit lucrum à ludo obtentum retinere, aut plus aliquid lucrari quàm possit perdere: v. g. non potest perdere filiusfamilias, aut religiosus vnum aureum ex licentia parentis, Superioris, & lucratur quinque, poteritne lucrari, & lucrum sibi seruare? Varias sententias, earumque authores pluribus refert Salas *dub.* 13. ipse verò censet non posse vno iactu plus lucrari ab vno quàm ipse possit perdere, posse tamen à pluribus vno iactu simul plus lucrari: v. g. sunt quatuor collusores, qui singuli deponunt vnum nummum aureum, quem solum proinde perdere possunt, & tamen possunt singuli quatuor lucrari, quod nemo negat. Deinde potest iste à pluribus, vel etiam ab eodem successiuè plus lucrari, quàm ab initio potuit perdere; quia in singulis iactibus non plus lucratur, quàm in illis singulis possit perdere. Denique poterit plus lucrari quàm perdere, si interueniat donatio collusoris, qualis censetur contingere, quoties illi nota est conditio aduersarij cum quo tamen sciens & volens ludit: hanc tamen donationem sibi non persuadet Salas, eo quod vix vnquam ludentes habeant animum donandi, sed ludendi & lucrandi quoquo modo, atque vt ait Salas *per fas & nefas.* Lugo *disp.* 31. *numero* 59. distinguit an bona, an mala fide luserit. Si enim bona fide lusit, contractus validus est, & similis venditioni rei alienæ, in qua vendens acquirit dominium pretij; tenetur tamen emptori de euictione. Itáque fatetur Less. *libro* 2. *capite* 26. *num.* 36. Quod si mala fide ludat, & collusorem decipiat, iam diximus non posse retinere lucrum illud per iniuriam partum; si verò vterque collusor sciuit impotentiam alienandi, & perdendi, quæ erat in vno, poterit retinere lucrum, vt fatetur Bonac. *disp.* 2. *de contract. quæst.* 2. *punct.* 3. *numero* 15. & & alij, quos affert Layman. *libro* 3. *tract.* 4. *cap.* 21. *numero* 6. & Sanch. *libro* 7. *in decalog. capite* 19. *numero* 83. qui id non putat improbabile, sicut & Diana 1. *part. tract.* 8. *resolut.* 67. plures adducens; quia collusor, qui sciens lusit cum eo, qui non poterat perdere, se volens illi periculo exposuit, suæque imprudentiæ damnum quod incurrit tribuere debet, neque de sibi facta iniuria queri potest.

Altera difficultas circa materiam ludi est an ea possit esse preces sacræ, quas victus recitare tenebitur, id enim negant Lopez 1. *part. instruct. conf. capite* 31. & Vega *verb. ludus capite* 14. propter irreuerentiam. Verum id reiicitur à Nauarr. *capite* 26. *numero* 6. & aliis passim, quia si reuerentèr recitentur, vt possunt, & debent, nulla committitur irreuerentia, & alioquin res pia & sancta est sese inuicem ad sacras preces obligare. 3

Quod

Quod autem vetentur hoc loco simoniam, ridiculum mihi videtur, eius tamen periculum aliquod fatetur Lugo *disp.* 31. *num.* 5. quando vnus ad præmium temporale obligatur, alter verò, quia nihil habet quod deponere possit, v. g. Religiosus, tenebitur, si vincatur ad sactas preces; quia tunc in contractu onetoso datur spirituale pro temporali, quæ proinde inter se comparantur, cùm eiusmodi contractus exigat æqualitatem. Verùm etiam in hoc casu poterit omnis labes simoniæ vitari; qui enim deponit temporale non componit, & æquiparat illud cum precibus sacris, quas exigit à Religioso collusore si vincatur, sed ipse volens se damnat ad illud temporale victori exhibendum per modum potiùs eleemosynæ, & piæ damnationis, & quia pluris facit preces colludentis, quàm suum illud temporale quod libenter exponit periculo vt preces obtineat; quare non coæquat rem temporalem cum spirituali: sicut neque, vti diximus *in tract. de simonia* quando ministris sacris dantur temporalia ad diuina officia celebranda, non emuntur illa officia, quod simoniacum foret, sed dantur aliis titulis, ex quibus tamen obligantur ministri sacri ad illa officia diuina.

Consectarium II.

An votum, & iuramentum de non ludendo obliget, & quomodo.

Votum de non ludendo honestum & validum est. 1.
Qualis sit eius obligatio. 2.
Prima regula ex animo voventis sumenda. ibid.
Secunda regula ex fine illi voto proposito. 3.
Eius explicatio & confirmatio. 4. 5. 6 7. 8. 9.
An qui vouit non ludere, possit nihilominus ludere nomine alieno. 10.

1 Ponendum in primis est votum de non ludendo, etiam ludo licito, & exiguæ quantitatis, validum esse contra Rodrig. *tom.* 1. *sum. cap.* 189. *n.* 10. 2. *editionis*, qui irritum esse voluit, eo quod sit contra bonos mores, & actum virtutis eutrapeliæ, vti diximus *art.* 1. ex Aristotele & S. Thom. Verùm sapienter obseruauit Sotus *lib.* 7. *de iustit. quæst.* 2. *art.* 1. & ex illo Sanch. *lib.* 3. *in decalog. cap.* 18. *numero* 2. priuationem quorumdam actuum honestorum, & virtutis continere maius & melius bonum, maximè quando ex honesto motiuo suscipitur, quàm ipsosmet actus, quibus priuat, etiamsi illi quoque honesti, & studiosi sint, quia illorum priuationes efficaciùs animum à rebus terrenis auertunt. Quoties igitur priuatio actus includit maius bonum, quàm forma, vel actus, cuius priuatio est, non modò mala non est priuatio illa, sed est melior actu, & idcircò vera voti materia, vti argumentatur Paludan. *in* 4. *dist.* 38. *quæst.* 1. *num.* 22. Quod videmus in conuiuiis, matrimonio, & aliis eiusmodi, quæ licita atque honesta sunt, immò matrimonium sacramentum est, illorum tamen priuatio, cùm magis animum à rebus terrenis auocet, & ad sublimiorem virtutem amplectendam præparet, materia voti est, & aliquod melius bonum existimatur; quod idem de ludo dicendum est, licèt enim aliquando & licitus, & eutrapeliæ virtutis actus existat, eius tamen priuatio melior existimatur. Itaque votum de non ludendo cæteri omnes DD. probant, & validum esse, ac proinde obligatoriū existimant, totaque difficultas versatur in definienda mensura huiusce obligationis, an grauis, an leuis sit, quæ in re duæ mihi regulæ certæ, & constantes esse videntur; quarum.

2 Prima est animus, & intentio voventis, an voluerit se ad graue peccatum, si votum infringat, obligare, an ad leuem tantùm culpam; id enim pendere ex arbitrio voventis mihi dubium non est: sicut enim Legislator potest obligare ad grauem culpam, quando materia præcepta huius obligationis capax est, aut ad leuem tantùm, vi legis à se latæ; nam si aliunde materia illa non possit violari sine graui culpa, lex illam prohibens aut imperans non diminuet priorem obligationem, sed relinquet qualis est, neque augebit, & si aliquando nouam culpam addat, non addet nisi leuem; quæ omnia ostendimus in scientia nostra Canonica, disputantes de legum obligatione; idem omnino dicendum est de voto, quod priuata quædam lex est, quam sibi imponit vouens, qui proinde potest se ad illā seruādam sub graui aut leuiori obligatione obstringere. Vt tamen grauior suscipiatur obligatio, debet materia voti capax illius esse, & secundùm totā illius capacitatem se tunc obligat, nisi aliud expresse intendat; quæstio verò erit, an illud votum sit verum votum, sed tunc erit controuersia de solis vocibus; cùm enim hic liberè voueat, & se Deo obliget noua quadam obligatione, ad quam non tenebatur, poterit promissionem suam, & obligationem ex illa exurgentem definire pro arbitrio, sicut posset nullo modò noua promissione se obligare, immò & aliquando poterit se ad nullam culpam obligare, sed ad pœnam duntaxat, si materia voti aliunde non obliget ad culpam, quod contingit sæpius in votis pœnalibus. In hoc igitur voto de non ludendo poterit se vouens obligare vi voti grauiùs aut leuiùs, aut ad aliquam tantùm pœnam; v. g. dandam eleemosynam, ieiunandum, & quid eiusmodi aliud faciendum: si tamen ludus sit prohibitus, & ex sua natura mortalis, & vouens contra suum votum ludat, peccabit quidem mortaliter, sed non vi voti, si expressè voluit vnuendo se ad eiusmodi culpam obligare; & si voluit se obligare tantùm ad pœnam, modò pœnam deinde impleat, non violauerit votum, vt patet. Verùm de obligatione voti aliàs. Interim adi Sanch. *lib.* 4. *in decalog. à capit.* 12. & alios quos dabit. Sufficiat nobis impræsentiarum, grauitatem aut leuitatem obligationis voti de non ludendo, ex animo & intentione vouentis desumendam esse, vt Sanch. *lib.* 3. *in decalog. capit.* 18. *numer.* 3. & alij fatentur, vbi quærunt vnde dignoscatur huius obligationis quantitas, quando de expressa vouentis intentione non constat. Nempe supponunt primariam & certam mensuram illius obligationis ex vouentis animo sumendam esse: vt enim vouens sponte & liberè se obligat; ita suam obligationem definit, ad quid nempe, quantùm, & quomodo se velit obligare. Quia verò sæpius incerti sumus de mente vouentis, qui etiam aliquando non satis attendit, neque meminit qualem in concipiendo voto v. g. de non ludendo, mentem habuerit, & ad quid, & quantum se obligare voluerit, cùm ad singula ita vel non attenderit, vel non satis consideratè, idcircò traditur à Sanch. *illo cap.* 18. & aliis hæc sequens regula.

3 Altera vniuersalis regula desumenda est ex fine, quem sibi finxit vouens se non lusurum, & cur ita voluerit; finis enim ille potuit esse multiplex. Primò vt se ea delectatione priuaret, sicque vel sua

peccata puniret, vel diuinis rebus meliùs & faciliùs vacaret. Secundò vt iacturam temporis quod in eiusmodi nugis impēdit vitaret, eamque vilioribus aut sanctioribus negotiis resarciret. Tertiò vt pecuniæ & facultatum iacturam atque profusionem cum familiæ damno caueret. Quartò vt vitet occasionem diutiùs insistendi ludo spe lucrandi, aut priorem iacturam sarciendi. Quintò aliquando votū nō ludendi est absolutum; aliàs est determinatum circa personam aliquam, locum aut ludi genus, siue quia vouet se non lusurum certo aliquo genere ludi, siue è cōtrario se nullo ludo lusurum nisi vno aliquo determinato. Sextò aliquando perpetuum est votum, aliàs pro certo tantùm tempore aut occasione, siue illa pendeat à vouente, siue ex alterius arbitrio aut alio aliquo euentu: pro finium istorum diuersitate, quns sibi constituit vouens, leuiùs aut grauiùs suo voto obligabitur.

4 In primis enim voti fuit finis priuatio delectationis, quam vouens ludendo capiebat, qua se mulctare vult siue in pœnam, siue qua alia de causa pia & honesta, votum illud omnem ludum siue honestum siue inhonestum, siue modicæ, siue magnæ quantitatis, siue breuioris, siue longioris temporis comprehendit, neque attendenda est quantitas pecuniæ quæ ludo exponitur, vt sciamus an voti illius violatio sit mortalis, aut venialis, sed quantitas, vt ita dicam recreationis ex ludo perceptæ, de ea enim vitanda votum fuit: quare si modica fuit ea recreatio, quia breuiori tempore durauit, siue fastidio, siue qua alia ex causa fuerit interrupta, & licet magna pecuniæ summa deposita fuerit, non fuit nisi culpa venialis; si autem longiori tempore durauerit ludus, eiusque voluptas, quam vnam vitare intendebat vouens, erit culpa mortalis, licèt exigua, immò & nulla pecunia deposita fit: quia eo casu vnam voluptatem, & non lucrum ex ludo quærsiuit, quam tamen vnam voluptatem suo voto vitare voluerat.

5 Secundò vbi voti non ludendi finis fuit iacturam temporis vitare, vt seriis negotiis vacaret; non erit quoque attendenda pecuniæ expositæ quantitas, sed temporis in ludum insumpti ad dignoscendam culpæ grauitatem: quare si iste modico tempore lusit, neque fuit periculum ne æstu ludi abreptus illum in longius tempus protraheret, ne quidem culpæ venialis damnatur à Sanche; quia non solet dici esse iacturā tēporis de qua vitanda votū emissum est, quando modico tempore recreationis causā luditur: quod si aliquantulum protrahatur sine periculo longius ducendi, erit modica sanè iactura, & proinde violatio venialis voti, quod si diutiùs duret ludus, aut eius durationis periculum proximum sit, erit tunc iactura & prodigalitas temporis notabilis, atque adeò violabitur votum in materia graui.

6 Tertiò si finis voti non ludendi fuit vitare prodigalitatem, & pecuniæ, atque facultatum iacturam, violatio eius voti grauis, aut leuis erit pro quantitate pecuniæ, aut valore rei alterius ludo expositæ: quare si ea modica sit, neque ex æstu ludi maioris periculum existat, non committetur nisi culpa venialis in violatione voti. Immò neque fortassis vlla omninò culpa; quia in voto non ludendi non solet comprehendi modica quantitas exposita ludo honesto, & licito sine periculo maioris; & id maximè verum erit in hoc voto, quod ex fine suo determinatur, nempe vitandæ prodigalitatis, quæ in hoc casu nulla est, neque eius periculum. Hæc verò prodigalitas & iactura comparatiuè sumenda est, & ad facultates ludentis mensuranda; minor siquidem summa prodiga erit vni & non alteri; quare prudentis erit arbitrari.

Quartò finis vitandi occasionem instandi auidiùs lucro grauiorem aut leuiorem violationem faciet pro illius occasionis leuitate, aut probabilitate, quod idem dicendum erit quando finis voti est vitatio discordiarum, rixarum, periuriorum, quæ relarum familiæ, & alia eiusmodi peccata: prout enim vigentior, aut leuior erit ea peccatorum quæ vitate intendit vouens occasio, grauior aut leuior erit infractio voti. 7

Quintò votum non ludendi cum aliqua persona, aut in aliqua domo, aut certo ludi genere, cùm fit vulgò de re indifferenti non obligat. Si tamen res istæ sint ludenti occasio plurium peccatorum, ad quæ vitanda vouet se non lusurum, in illis casibus votum erit de re bona & Deo grata, non solùm indifferenti, ac proinde obligabit grauiùs aut leuiùs pro ratione occasionis istorum peccatorum. Quod si causa istius voti sint aliquidam fines indifferentes, vt quia illi ludus ipsi infœlix est, aut colludens fortunatior, aut domus infœlix, nullum esse votum dicit Sanch. *cap.* 18. *cit. num.* 9. quia illa omnia superstitiosa sunt, sicut & mutatio loci, & sedis in ludo, vt fœlicior sors cadat: *num.* verò 11. sapienter monet vouentem non ludere in aliqua domo, aut cum certa persona, aut certo ludo, licèt id in diuum obsequium conducere possit, & ad vitandam peccandi occasionem; si tamen vouens eum finem non intendat, neque de eo cogitet, sed solùm vt satisfaceret commotioni, & iræ qua æstuabat, aut ad vindictam sumendam, vel ciusmodi alium finem, quem in Dei cultum non dirigit, votum illud nullum & irritum erit, cùm & sæpè sit de re mala, aut saltem de indifferenti. 8

Sextò denique votum absolutum nullo ludo ludendi, nisi quodam determinato ludo, cùm conducat ne quis nimium ludat, aut ad alias causas honestas, & in honorem Dei, validum est, sicut & non ludendi cum aliquo, quia aut peritior, aut fraudatior, vel rixatior, licitum quoque est. Si tamen & cum aliis simul ludat nullo lucro ex illo ludo vtrimque reportato, existimat Sanch. *num.* 14. hunc vouentem non peccare; quia omnia quæ per hoc votum intendebat, illo casu cessant. Denique votum nō ludendi donec Titius velit, aut concesserit, non obligat Titio defuncto, obligat tamen facto furioso, aut amente; quia voluntas cessat morte, non furore aut amentia, vti probat Sanch. *lib* 8. *de matrim. disp.* 28. *num.* 55. & 58. vbi etiam ostendit *num.* 53. concessionem factam donec concedens quidpiam fecerit, non extingui morte concedentis, sed perpetuam effici. Quare si quis voueat se non lusurum donec Caius Roma veniat, aut Parisiis proficiscatur, aliudve quidpiam faciat, si Caius moriatur antequam quidquam istorum efficiat, manebit perpetuò suo voto ligatus. 9

Restat vnica difficultas, an qui vouit non ludere, possit ludere nomine alieno & non proprio, quæ tamen ex dictis resoluitur. Si enim non constet de vouentis animo dispiciendus est finis propter quem vouit. Nam si ille finis obtineatur, quando ludit nomine alieno, sic ludere poterit v. g. ne iacturam pecuniæ faciat, tunc autem nullam facit. Quod si finis fuerit vitare discordias, & periuria, priuare se delectatione ludi, tempus quod malè impenditur ludo seriis occupationibus resarcire, neque proprio, neque alieno nomine ludere poterit; 10

rit; quia ex vtroque illo ludo omnia incommoda quæ vitare suo voto voluit, incurruntur, ac proinde suum votum violat. Quod idem dicendum erit quando ipse non ludit, sed alium quempiam ludere suo nomine iubet, ipsique pecunias suppeditat. Nam & eo casu attendendus erit finis, quem suo voto præscripsit, & vtrum acquitatur, cùm ipse non ludit per sese, sed per alium.

Quod attinet ad iuramentum non ludendi Deo factum, eadem omninò illius & voti ratio est: quare quæ de voto diximus hoc loco, de eiusmodi iuramento dicenda sunt nullo prorsus discrimine.

Consectarium III.

Quænam intentio faciat ludum illicitum.

An primaria intentio lucri ex ludo, sit peccatum. 1.

Obiecta diluuntur. 2. 3. 4.

An ludens qui habet animum non soluendi, aut repetendi solutum possit lucrari ex ludo. 5.

1 Loquimur de ludo, qui per se licitus est, aut saltem indifferens; nam intentionem, quæ per se, & primò fertur in lucrum ex ludo comparandum damnant peccati mortalis Sylu. *verb. ludus quæst.* 2. Gabriel *in* 4. *dist.* 15. *qu.* 13. *art.* 3. *conc.* 3. Panorm. *in cap. penult. de vita & honestat. cleric. numer.* 12. Comitol. *lib.* 3. *respons. qu.* 7. *num.* 4. quoad ludum alearum. Cæterum reliqui omnes recentiores cum Molin. *tract.* 2. *disp.* 511. *num.* 3. contrarium veriùs omninò affirmant, quia ludus de quo agimus est quid indifferens; secluso enim omnem prohibitionem externam, de qua diximus nuper, ac proinde propter bonos fines apperi & exerceri potest. Intentio verò lucri per medium honestum, & licitum neque mortifera, neque mala est seclusis circumstantiis ex quibus in illam vitium aliquod deriuari posset; alioquin nunquam liceret in nulla negotiatione intendere lucrum per se; cuius contrarium fusiùs ostendimus *lib.* 1. *de fine negotiationis, & eius honestate disputantes.* Has igitur maleficas circumstantias semouemus hoc loco, non enim adhærent necessariò ludo licito; immò verò ab illo longiùs absunt, cùm colludentes exponunt suam pecuniam æqualibus conditionibus, & periculum vnius compensatur periculo alterius, & neque charitas, neque iustitia, neque vlla alia virtus in ea intentione lucri per ludum faciendi violatur, vt patet. Ea igitur intentio lucri, quamuis primaria, per se mala non est.

2 Ex quibus solues quæ in contrarium afferuntur, nempe quia in illo fine principali lucri intenderetur etiam principaliter damnum proximi contra decimum præceptum Decalogi; quæ ratio probaret nulla vnquam fine primaria, siue secundaria, & minus principali intentione fas esse intendere lucrum; quia non licet etiam secundaria intentione damnum proximi intendere, quod æquè tunc lucro nostro connexum est, atque si lucrum illud per se primò intendatur. Licet igitur & lucrum suum, & rem proximi desiderare modo licito & honesto obtinendam: v.g. donatione in qua necessariò proximus amittit quod donatur, vt enim aliàs monuimus, in iure, donare est perdere. Cur igitur non licebit eamdem rem contractu oneroso comparare? in quo contractu seruatur æqualitas, neque damnum proximi quærimus, sed nostrum commodum quod æquali proximi commodo præferre possumus; neque idcircò vel charitatem, vel aliam virtutem violamus, aut contra decalogi legem peccamus.

3 Aiunt secundò finem naturalem ludi esse relaxationem, & animi recreationem, quod fusè demonstrauimus *art.* 1. Atqui illum finem peruertimus, & in alium commutamus dum ludo lucrum principaliter quærimus; in qua peruersione erit saltem culpa venialis, vti volunt Nauar. & alij multi apud Salam *dub.* 3. *n.* 4. Verùm fas est medium dirigere ad finem, ad quem vtile est, siue ad illum finē primariò sit institutū, siue secundariò, modò & finis ille licitus sit, & medium quoque licitum & vtile existat. Neque in ea medij directione peruersitas vlla est, nisi ex aliqua alia circumstantia accedat. Nam vestis & ad regendum corpus, & ad ornatum & pompam aliudve licitum assumi potest: & licet comedere potiùs cibum sapidum, quam ingratum, licèt vtertque sufficeret ad sustentationem, quia moderata illa delectatio, & voluptas licita est, ipsaquo temperantia non prohibet omnes voluptates, sed illicitas duntaxat, alias verò moderatur, vt constat.

4 Damnant tertiò prodigalitatis cùm ludentes exponant fortunæ suas pecunias, quare nisi sit maior spes lucri quàm periculum damni, arguunt peccati venialis Azor 3. *part. lib.* 5. *cap.* 24. & alij apud Salam *loc. cit.* qui tamen dum illos reiicit, ita suam mentem explicat, vt tandem non videatur ab illis discedere, & damnet otij ludum vbi spes & periculum lucri æqualia sunt; prodigalitas verò, vbi maior metus periculi, quàm spei. Verùm cùm pecunia exponatur cum legitima causa ad comparandum lucrum, neque prodigalitas est, neque otiositas; quia periculum illud est vtile ad lucrum, quod intendimus; alioquin damnandi essent omnes contractus fortuiti, & omnia negotia, quorum exitus non pendent à sola hominis industria, sed aliis ex causis, quorum actio sæpius impeditur, aut fallit expectationem nostram, quæ tamen si consultò & non temerariò suscipiantur, nemo damnat aut prodigalitatis, aut temeritatis, quamuis optatum, & fœlicem euentum non habuerint. Denique quod dicunt in illa intentione lucri auaritiam reperiri, & Sanch. *lib.* 1. *consil. cap.* 8. *dub.* 24. *n.* 12. videtur non improbare, reiicitur, cùm desiderium lucri honesti, & liciti neque auaritiam, neque aliam turpitudinem ex sese contineat, vti omnes fateri coguntur.

5 Secundò quæritur, an qui habet animum non soluendi, aut solutum repetendi possit lucrari. Lessius enim *lib.* 2. *cap.* 26. *n.* 3. existimat neque lucrari, neque lucrum retinere posse; quia decipit aduersarium, qui nollet ludere si sciret colludentis mentem, & debet esse vtriusque par conditio, cùm rem depositam quisque exponat periculo amittendi. Id tamen non impedit quin vbi lusit sincero animo deinde possit mutare voluntatem, atque vti beneficio legis non soluendi, aut solutum repetendi siue præsenti pecuniâ, siue credita luserit. Existimarim tamen eum qui habet voluntatem non soluendi, aut solutum repetendi, modò tamen habeat animum se obligandi ea obligatione cuius contractus capax est, posse validè contrahere, vt in promissione, voto, matrimonio, & aliis eiusmodi fusè ostendimus *in opere de vsuris lib.* 2. *cap.* 3. *artic.* 2. *à num.* 8.

X 4

*num.*8. & *hoc ipso lib. cap.* 1. quia executio obligationis contractæ, & ipsamet obligatio contractus ita differunt, vt obligatio non pendeat ab executione, atque idcircò voluntates, quæ circa illa duo obiecta versantur, distinctæ & diuersæ sunt, vnaque potest separari ab alia. Possum promittere, & vi illius promissionis obligare me ad quidpiam faciendum, & tamen simul nolle facere quod promitto, & ad quod faciendum me obligo; quia nolo implere obligationem, quam tamen sponte suscipio. Cùm igitur qui ludit debet habere animum se obligandi ea obligatione quam exigit ludi contractus, licèt habeat animum illum non implendi siue non soluendo, siue vtendo beneficio legis, quæ illum aliquo casu liberabit à contracta solutione, & tunc ludi contractus validus est, ac proinde si quid lucratur, id sibi validè acquirit, neque iniuriam facit aduersario quamdiu habebit tantùm animum liberandi se obligatione, quam ludo contrahet, vtendo beneficio legis, & mediis ab illa concessis, aut præscriptis; debet enim sibi imputare aduersarius quod ludat cum eo qui poterit ex legis indulgentia eximere se obligatione, quam contraxerit: neque enim potest impedire qoin habeat ius vtendi eo beneficio. De hac quæstione fusiùs agit de Lugo *disp.*31. *sect.*8.

Consectarium IV.

Quæ vis in ludo vitanda sit.

An iniustè cogens alium ad ludendum teneatur illi lucrum restituere. 1.
Coactus iniustè ad ludendum non tenetur restituere lucrum quod fecit. 2.
*Qualis debeat esse illa vis, & coactio.*3.

Potest aliquis alterum inuitum trahere ad ludendum fraudibus, conuitiis, metu, & aliis similibus per iniuriam pertrahere, quo casu tenebitur ad restitutionem lucri quod fecerit. Ita Couar. *in regul. peccatum*, 2. *part.* §. 4. *num.*7. & cæteri passim; quamuis Molin. *disp.*516. aliquid distinguat: si enim ea violenta aut dolosa pertractio non faciat nisi inuoluntarium mixtum, non tenebitur cogens ad totius lucri restitutionem, sed solùm ad partem ratione iniuriæ, quam intulit; immò si solùm fiat illi iniuria, quia alioquin æquè lucrari potuit ac perdere, non tenebitur ad restitutionem, quia ad illam non obligat sola iniuria nullo damno consecuto. Hanc sententiam non existimat improbabilem Less. *cap.*26. *num.*9. quamuis communem sequatur: alij alia dicunt, vt videbis apud Lugo *disp.*31. *sect.*2. §. 2.

1 Nos communi sententiæ insistimus, & hunc cogentem iniustè alium obligamus ad restitutionem lucri, si quodpiam fecit, at verò coactum dicimus retinere posse quod fuerit lucratus.

Prima pars ostenditur; nonquòd metus & violentia iniusta faciant contractum inualidum, & nullum, id enim falsum esse alibi docuimus, præterquam in matrimonio, & professione religiosa, sed facit duntaxat irritabilem; neque etiam ea eo quod metum passus, habeat vim rescindendi contractū si liuerit, & reponendi res in eodem statu in quo erant ante contractum; quia sunt aliqui contractus veluti transeuntes, qui rescindi non possunt, eo quod res quæ in priori statu reponi deberent eiusmodi rescissione, iam perierint, & ampliùs non existant: v. g. quis in communi hospitio cœnat, & suum iustum symbolum soluit, ad id tamen coactus iniusto metu: non poterit ille rescindere contractum, nam non poterit cauponi reddi cœna iam consumpta, neque ille pretium solutum restituere debebit, rescindendo contractum, quia fieret nouus contractus, & daretur gratis cœna, non autem prior contractus rescinderetur. Simili modo in ludo colludentes dant sibi & accipiunt inuicem spem & facultatem eandem lucrandi; coactus igitur ludere qui voler contractum rescindere, non poterit restituere colludenti spem & facultatem lucrandi, quam ab eo acceperat, & quæ æquiualebat pretio pro quo illam accepit, hoc est, simili prorsus spei & facultati quam ipse dedit colludenti & cogenti. Si domum coactus per grauem iniuriam conduxisti in annum certa pensione, quam & soluisti, non potes eo elapso anno conductionem rescindere, neque etiam emptionem iactus retis, postquam rete vacuum extractum fuit.

Ratio igitur propter quam vi metu, vel fraudibus cogens alium inuitum ad ludendum, teneatur lucrum quod fecerit restituere coacto, est quia fuit illi causa iniusta damni, quod proinde totum resarcire tenetur: id verò in nostro casu non fieri nisi restituendo lucrum quod fecit, illud enim est damnum quod ab illo per iniuriam passus est coactus colludens, etsi enim sola iniuria non obliget ad restitutionem, sed ad satisfactionem, si tamen eiusmodi iniuria causa damni fuerit, ad illius reparationem obligat, quod nemo negat, innumerisque exemplis constat, quorum aliqua Lessius adducit: nam si inuitum coegi ad mihi vendendum equum, cuius iustum pretium solui, verùm inde factum est, vt te obligarim alium equum non meliorem cariori pretio emere, ideóque damnum passus es, cuius ego causa fui, illud tibi debeo reparare. Eadem ratione si te iniustè coegi meam inire societatem, & merces vnà cum naui perierint, teneor damnum, cuius vt dixi causa iniusta fui, resarcire. Hinc fit vt non modò si te iniustè coegerim ad ludendum mecum, tenear de damno quod incurristi, sed etiam si vt cum tertio aliquo luderes inuitum te iniustè compulerim, eadem obstringar obligatione resarciendi damni quod fecisti.

Coactus iniustè ad ludendum non tenetur lucrum restituere: tum quia cogens ad ludendum dat ius ad lucrandum, vt ait Salas *dub.*6. *numero* 4. tum quia contractus fuit validus, cùm metu etiam iniusto non irritetur, sed sit tantùm irritabilis, vt monui. Igitur contrahentes fiunt domini illius lucri: quia tamen illud est nociuum, & damnosum victo, & vincens qui illum coegit fuit illi causa damni, tenetur ex iustitia illud reparare, quod non fit nisi restituendo lucrum ad quod tenetur iniustè cogens, non ex inualiditate contractus, sed ex delicto iniustitiæ, quam aduersùs coactum commisit, & damno affecit. Inde quoque sequitur posse hunc iniustè coactum habere animum lucrandi, quandoquidem lucrum quod faciet, retinere potest.

Hæc porrò coactio iniusta poterit etiam inter ludendum contingere, quamuis initio ludus fuerit ab vtroque collusore sponte & liberè susceptus. Si enim quis velit discedere à ludo, & collusor illum inuitum retineat, aut dolo, conuitiis, minis, aut simili alia ratione, quæ grauem metum incutere posset, facit iniuriam, vt vides, id tamen non fiet si solùm dicat, & moneat non decere ipsum ita 3
abire,

abire, & cùm victor sit, vnà cum lucro discedere, atque ludum interrumpere, & suæ famæ maculam iniicere. Importunæ quoque preces non censentur iniuriam inferre, neque ad restitutionem obligant, nisi fuerint eiusmodi, vt quis malit rem suam ludi periculo exponere, quàm tam molestè, & importunè vexari.

Consectarium II.

De fraudibus in ludo vitandis.

Status quæstionis. 1.
Regula vniuersalis. 2.
Casus singulares ex ea explicati. 3. 4. 5.

1 CVm fraus, & dolus violentiæ comparetur, immò si dolus det causam contractui, faciat illum inuoluntarium; nullum ex illo ius aut dominium victori acquiri poterit, vt constat, ideóque ad restitutionem lucri tenebitur; quia tamen sæpius fraudes committuntur inter ludendum, & non dant causam ludo, sed in illum incidunt, & fauent fraudanti, cui victoriam conciliant, videndum est quando, & quomodo ex illis oriatur obligatio ad restitutionem lucri, & an omnes omnino fraudes illicitæ sint in ludo.

2 Regula vniuersalis est, fraudes, quæ secundùm illius ludi leges permittuntur, passim in quibusdam locis licitè viurpantur: quæ verò sunt contra communes ludi leges, iniquæ sunt, & obligant tum ad restitutionem lucri quod per ipsas comparatum, est, tum ad reparationem damni quod incurrit qui aliàs lucraturus fuerat. Hanc regulam tra lunt fine dubio Couar. *in regul. peccatum*, 2. *part.* §. 4. Molin. *disp.* 517. Lessi. & alij quos afferunt Salas *dubio* 7. Sanch. *lib.* 1. *consil. cap.* 2. *dub.* 12. vt ex casibus singularibus, quos explicant facilè colligitur. Ratio huius assertionis vniuersalis facilis, & euidens est, quia contractus censentur fieri secundum leges loci in quo contrahitur, ex communi omnium sensu, licèt qui contrahunt eas leges ignorent. Si contractus igitur fiat secundum leges loci in quo luditur, siue ludentes eas sciant, siue ignorent, fraudes & circumuentiones quas patientur illæ leges licitæ censeri debebunt: quæ verò violabunt eas leges, iniquæ & illicitæ erunt, & quod illis acquisitum fuerit, iniustè omninò quæsitum fuerit, ac proinde nō poterit iustè retineri; immò & damnum quod quis suis fraudibus attulerit, impediendo ne alius lucraretur, vti lucraturus erat, reparandum erit: si tamen dubitaretur an seclusis illis fraudibus collusor victus, fuisset lucraturus, non tenebitur restituere nisi lucrum quod fecit, & rem suam, quam dubium est, an seclusis fraudibus alter esset lucraturus, retinere poterit; quia in dubio melior est conditio possidentis, inquit Lessi. *cap.* 26. *n.* 13. Molina tamen monet pro ratione probabilitatis esse restituendum lucrum futurum, si nempe maior sit probabilitas lucri futuri, pro maiori illa probabilitate aliquid erit reponendum. Verùm difficile fuerit de illa minori probabilitate definire.

Leges porrò ludi sunt quas vel ipsi ludentes sibi mutuo consensu ponunt, vel communi gentis consuetudine receptæ sunt, aut ex talis ludi natura necessariò consequuntur: quare fraudes, quæ illas leges violant, iniquę sunt vt dixi; quæ verò communi vsu receptæ sunt, vel in quas ludentes volentes, & non inuiti consentiunt, licitæ sunt, & dicuntur bonus dolus.

Ex hac vniuersali certaque doctrina perplures 3 singulares difficultates explicabis.

Primò enim qui potiores melioresque chartas nactus est, quibus de victoria ferè certus est, potest augere sponsionem vt plus lucretur, neque alteri facit iniuriam; est enim ea lex vtrique communis. Sanch. *dub.* 12. *num.* 3. Salas *dub.* 7. qui Molin. & alios adducunt.

Secundò qui deteriores chartas habet, iamque vincendus est, potest simulare & augere sponsionem, vt aduersarium à ludo deterreat; quia exponit se periculo plus perpendi quàm perdidisset, nisi sponsionem auxisset.

Tertiò si meliores habeat chartas, metum simulare poterit, vt ea simulatione prouocet aduersarium ad augendam sponsionem.

Quartò poterit tacere errorem quem videt aduersarium committere, eaque de causa perditurum spōsionem v.g. accipere plures chartas quàm oportet, aut aliud eiusmodi admittere.

Quintò si quis designet chartas notis occultis, quibus eas dignoscat, si plura sibi puncta numeret, & pauciora in aduersario, si primum locum, aut primam manum ex industria præoccupet, quando pertinebat ad aduersarium, & plurimùm ad victoriam confert, si numerando debitam & amissam pecuniam defraudet, si ita chartas disponat, vt non casu, sed arte meliores sibi, deteriores aduersario contingat; si dicit & fingit se habere chartas quas non habet, & sua illa fictione propter credulitatem, & negligentiam aduersarij vincat; si ab aliquo ex circumstantibus per nutus & signa de chartis aduersarij notitiam accipiat, indeque colligat quando acceptare, aut recusare, minuere, aut augere sponsionem debeat; fallit in his omnibus aduersarium, & si quid eiusmodi fraudibus lucretur, debebit restituere, neque enim has fraudes sibi condonant ludentes, aut illas natura & ludi leges ferunt, de quibus vbi dubium fuerit, consulere ludi peritos oportebit. Cauendum igitur etiam adstantibus ne ipsi ad fraudes illicitas concurrant, & peccent contra iustitiam: nam tunc obligatentur ad restitutionem saltem in defectum ludentis, & per illicitas fraudes lucrantis.

Altera difficultas est an qui videt aduersariū errare in numerandis punctis, aut accipienda prima manu sibi debita, aliisque eiusmodi, ideóque perditurum, teneatur illum monere, & si quid ex illo errore lucretur, quod absque illo non fuisset lucraturus, retinere iure debeat, plures enim ita sentiunt cum Molina *disp.* 517. Azor 3. *part. lib.* 3. *cap.* 25. *qu.* 2. Rebell. *lib.* 12. *qu.* 3. Existimarim tamen communiorem esse legem, vt proprius error noceat erranti, modò ad illum colludens non impellat, hoc est ipsum non decipiat, consuetudineque receptum est, vt ludens non teneatur monere errantem aduersarium, quod obseruat Lessi. *lib.* 1. *cap.* 26. *numer.* 15. Et sanè duo illa diuersissima sunt, decipere, & non monere de deceptione eum, qui se ipsum fallit ac decipit. Qui verò ludo adsunt & errorem aduertunt, non modò non teneri ex iustitia de errore monere, immò peccaturos contra iustitiam si admoneant, quando aduersarius non tenetur ex iustitia monere, & positiuè ipsum non decipit errantem, probatur, quia error aduersarij ex communi ludi lege dat illi ius aliquod, cui nocet qui errantem aduersarium monet, cùm neutri in damnum alterius fauere debeat.

Tertiò quæritur quoad illum, qui videt aduersarij chartas, an violet iustitiam. Distinguendum est, si enim ea fuit negligentia aduersatij sibi id ipse imputet: secus verò si ex industria ita composuit, vt illas videre posset. Si autem dignoscat, neque eas certis notis in eam rem signauit, sed vel ex vsu, vel ex sua sagacitate notitiam eam sibi comparauit, non facit iniuriam aduersatio, & ad nihil tenetur, nisi inde tanta inter ludentes inæqualitas fiat, vt reddat contractum ludi iniustum; qua de re statim.

Quartò, an quando plures ludunt contra alios, possit socius admonere socium de suis chartis, vt videat quomodo se gerere debeat; standum erit ludi legibus & receptæ consuetudini.

Denique si bona fide primum locum & manum occupasti, quæ competebat aduersario, indeque lucratus es, non videris obligari ad restitutionem, quia vt ait Salas *dub.7. n.3.* qui & alios dabit, ille error bona fide commissos, per ludi leges & consuetudinem videtur condonari.

Consectarium VI.

Quomodo facienda sit restitutio lucri per fraudes illicitas ex ludo comparati.

Non licet compensare lucrum per fraudes illicitas factum cum eo quod eodem ludo perdidisti.1.

An liceat ex summa per fraudes acquisita, & restituenda detrahere communes expensas.2.

1 Gemina est hoc loco difficultas. Prima, an si tantùm perdideris in ludo, quantum per fraudes illicitas in eodem ludo lucratus fueras, tenearis nihilominus ad restitutionem, & non possis lucrum cum damno compensare. Dixi in eodem ludo: si enim sit diuersus, quia vel cum alio aduersario, vel si cum eodem, alia tamen die, aut hora lusisti, statim apparet nullam fieri posse compensationem, cùm sint diuersi contractus, neque quod in vno iustè perdidisti, compensare potes com eo quod in alio, & diuerso contractu per fraudem lucratus es. Supponimus igitur esse vnum eumdemque ludum cum Titio, qui sine fraudibus locratus est à te centum, tu verò per fraudem durante eodem ludo totidem ab illo vicissim lucratus es. Quærimus an nihilominus tenearis ad restitutionem, atque ita nihil prorsus lucratus eris. Eximit te obligatione restituendi Armilla *verb. ludus num.7.* lucrum enim dicitur quod in fine ludi relinquitur, nullom autem in hoc casu lucrum tibi superest; perdidisti enim centum, & lucratus es centum. Hanc tamen obligationem ad restitutionem verius agnoscit Sanch. *dub.19. num.95.* & Lugn *disp.31. numer.3.* quia singulæ commissiones sunt contractus diuersi inuicem, independentes, & in illis vterque ludens nouum periculum subit perdendi, nouamque spem capit lucrandi. Cui igitur ex delicto debebis centum, accipit in noua commissione & contractu nouum ius lucrandi, & acquirendi aliquid præter illud quod illi iam ex alio capite debebas; alioquin pessima foret illius conditio, posset enim duntaxat perdere, & nihil lucrari, si quid enim lucraretur, compensaretur cum eo quod per iniustitiam ab illo subductum est. Sanè si inter ludendum aliquam pecuniæ summam ipsi subtipuisses, quam postea ille lucraretur, non liberareris ab obligatione ipsam restituendi, quamuis eam eodem ludo exposuisses, & perdidisses. Atqui æquè per fraudem abstulisti, & furatus es quod per fraudes lucratus es in ludo, atque si pecuniam ipsam inter ludendum subripuisses. In vtroque igitur casu obligaris ad restitutionem: estque duplex ibi debitum, cui vnica solutione satisfacere non potes: debes enim id quod legitimè & iustè perdidisti, & quod iniustè per fraudes lucratus es. Quod autem dicitur lucrum non censeri nisi quod finito ludo superest, nihil viget. Inde enim non sequitur te liberari ab obligatione restituendi, quod in ludo per iniustitiam lucratus es, siue potius furatus es.

Secunda difficultas est, an qui propter fraudes aliamve iniustitiam in ludo commissam tenetur summam aliquam, quam iniustè lucratus fuerat restituere, possit ex illa deducere quæ pro chartis, lucernis, bellariis dedit, aut seruis, aliisque circumstantibus donauit.

Resp. in primis quæ liberaliter donauit non esse deducenda ex summa restituenda; quia nemo donare potest ex alieno sine domini consensu; si tamen hic lusor bona fide donauit, existimans lucrum fuisse iustum, aliàs non donaturus, ac proinde non fuit factus ditior, non tenebitur ex vniuersali doctrina de possessore bonæ fidei, eam partem quam non habet, & ex qua non est factus ditior, restituere.

Secundò aliquando sumptus communes capiuntur ex communi pecunia in aliqua commissione à singulis collecta, antequam sciatur cuius ea futura sit, alias verò finito ludo soluontur à lucrante, aut ex contributione singulorum, provt ludentes circa eiusmodi expensas conuenere, vel ludi locive consuetudo postulat.

In primo igitur casu, quod communi consensu ex tota illa summa ex singulorum contributione conflata, antequam aliquis eam lucratus fuerit, deducendum est ad expensas, deducendum quoque erit ab eo qui per fraudes iniustè lucratus fuerat totam commissionem, aut eius partem, neque ad eius quod in expensas ludi communi dominorum consensu collatum est, restitutionem obligabitur; nam qui eam summam commissam, & depositam lucratus fuisset, nisi per iniustas frandes tu illam comparasses, non habuisset illam partem, quæ communi consenso ad expensas destinata fuerat: eam igitur illi restituere non debes. Quod si iniustè deceptos non fuerat lucraturus nisi partem depositæ summæ, non est illi restituenda nisi pars quam fuerat lucraturus; ex ea verò non est deducenda tota illa summa, quæ ad communes expensas extracta fuerat, sed solùm pro ratione partis quam ad totam massam contulerat is, cui pars restitui debet. Cùm enim expensæ illæ factæ fuerint ex communi omnium pecũnia, totum tamen onus eam soluendi vni dumtaxat imponeretur, vt vides.

Quod si impensæ communes soluendæ sunt à lucrante, illæ deducendæ erunt ex lucro quod facturus erat ille quem decepisti, & cui lucrum quod iniustè fecisti restituere debes cũ proportione lucri quod facturus erat: nam si restituas viginti quæ lucraturus erat, non potes ex illis viginti omnes expensas lucri deducere, nisi eas omnes ipse deberet.

Si tamen per vim aut dolum induxisti ad ludendum, eamque ob causam quod ab illo lucratus es restituere

restituere teneatis, non poteris ex illo lucro factas expensas detrahere; quia cùm illi iniuriã intuleris, debes ipsũ indemnẽ ab omni damno seruare, quod non fieret si cogeretur ferre expensas ludi ad quem illum inuitum metu aut dolo pertraxisti; immò licèt ab eo nihil lucratus fueris, debebis tamen ipsi communes expensas reddere, alioqui sis illi iniusta causa damni. Idem dico quando lucratus es ab eo qui alienare non poterat. Nam si nihil poterat alienare, restituere etiam debebis quod in communes sumptus impendit, si quid tamen alienare poterat, illud deduci poterit ad communes impensas pro ratione, qua in illas conferre poterat.

CONSECTARIVM VII.

Quænam æqualitas requiratur inter colludentes.

An inæqualis colludentium peritia faciat contractum irritum. 1.2.3.4

Quid si quis certus esset ex reuelatione de victoria, possetne ludere. 5.

Quid si maior peritia sit nota colludenti. 6.

An inæqualitas in materia siue summa deposita reddat ludum illicitum. 7.

Quid faciat inæqualitas in modo soluendi, cùm vnus præsenti, alter credita pecunia ludat. 8.

An qui pecunia credita lusit, teneatur deinde victori soluere. ibid.

CErtum est in omni contractu necessariam esse æqualitatem, alioquin violatur iustitia. Cùm itaque dixerim initio ludum contractum esse, in eo quoque reperiri quandam æqualitatem oportet, alioquin violabitur iustitia, & lucrum factum ab eo qui inæqualitatem posuerit, iniustè capietur, & proinde restituendum erit. Multiplex autem inæqualitas inter colludentes reperiri potest. Prima in peritia ludi. Secunda in summa deposita. Tertia in modo soluendi lucrum.

1 Prima inæqualitas contingit quando vnus collusorum est multò peritior altero, ac proinde certus est de victoria. Dixi multò peritiorem, quia si exiguus esset huiusmodi excessus peritiæ, non afferret certitudinem victoriæ; neque tolleret perdendi periculum: cùm in omni ludo suas etiam partes sors obtineat. Volo etiam hunc excessum esse notum saltem perito, quia si vterque alterius peritiam ignorat, æquali se periculo exponunt, neque alter alterum fallit; alioquin qui scit se notabiliter peritiorem altero, debet à ludo desistere, vel eas conditiones imperito colludenti facere, quæ minorem eius peritiam quodammodo compensent, & æqualitatem inter ipsos constituant. Volo denique fraudem omnem abesse; nam si peritior iste fingat se imperitum, atque ita aduersarium ad ludendum pertrahat, sine dubio tenebitur ad restitutionem lucri quod fecerit, vti nuper monebamus; fuit enim suis fraudibus iniusta causa damni quod proinde reparare tenetur. Non ago quoque de ludis in quibus ab aliquo munerario proponitur præmium victori, quem talem iudices, arbitri, & periti pronuntiabunt, siue illud præmium à munerario illo propriis, siue communibus etiam ipsorum colludentium impensis soluatur, vt fit in hastiludiis, cursu, & aliis publicis, aut priuatis spectaculis. Nam eo casu poterit quisque etiam peritissimus certare cum aliis, quos nouit imperitiores, & præmium quod obtinebit seruare, quia proponitur peritiori; & vt excitentur alij ad comparandam sibi eam peritiam, quam vident tam illustri munere coronari. Quinimmò plurimi in iis ludis decertant non tam spe victoriæ, quam exercitij causâ. Agimus igitur de contractu oneroso ludi in quo collusorem singuli volunt lucrum captare, exponendo se periculo iacturæ æqualis.

2 In hoc igitur ludo censent plerique peritiorem, etsi nouerit imperitiam aduersarij, si ab omni fraude, & deceptione abstineat, minimè teneri ad restitutionem. Ita Couar. *in regul. peccatum, 2. part.* §.4. *num.* 6. Decium allegans, Tolet. *lib.* 5. *cap.* 17. Sa quoad sponsiones *verb. contractus, num.* 10. quamquàm quoad ludum sequatur contrariam sententiam, non satis vt mihi videtur consequenter *verb. ludus num.* 8. Nauar. *cap.* 10. *num.* 18. Probant quia non tenetur quis aduersario suam aperire peritiam, & ille suæ temeritati adscribat, quòd hominem sibi ignotum prouocet, aut collusorem admittat. Contraria tamen sententia communissima est apud Molin. *tract.* 2. *disp.* 517. Less. *lib.* 2. *cap.* 26. *dub.* 5. Salas *dub.* 25. qui cæteros dabit authores, in quibus percensendis morandum non videtur. Probant quia error dedit causam contractui, non fuisset enim iste lusurus, si aduersarij peritiam, & se illo multò inferiorem nouisset. Verùm cùm hic error nullam fraudem, aut dolum adiunctum habeat, neque ex illis nascatur, non magis vitiabit contractum quàm cùm alicui sors fœlicior contigit, & meliores chartæ, vnde fit certus de victoria; quem tamen posse augere sponsionem, & duplum, aut quadruplum offerre in ludum diximus cum communi DD. sententia: quod enim respondet Less. id ferre ludi leges, non satisfacit; nam & ego quoque dicam & consuetudinem, & ludi leges pati, vt cùm periti ludunt cum imperitis, si absit omnis fraus, neque quos nouerint imperitos prouocent, seruent sibi lucrum quod fecerint, eo quod non debeat vlla alia æqualitas seruari in ludo quàm in æqualibus vtrimque ludi legibus, iisque seruandis, & iure lucrandi ac soluendi; non autem in industria, notitia, fortuna. Quare quod obiiciunt aliqui in venditione, rei venditæ vitia aperienda esse, non vrget; quia in venditione debet esse æqualitas mercis, & pretij, quæ violatur quando datur pretium pro re vitiata, quam proinde excedit; neque peritia emptoris, & venditoris in æstimanda merce, & pretio comparari debent ad æqualitatem, sed duntaxat valor intrinsecus rei, aut extrinsecus, ex communi sensu vel lege cum pretio attendendus est; quare & nos aliàs cùm ista in scholis Theologicis tractaremus, non aberamus longiùs à Couarr. sententia.

3 Nihilominus insistendum omnino esse communi sententiæ putamus hoc loco; quia ex illa imperitiæ inæqualitate in ipsam quoque rem, de qua contrahitur, atque in ipsum adeò contractum refunditur inæqualitas, quæ illum iniustum reddit. In omni enim contractu oneroso aliquid datur & accipitur, aut fit, debetque esse æqualitas inter datum & acceptum, aut factum, vt in permutationibus inter res permutatas, in venditione inter mercem & pretium, in societatibus inter symbolum, quod quisque socius confert, & lucrum quod speratur, aut potius lucri spem. Nam in omni contractu oneroso cùm quilibet se obliget ad aliquid dandum,

dandum, aut faciendum, debet esse æqualitas inter id quod datur, fit, & accipitur; alioquin non erit æqualitas inter reciprocas istas obligationes, & vnus contrahens obligabitur ad aliquid maius, siue ad maiorem obligationem, quàm alter. In ludi igitur materia, qui contractus onerosus est, debet esse æqualitas: illa verò materia, si propriè loqui velimus, est spes, & periculum lucri. Nam quisque emit spem lucri alicuius, periculo iacturæ æqualis rei quam lucrari sperat. Quando igitur pro periculo certo perdendi nulla datur, aut non nisi leuissima spes lucrandi, inæqualitas omninò manifesta reperitur. Qui igitur dat aduersario spem tenuissimam, aut potiùs nullam lucrandi pro periculo certo perdendi; & accipit spem certam lucrandi, & nullum subit periculum perdendi, committit inæqualitatem, & iniustitiam, eadem ratione atque in cæteris contractibus contingit inæqualitas. Atqui suæ peritiæ conscius est, & imperitiæ colludentis; habet certam victoriam, periculum nullum, & colludens habet periculum certum, & ferè nullam spem. Igitur in spe & periculo quod per illum contractum sibi inuicem præstant quadam veluti venditione, inæquales prorsus sunt: quare qui eam inæqualitatem ponit, iniustitiam committit, & lucrum per eam acquisitum retinere non potest. Neque dicas non teneri manifestare suam peritiam, sicut neque venditor futuram abundantiam mercium, ex qua decrescet pretium; quia neque venditori licet occultare vitia intrinseca rei, ex quibus illa vilior fit, & minoris valoris quàm ferat communis æstimatio, quæ crescit aut decrescit ex copia aut raritate mercium: quia ille valor communis supponit merces non esse intrinsecè vitiatas. Atqui in hoc casu occultatur vitium intrinsecum rei ludo subiectæ, nimirum spes illa lucri quæ datur collusori, qui illam emit simili periculo. Atqui spes illa nulla reuerà est, & vt talis cognoscitur ab eo qui illam dat, licèt ex errore communi aliter existimetur, & periculum certum est. Igitur occultatur vitium intrinsecum, & committitur à vendente illam spem nullam pro certo periculo, manifesta iniustitia.

Quod verò dicebamus eum, qui nactus est meliores chartas, ideóque de victoria ferè certus est, sponsionem augere posse, nihil officit; quia æqualitas poni debet in ipso contractu dum fit, si quæ enim exinde fiat rerum mutatio, non reddet priorem contractum inæqualem, & iniustum, vt inductione manifestum fieri posset. Contractus autem ludi fit cùm luderе, & congredi incipiunt, non dum distributis & acceptis chartis, aut iactu talorum misso, iam initus est, neque tunc possunt pro libito à ludo resilire, nisi mutuo consensu, sed quisque vti debet sua sorte; & sponsionem augere, aut recessare pro suo commodo, aut periculo poterit ex communibus ludi legibus.

4 Denique quod concedat communis sententia retinere lucrum dum peritiæ excessus exiguus est, non fauet aduersariis; quia licèt magis & minùs non varient speciem, nihilominus non faciunt magnam differentiam hoc loco: cùm enim æqualitas, quam iustitia requirit, moralis sit, non mathematica, ea non tollitur per quemcumque excessum etiam minimum, idque videmus in pluribus materiis præceptis aut imperatis, qui enim die ieiunij comederet vnam passam, non peccaret, qui autem vnam libram comederet, peccat grauiter. Idem dico quando res deposita parui momenti erat, nam vel illa exiguitas nihili fit, vel censetur condonari à colludente in communi hominum sensu, alioqui restitui & ipsa deberet.

Quæres quid dicendum sit si quis ex reuelatione 5 certus esset se victurum.

Respond. cum Lugo *disp.* 31. *num.* 49. si seclusa illa reuelatione spes & lucrum, quæ sunt materia huius contractus, inter se æquales sint modo explicato, reuelatio, & præscientia de euentu futuro non tollet æqualitatem ad contractum requisitam, quia illa non pendet ex euentu futuro, sed ex comparatione inter spem & periculum lucri, quæ à contrahentibus inuicem dantur, & emuntur.

Maior difficultas est quando peritia maior vnius 6 est alteri colludenti nota, aut etiam ab aduersario manifestata; ille tamen ludere vult, & suam experiri sortem, aut peritiam; eo siquidem casu lucrum à peritiore factum retineri posse volunt Azor. 3. *part. libro* 5. *capit.* 25. *quæst.* 4. Salas *dub.* 25. *num.* 4. Sanch. *lib.* 1. *consil. cap.* 8. *dub.* 13. *num.* 7. qui duo postremi plures alios dabunt; scienti enim & volenti non fit iniuria, & iste victus meritò suæ pervicacitatis pœnam luit. Difficultas tamen est quia sæpius pœna culpam istam excederet; itaque dico cum Molina *disp.* 517. & Lugo *num.* 50. necesse esse vt eo casu lucrum exiguum sit, & eius spontanea donatio iure præsumatur, quæ non præsumetur vbi lucrum fuerit magnum, nisi quædam aliæ circumstantiæ, eæque vehementes eam maioris lucri donationem persuadeant, quod rarò omninò continget. Ratio est quia in venditione licet emptori merces occultum, & intrinsecum vitium manifestes, illeque cupiditate rei, vel aliqua alia de causa magno pretio, & quod plurimùm rei valorem excedat, emat, non poteris retinere illum excessum, quem tibi non condonat emptor nisi coactus: quia nequit aliter rem, quam impensiùs cupit, obtinere. Ita in ludo qui subit periculum grauis damni pro nulla spe lucri, non iure præsumitur condonare illud damnum & periculum quod subit, nisi ad illam spem lucri obtinendam, quam aliter habere nequit.

Secunda inæqualitas in ludo, est in summa de- 7 posita; an qui maiorem deposuit, possit totam illam maiorem lucrari. Non loquor hic de sponsionibus, de illis enim agemos *cap. sequenti*; sed solùm de ludo in quo id solet in decursu contingere; aliquando enim vnus habet maius capitale ex variis summis, quas lucratus est, & totum illud exponit, *son restant*, alius item collusor totum sibi reliquum, quod minus longè est exponit, & fauente fortuna vincit; poteritne totum maius illud capitale retinere. Hac de re consule Sanch. *l. c. dub.* 18. & Dianam 1. *part. de contract. resolut.* 66. *quam* eandem integram reposuit *tract.* 3. *miscellan. resolut.* 4. Bonac. *disp.* 2. *de contract. lib. q.* 3. *punct.* 2. *numero* 19. Mihi certum est si qui habet maius capitale scit capitale aduersarij minus esse, & consentiat huic conuentioni, eum qui habet minus capitale, posse retinere maius, si illud lucretur: quod si neuter sciat quantitatem capitalis sui aduersarij, poterunt totum fortunæ committere, & qui lucrabitur retinebit, etsi capitale aduersarij fuerit maius suo. Quod si non exprimant suum consensum in eam inæqualitatem, sed solùm suum capitale quisque exponat, existimat Lugo eum qui plus pecuniæ habet censeri velle æqualitatem, ac proinde qui minus capitale habet non poterit non lucrari nisi æquale suo capitali, quod exposuit. Ego secus censerem: nam si neuter sciuit summam capitalis aduersarij, censentur

totum

totum commisisse fortunæ, quod ipsemet Lugo affirmabat. Si autem, qui maius habet capitale, sciuit capitale aduersarij minus esse, eo ipso quod lusit consensit in eam inæqualitatem: si qui minus habebat capitale, & sciebat illud aduersarij maius longè esse, ideoque prouocauit ad exponendum suum, temerarius & præfidens fuit aduersarius qui suum capitale exposuit cum alio cuius quantitatem ignorabat, & cupiditate lucrandi volens suum capitale quod magnum esse sciebat, periculo exposuit spe lucrandi capitale alterius, quodcumque tandem esset siue magnum, siue exiguum. Nullam igitur accepit iniuriam; suppono enim fraudes omnes, dolum, & vim abfuisse, sed illum inflatum prioribus victoriis, & inani spe præfidentem suam sortem exposuisse periculo.

8 Tertia inæqualitas est in modo soluendi, cùm quis pecunià præsenti, alius verò pecunià credita ludit. Quæritur an qui amisit, teneatur soluere quod creditò luserat. Et quidem si ludus non sit prohibitus, certum est illum ad solutionem obligari; quia promissio iure naturali obligat, & leges ciuiles, quæ illam irritare possent, non agunt nisi de ludo prohibito, in quo si peculiari lege sit non modò prohibitus, sed etiam redditus irritus, non tenebitur soluere. Si autem fuerit simpliciter prohibitus, & nolit qui amisit vti beneficio legis concedentis restitutionem in iudicio, tenetur soluere; quod docent Rebell. 2. *part. lib.* 12. *q.* 2. Val. *tom.* 3. *disp.* 5. *q.* 6. §. 2. Sal. *dub.* 26. quia ille tam obligatur iure naturæ soluere, quàm si luderet pecunia præsenti, vt patet. Lex autem Ciuilis illi non fauet, cùm, vt supponimus, non velit vti eius beneficio: nam si eo gaudere velit, interim dum in iudicio rem agit, potest retinere solutionem; quia certus est irritandam esse sententiâ Iudicis promissionem & obligationem. Atque ita interpretor Conar. §. 4. *cit. n.* 8. Adrianum ab eo relatum, & alios qui affirmant ludentem pecunia credita non teneri soluere; si verò soluerit, non tenetur qui solutionem sibi debitam accepit, illam restituere ante sententiam Iudicis, vt nuper monui quia lex quæ dat facultatem victo repetendi in iudicio, non reddit irritam solutionem, neque impedit translationem dominij, si vterque renuntiauerit beneficio legis.

Consectarium VIII.

De quibusdam pactis in ludo appositis.

Petrus ludit pro se & Paulo, qui fert dimidium damni, lucri verò tertiam duntaxat partem habebit. Damnat hoc pactum iniustitiæ Sanchez *dub.* 2 3. nisi Petrus subiaceat periculo subeundi pœnam, quæ ab illo tantùm, non à Paulo repetitur, si ludus fuerit prohibitus; quia hîc est contractus societatis, in qua socij debent lucrum & damnum æquis partibus diuidere, ratione tamen sortis quam contulerunt, in qua sorte etiam industria numeranda est, vnde fit aliquando vt socius qui minus capitale posuit, ratione tamen suæ operæ, & industriæ plusquam dimidium lucri auferat, vti diximus *in opere de vsuris libro* 5. disputantes de contractu societatis; fieri itaque aliquando poterit in hac societate ludi, Petri ludentis industriam magni fieri, & illam parte lucri compensari, vt in ludo pilæ aliquando cōtingit, vt enim trahunt ad suas partes strenuum aliquem lusorem, illi partem lucri cedunt.

ARTICVLVS V.

De quibusdam ludis singularibus.

1 Hoc caput visum fuit operæ pretium attexere vniuersali doctrinæ à nobis hactenus traditæ, ex ea enim de singulis ludis, liciti, an illiciti sint fas fuerit pronuntiare, idque in quibusdam, de quibus excitari posset controuersia, disquiremus. Cæteros enim ne percensere quidem iuuat, res enim inutilis, & infinitæ foret operæ.

Ordior ab alea, quo nomine omnem fortunæ lusum capio, ideóque periculum dicitur alea, Vnde Locan.

—— *Placet alea fati,*
Alterutrum mersura caput.

Hoc tamen ludi genere maximè designatur ludus astragalorum, talorum, tesserarum iactarum è pixide, id est fritillo, vel phymo, quam pixidem

Y existimat

existimat Cuiac. *in C. de alea lusu*, designari illo versu Iuuenalis.

Partos gladio vel pixide nummos.

2 Astragalus est os in posterioribus suffraginibus quadrupedum, quibus vngula est bifida, & dicitur talus, non quòd verè sit ad talum, seu calcaneum, qoia in illis belluis non quadrat. Illa ossa in quatuor latera voluuntur, aliter enim non insistunt: nam qua parte sinuata sunt; & veluti concamerata, non stant: qua minùs lata extant, prona, sed minùs stabilita, quàm si in latiorem planitiem supina, siue suppa ceciderint. Quaterna simul iaciuntur. Cùm vno vultu incidebant, dicebatur iactus infælix, monas, canis, chins, as. Binarius erat otiosus. Cùm nullus talus eodem vultu, vel positu consisteret, iactus dicebatur venereus, vel *ἀφροδίτη*, & qui venerem iecerat, is omnia auferebat, vel victor erat in sortibus conuiuiorum. Idem iactus dicitur basilicus, Græcis *κῶος*. Triginta quinque diuersos iactus talorum, siue *πτώσεις* varietates, quas iactu, casuque exhiberent tali, à Diis, vel Deabus, vel Heroibus, vel scortis, vel aliis rebus appellata reperies apud Mursium in Græcia ludibunda, & alios, neque plures exhiberi potuisse fuit obseruatum à peritis aleæ magistris. De his iactibus Augustus *epistola ad Tiber.* apud Sueton. *cap. 71. Talis enim iactatis vt quisque canem, aut senionem miserat, in singulos talos singulos denarios in medium conferebat, quos tollebat vniuersos qui venerem iecerat:* fælicissimus enim iactus veneris fuit: hinc Horatius.

Quem venus arbitrum dicet bibendi.

Infælix iactus erat *μῖνος*, ex Polluce *lib. 8. capit. 33.* & Hesychio. De illo interpretare illud Augusti apud Sueton. *cap. 71. Si quas manus remisi, cuique exegissem, aut retinuissem, quod cuique donaui vicissim, vel quinquaginta millia.* Hæc verba vexant Commentatores, lege *si quos manes, id est, iactus infælices remisi aduersariis, retinuissem.*

3 Tesseræ seu cubi varia nomina sortita sunt, nam lepusculi & iaculum ex Isidoro, ossea tessella, quadrantal, & numeri, Græcis *κύβοι ὅσα ἐστιγμένα τρήματα*; Gallis *dez*, *dadi*, vel *dacij*, in constitutionibus regiis dicuntur. Datos vocat Turneb. *libro 6. capite 3.* quia in eo ludo bolos vel dabant, vel reuocabant; vnde Auson. *in commemoratione professorum Burdigalensium.*

Narrantem fido per singula puncta recursu,
Quæ data per longas, quæ reuocata moras.

Vide eundem Turneb. *in oration. Ciceron.* & Salmas. *in notis ad histor. Aug.* Dixere Græci etiam *βόλια*, & *βολίδας ἀπὸ τοῦ βάλλειν* iacere. Latini verò iacula à iaciendo, apud Isidor. Sunt quadratæ figuræ, sex habent latera, seu facies compunctas punctis, ab vnione ad senionem, angulos rectos octo: attamen tessera seu cubus, talus, seu astragalus veterum erant figuræ atque vsus diuersissimi. Ne verò tesseræ fallerentur, & ne quis in quod liberet latus actam tesseram subdola manu statueret, iaciebantur è pixide cornea, vel eburnea, vel buxea, quæ fritillus, phyrgus, turricula, orca, phymus, & camus dicebatur. Erat porrò pixis siue turricula intus excauata, gradatimque exculpta, vt agitati concussique tali in graduum supercilia offendentes volutarentur, incertiorque iactus esset. Auson. *loc. cit.*

Vidimus & quondam tabula certamine longo,
Omnes quæ fuerant enumerasse bolos.
Alternis vicibus quos præcipitante rotatu
Fundunt excisi per caua buxa gradus.

Claudius apud Senec. *de morte Claudii.* Damnatus est ab Æaco ludere pertuso fritillo: *Tum Æacus*, inquit, *iubet illum alea ludere pertuso fritillo, & iam cœperat fugientes tesseras quærere, & nihil proficere.*

Nam quoties missurus erat resonante fritillo,
Vtraque subducto fugiebat tessera fundo:
Cùmque recollectos auderet mittere talos,
Lusuro similis, semper, semperque petenti
Decepere fidem refugi, digitosque per ipsos
Fallax assiduo delabitur alea furto.

Quidam fritillum, & phyrgum, siue turriculam distinguunt cum Turnebo *libro 27. capite 3.* ex Suida mox afferendo. Itaque fritillum ait Turneb. fuisse vas longum, in quod mittebantur tesseræ, calculi vel tali; phyrgus verò erat turricula per cuius altitudinem mittebantur in alueum. Martialis tamen *lib. 14. Epigram. 6.* ista confundit.

Quæ scit compositos manus improba mittere talos,
Si per me misit nihil nisi vota facit.

Pluribus verò talis quàm tesseris ludebatur. Tribus enim tantum vel duobus tesseris, quatuor talis lusitabant. Martial. *libro 14. Epigram. 15. Non sit in talorum numero par tessera.* Itaque in talis neque binio, neque quinio erat, sed tantùm ternio, & quaternio, & senio, & canis, id est vnitas. Ternionem & quaternionem etiam suppum, & planum vocatos esse legimus.

Hinc factum vt in tesseris plures quoque essent diuersi iactus, & conspectus, quàm talorum, cùm plures sint *πλάσεις* tesseræ, quàm tali. Hic enim, quod initio monuimus, quatuor habet tantùm partes, quibus insistat, & incumbat, cùm ab vtraque longitudinis suæ extremitate rotundetur: illa sex, quod docet ipsa *αὐτοψία*. Immò licet daremus talum habere quatuor *πλάσεις*, vix tamen videbis aliter cadere, quàm duobus modis: nempe vel in vnam faciem latiorem, vel in oppositam, quæ eminet & protuberat. Has talorum *πλάσεις* Græci aiunt ἐξ ἑβδομάδος κατὰ τὸ ἀντικείμενον συγκεῖσθαι hoc est, puncta vel numeros habuisse sic dispositos, vt qui in oppositis duobus lateribus essent iuncti, semper efficerent septem, hoc modo.

1———6

3———4 Ἀντέκειτο γάρ, aiunt, μονὰς, καὶ ἑξὰς, εἶτα τριὰς, καὶ τετράς. In tesseris amplius fuerunt δυὰς, καὶ πεντάς. Qui ludebant πλειστοβολίνδα, singulis iactibus infælicibus certam pecuniam, prout conuenerant, in medium conferebant, aliquando in singulos talos singulos nummos, vt nuper dicebat Augustus, aliquando in singulas vnitates, quas iactus ostendebat, siue in punctum, vt loquitur Sueton. *in Nerone.* Quod etiam in huius lusus descriptione innuit Pollux, vti obseruat Causabon. *in August. Sueton.*

Varij fuere veteribus hodieque sunt modi ludendi tesseris & talis. Primò in tabulam, abacum, seu 4
mensam aleatoriam distinctam duodecim lineis tesseras mittebant, & ex earum positu calculos ponebant

ponebant. Nobis dicitur *Trictrac*, ex tesseratum, scruporum, & calculorum in alueolo strepitu, vel crepitu. Secundò ita certabatur, vt vinceret qui plura numero puncta iaceret, πλειςοβολίνδα Græcis, nobis *Raffle*, quasi ῥαφῆς ὄρθωσιν, facilè auferes. Tertiò erat proaiesimus, nam sibi quisque numerum quem redituum putat, eligit, & vocat, nobis dicitur *Chanse*: si caderet monaa aliquid pecuniæ deponebatur, si tres seniones, totum æs manuarium auferebatur, *tout largent du ieu*; ante iactum Deos, aut amicos inuocabant. Quartò ludus dici potest διαγραμμισμὸς veterum, non in quo calculi, vel taleolæ in alueolo ordinarentur in lineis, sed in quo ex positu tesserarum in tabula, sexaginta tribus aut pluribus casis, & loculis distincta, calculus certo loco ponitur. Is ludus videtur esse, quem ingeniosè renouatum *Anserem* vocarunt, qui persulgatissimus est.

Iactus alij fœlices, alij infœlices fuerunt, vt diximus, alij medij. Fœlix fuit τρὶς ἕξ, id est senio, dexter dictus à Persio; Græcis κῶος vel ἴτης καλλιβόλος μῆλας. Medij multi. Infœlix κύων siue vnio, vnde prouerbium κύων πρὸς κῶον, impudens, vel loquax, vel stultus ad sapientem collatus. Item κύων ὄνος, doctor est minus. Cæteros iactus vide apud Mursium in Græcia ludibunda. Ludebant & calculis in eadem tabula lusoria, siue abaco duodecim distincto lineis siue punctis. Martial. *lib.* 14. *Epigram.* 17.

Hic mihi bis seno numeratur tessera puncto,
Calculus hic gemino discolor hoste perit.

Eadem igitur tabula & tesseris, & calculis seruiebat, sed alterum tabulæ latus in quo tesseris ludebatur, lineis, vel punctis duodecim descriptum, distinctumque erat, in quibus calculi variè disponebantur, prout tesseræ cecidissent. Lineas illas siue puncta Latini scripta, Græci γραμμὰς vel γράμματα vocabant.

Calculi isti varij coloris erant, & aliquando vnus ab aliis diuersi coloris, veluti latro, aut hostis inclusus tenebatur, vnde hi quoque calculi latrones vel latrunculi dicti. Itaque scribebat nuper Martial.

Calculus hic gemino discolor hoste perit.

Nempe calculus deprehensus vtrimque nudus, ab hoste circumuentus capitur. Ouid. 2. *de arte.*

Fac pereat vitreo miles ab hoste tuus.

Et Martial. *cit. lib.* 14. *Epig.* 20.

Insidiosorum si ludas bella latronum,
Gemmeus iste tibi miles, & hostis erit.

Vt nempe in insidiis latent latrunculi quidam qui hostem incautum intercipiunt, ita & calculorum ludus quidam fuit. Ouid.

Sæpe latrocinij sub imagine calculus ibit.

Martial. *lib.* 7 *Epigr.* 71.

Sic vincas Noninumque, Publiumque
Mandris & vitreo latrone clausos.

Hoc est calculorum, siue latrunculorum septis, & regionibus, vel ipsis latronum gregibus clausos. Mandras vocabant Latini, & septa, vallos, capsas & carceres, loca, siue sedes in tabula, in quibus calculi veluti latrunculi inclusi tenebantur. Græci πόλεις χώρας, & χαρακώματα. Calculus ergo qui in calculi discoloris sedem faciebat imperium, vt eum caperet, & sede sua pelleret, mandram eius siue vallum frangere dicebatur. Hinc calculorum ludum, & latrunculorum, vel potiùs tabulam, in qua ludebatur ζατρίκιον nominarunt. In hoc ludo sunt calculi qui ordine mouentur, alij qui vagè & obliquè. Incipit autem dicuntur,

qui eo sunt redacti, vt cieri mouerique nequeant. Vnde prouerbium *Ad incitas rem redigere*, hoc est ad extremas metas compellere, & ad desperationem redigere.

Itaque hic calculorum & scruporum ludus, vi- 6 detur idem fuisse, quem hodie scaccorum nominamus, & quem veteres calculum institum vocabant; nos scaccum mattum dicimus, id est contritum, vel subactum. Nam mattus est antiqua vox Latina, quæ emollitum, subactum, & maceratum significat. Inde verbum mattare, domitare, subigere, macerare; hine via Matta Ciceroni, via lutosa, humecta, *libro* 16. *ad Attic. Epist.* 12. vbi qui legunt *via inepta*, ipsi inepti sunt. Homo mattus, tristis. Verùm de scaccorum nostrorum ludo quidpiam inferiùs, qui videtur omninò diuersus fuisse ab calculorum ludo, qui sub alea comprehendebatur eum aliis: nam in nostris scaccis nihil fortunæ, totum industriæ tribuitur, in calculis plurimùm erat fortunæ: scacci mouentur à ludente, calculi verò iaciebantur in tabulam, & alueolum phyrgo, vel fritillo.

Hæc tabula lusoria dicitur etiam Græcis ταβλά, apud Suidam: hine ὁ ταβλιστὴς qui ludit tesseris, & ταβλίζειν, tabulis, & tesseris ludere, vt nuper referebamus ex Iustiniani constitutione.

Hanc tabulam Palamedem repetisse in obsidione Troiana ad ludum exercitus Græcanici *εἰς διαγωγὴν τοῦ ἑλληνικοῦ στρατοῦ*, non sine magna Philosophia, narrat Suidas: cum ipsa tabula terrestris iste mundus est, numerus duodenarius, Zodiacus, psephybolum, quod Turnebus *libro* 27. *capit.* 3. fritillum interpretatur, & septem granula in eo, sydera errantia; turris altitudo cælū quo in illa bona & mala πολλὰ καλά, ἢ κακά profluunt. Hunc ludum ita Franci milites frequentarunt in obsidione munitissimi castri in Syria, nomine *Hazard*, vt inde ludum hazardi nominarent ex Guillelmo Tyrio *libro* 3. *capit.* 7. *& libro* 17. *capite* 10. *belli sacri*: qua ratione & Ludos à Lydis ex Asiæ transuenis, qui in Hetruria consederant Romam inuectos, dici notauit Tertullian. *libro de spectacul. capite* 5. & Nonius Marcellus; Ludos Romani Lydios vocabant, vt est *in libro* 1. Varronis *de vita populi Romani*, quamquàm & idem Varro Ludos à ludo, vel lusu vocatos eodem teste Tertulliano ibidem dixerit. Verùm locus ille Varronis hodie non reperitur. Sed quidquid sit de voce ludi, hic de quo disputamus alea, vel ludus aleatorius dictus fuit; vel ab ἁλλεσθαι, quòd tali seu tesseræ fugiant è fritillo, vel quòd sic bona & tempus fugiant; vel ab ἀλέα, id est tepor, siue calor; quia ludentes incalescunt, & forum aleatorium excalefaciunt, vt loquitur Augustin. apud Sueton. *capite* 71. Plato *in Phædro*, eius facit inuentorem Them. cui Ibis dicata fuit. Herodotus *in Clio* ipsos Lydios.

Apud Athenienses aleatores in templo Mineruæ 7 ludebant, sic enim habet Eustat. *in odyss.* α. *Exercebatur res aleatoria non solùm apud Siculos, sed etiam Athenienses, qui & in templis coacernati aleâ ludebant, & maximè in Minerua Scironia templo, à quo & cætera aleatoria loca denominata sunt, ex quibus & versutia omnes ob falsitatem in Sciraphiis frequentiam vocabantur sciraphi.* Apud Romanos impudentissimæ frontis erat in foro aleâ ludere, vnde Cicero. *Philipp.* 2. *Hominem omnium nequissimum, qui non dubitaret vel in foro aleâ*

aleâ ludere, lege quæ est de alea condemnatum; qui in integrum restituit, is non apertissimè studium suum profitetur. Idem ait Lenticulam Antonij collusorem de alea damnatum fuisse. Huic tamen ludo impensissimè addictum fuisse Augustum constat ex Sueton. *capit* 71. citato, vnde coniicies eam legem lusum aleæ damnantem, cuius meminit Cicero, non fuisse latam nisi aduersùs eos qui in foro publico ludebant, quos fuisse homines perditos, & profligatos, qui omnem existimationis suæ curam posuissent, oportet; vnde legibus prohibitam fuisse aleam apertè testatur Horat. *lib.* 2. *carm. ode* 3.

Sed malis vetita legibus alea.

Hanc legem Alciat. *lib.6. parerg. cap.* 16. suspicatur esse *legem talariam*, cuius meminit Plaut. *in Milite act.* 2. *scen.* 2.

Atque adeò, vt ne legi fraudem faciam talariæ
Accuratote, vt sine talis domi agitent conuiuium.

Nimirum quia iubebat hic Periplectomenes seruis suis, vt defringerent talos illi quem vidissent tegulas conscendisse, vt inde in domum introspiceret. Vult Hotman. hanc veterem legem, qua talorum lusus conuiuiis interdicebatur, forte fuisse Titiam, de lusu, vel Publiciam. Verùm illa duntaxat vetabat ludere in pecuniam, nisi in ludo qui virtutis causâ susceptus esset, quod testatur Marcian. *in l.3. D. de aleatorib.* Vbi idem ait de lege Publicia, & Cornelia. Talos nihilominus in conuiuiis vsurpatos Horatius testatur *lib.* 1. *carm. ode* 4.

Nec regna vini sortiere talis.

Talorum siquidem iactu sortiebantur quisnam futurus esset magister conuiuij, cui leges dicenti cæteri parere deberent, eadem ratione qua in Republica prouincias sortiebantur. Deinde liberaliores potationes talorum incitiriis lusionibus diffundebant, vti Plautus, Propertius, & alij meminere, ideoque inter apophoreta dati quoque sunt tali apud Athenæ. & Martial. sufficiat illud Augusti scribentis, ad Tiberium apud Sueton. *cap.* 71. *Inter cœnam lusimus γεροντικῶς heri & hodie; talis enim iactatis, &c.* γεροντικῶς inquit, quia illa lusio senum otiosorum est; quare Cato apud Ciceronem; *Nobis senibus ex lusionibus multis talos relinquant & tesseras.* Probrosum tamen fuisse hunc ludum inde coniicies, quòd mense dumtaxat Decembri in Saturnalibus permitteretur, eiusque coërcitio ad ædiles pertineret. Martial *lib.* 14. *Epigr. de Saturnalium lasciuia.*

Nec timet ædilem moto spectare fritillo.

Et *lib.* 5. *Epig.* 85. de peractis Saturnalibus.

Et blando malè proditus fritillo,
Arcana modo raptus è popina
Ædilem rogat visus aleator.

Aliis itaque diebus prohibebatur alea, saltem publica. Senec. enumerat inter loca ædilem metuentia, popinas, vbi plerumque luditur aleâ.

8 Hinc fit vt nomen aleatorum infame fuerit. Et *l.* 26. *D. de iniuriis*, dicitur domino fecisse iniuriam, qui eius seruum duxerit in popinam, & cum eo luserit aleâ. *Et l. fugitiuus* 125. *D. de verb. signif.* aleatorem & adulterum inter infames recenset, quod interpretentur de publicis aleatoribus. Inde factum vt tesserarij dici maluerint quàm aleatores, quod obseruat Cuiac. *in parat. C. de aleatoribus*, & *libro* 9. *obseruat. capit.* 28. *sub. fin.* cùm tamen inter illos tantùm differre scribat Marcellinus, quantùm inter furea, & latrones. Sanè hunc ludum pluribus insectati sunt tum sacri, tum prophani Scriptores, & quidem de prohibitione ludi alearum facta Clericis grauibus pœnis interminatis, diximus nuper *art.* 3. *num.* 3. Concil. Elibentanum ludentem aleâ à cœtu piorum remouet. Concil. Trullan. *can.* 50. Clericos aleatores deponi, laicos segregari, siue excommunicari mandat. Frequentes sunt PP. in hoc ludo exagitando. S. Ephrem *opusc. de abrenuntiat. facta in baptis.* vbi meminit pœnæ illatæ ab Apostolis aleatoribus. Ennod. *declamat.* 10. exagitans aleatorem, qui deficiente pecuniâ agrum in quo conditi fuerant parentes, ludo addixerat. Cyprian. *lib. de aleatorib.* eamdem patrimonij dilapidationem exprobrat, & à satana inuentum hunc ludum, eique sacrificium institutum. Basil. *hom.* 8. *in hexam. sub finem*, describit spiritum malignum illi insidentem, & ludentium insaniam punctis ossibus incendentem. Alios Patres dabit Comitol. *lib.* 1. *respons. cap.* 90. Vide quoque Ioann. Salisberiens. *lib.* 1. *polycrat. cap.* 5. Patric. *lib.* 3. *de Regno, Tit.* 10. Osor. *lib.* 7. *de regiis institut.* Iodoc. Dambodetum *in Christianis paranesib. admonit.* 7. *numer.* 20. Camill. Borell. *lib.* 3. *de magist. edict. cap.* 11. Ipse denique Aristoteles *lib.* 4. *Ethic. cap.* 1. aleatorem κυβευτὴν inter eos qui turpia lucra sectantur, fures & spoliatores numerat, τῶν λωποδυτῶν, καὶ τῶν λῃστῶν, καὶ τῶν ἀνελευθέρων, καὶ τῶν αἰσχροκερδῶν. Horum omnium ratio est quòd alea prouocet ad plura peccata. Hostiens. *in sum. tit. de excessib.* recenset sexdecim. Anton. 2. *part. lib.* 1. *cap.* 23. §. 2. & §. 6. viginti & vnum, tot scilicet quot punctia tali notantur. Quantus amabò enim furor est, quæ rixæ ad casum tabulæ fortunis omnibus spoliari, quod notauit Iuuenal. *satyra* 1.

Et quando vberior vitiorum copia, quando
Maior auaritiæ patuit sinus; alea quando
Hos animos? neque enim loculis comitantibus itur
Ad casum tabulæ, posita sed luditur arca;
Prælia quanta illic dispensare videbis
Armigero, simplexne furor sestertia centum
perdere, & horrenti tunicam non reddere seruo

Hinc opinor Græcis alea dicitur κότλος, κοτλίζω aleam ludo, κοτλισμὸς aleæ ludus, & κοτλιστὴς aleator. Indeq; In Basil. titulus est περὶ κοτλιστῶν ἤτοι κυβευτῶν. Vide Meursiũ *in Lexico Græco Barb.* At verò κότλος, vel κότος est ira, excandescentia, ὀργὴ apud Hom. *Iliad.* α. Quòd igitur in alea sit frequentior ira dicta fuit κότλος: annon Galli nostri cotam inde dixerunt, cottam, casam, & gurgustium; indeque cotarium, cotarum, & cotarellum, qui in gurgustiis habitat, quod conuenit aleatoribus, qui & in popinis atque gurgustiis versantur assiduè, atque in omnia vitia proni sunt: quare in Concil. Lateran. an. 1180. damnantur tanquam latrones publici, *Brabantiones, Aragonij, Nauarri, Basculi, Cotterelli, Triauedini.* Sed redeo ad fortunatum dilapidationem, quam aleatores incurrunt, vnde fit vt potiùs timeant ne senescant, quàm vt moriantur. Iuuenal.

Non præmaturi cineres, non funus acerbum
Luxuriæ, sed morte magis metuenda senecta.

Ambros. *lib. de Tob. capit.* 11. æstus ludentium inter spem metumque amittendi patrimonij elegãter suo more describit, sicut etiam fœneratores qui aleatorum conuenticula obseruant, & perdentis ærumnam commoditatem suam iudicant. *Videas aleatores subitò egentes, repente diuites, deinde nudos, singulis iactibus statum mutantes, versatur enim eorũ vita vt tessera, voluitur census in tabula, fit ludus de periculo, & de ludo periculum: quot propositiones,*

tot

tot proſcriptiones, clamor plaudentium, fletus deſpoliatorum, gemitus deplorantium, &c. Vita igitur hanc aleam potiùs dixerim quam pecunia, ſub momento fertur quod valeat in æternum. Quid dicam de fraudibus quibus colluſores decipiunt. Chryſ. *hom. 11. in cap. 2. epiſt. ad Epheſ.* κυβευταὶ λέγονται οἱ τοῖς κύβοις κεχρημένοι, τοιοῦτοι εἰσὶν οἱ πανοῦργοι ἕως ἂν ἀφελεστέρους λάβωσι: aleatores dicuntur, qui talis vtuntur, tales ſunt ad omnia parati donec ignauiores deceperint. Quanta illa inſania eſt, vt iacturâ facta nunquam abeant, ſed accendantur magis, itaque & contentione ferantur ad profundendum quidquid ſupereſt. Quod deplorat Ariſtides Smirnenſ. *orat.* ἐν συλλόγῳ. Neque minor illorum dementia, qui, vt ait Iuſtin. in ſua conſtit. *C. de aleatorib. nec ludentes, nec ludum ſcientes, ſed numeratione tantùm proprias ſubſtantias perdiderunt, die noctuque ludendo argento, apparatu lapidum, & auro.* Inde verò periuria & blaſphemias conſequi queritur idem Imperator: *Conſequenter tamen ex hac inordinatione blaſphemare Deum conantur, & inſtrumenta conficiunt.*

Hæc quoque inſignis veſania, qua nomina & ſchedas plurium aliquando millium nummorum victori ſe debere cauſantur. Repreſſit hanc inſaniam Senatus Pariſ. an. 1611. menſe Iulio, celeberrimo decreto. Vide plura apud Chopin. *lib. 3. tit. 3. de morib. Pariſ. n. 13.* conſentanea veteri iuri, quod prohibebat aleâ ludere, non modò poſita pecuniâ, ſed poſitis lupinis, & argento comico in vicem veræ pecuniæ poſtea reddendæ victori, *l. 1. C. de aleator.* & *l. vlt. C. de Epiſc. audient.* Ad euitãda igitur grauia crimina & ingentia mala, quæ in Rempublicam importat alea, eam, & popinas, ſiue gurguſtia in quibus exercetur vetuerunt ſeueriſſimis edictis Legiſlatores *leg. 1. 2. & 3. D. de aleatorib.* & *l. 3. C. eod.* & *l. 25. C. de Epiſcop. audient.* atque Chriſtianiſſimi Reges Ludouic. IX. Carolus VI. Henric III. Ludouicus XIII. proſcripſerunt: qua de re vide Chopin. *loc. cit.* quare magna ex parte Iuſtinianeam conſtitutionem, & antiqua iura innouarunt, quod & plures alii Principes ſuis in ditionibus præſtiterunt.

His conſtitutionibus, & legibus huius criminis odio plura vulgò recepta ſunt, quę paucis contraxit Cuiac. *in C. de aleat.* Primò enim condictio quaſi indebiti competit ei qui victus aleâ ſciens vltro ſoluit quod in alea amiſit, vel ea ceſſante, in vrbe Pręfecto vrbi, in municipiis patri, aut defenſori ciuitatis, aut Præſidi prouinciæ, vt erogetur in opera publica. Secundò fuit olim pœnalis actio in quadruplum, hodie in ſimplum famoſa, quia nomen aleatorum eſt infame. Tertiò vt ſuſceptori aleatorum, qui aleatoribus ipſis longè nequior eſt, impunè fiat furtum, & iniuria, damnumque detur impunè, & vt qui cogit ad ludum graui mulctâ coërceatur, vel ducatur in latumias, aut vincula publica. *l. 1. & 2. D. de aleator.* Quartò vt condictioni eius quod aleâ luſum eſt, nulla obſtet pręſcriptio niſi annorum quinquaginta *l. 1. C. de aleator.* quod obſeruauit Euſtat. *lib. de tempor.* Quintò vt arcanæ popinæ quibus aleâ luditur, publicentur *l. 2. C. de aleatorib.* Sextò denique vt victori nulla ſit petitio eius quod aleâ vicit *l. periculi 5. D. de nautico fœnore*, de qua lege plura Hotman. *lib. 5. obſeruat. cap. 27.*

9 Circa has porrò pœnas, *D. de aleatorib.* latas quædam obſeruanda videntur. In primis enim *l. 1.* Prætor ait, ſi quis eum apud quem luſum fuerit verberauerit, damnumve ei fecerit, aut aliquid ex eius bonis, eiuſve domo eo tempore ſubtraxerit, nullum ſe iudicium daturum; itaque ex edicto Prętoris improbatur ipſe luſus alęę, quandoquidem qui domum ad id præbet punitur, negata illi actione & iudicio aduerſùs iniurias & damnum quæ tempore ludi paſſus fuerit, quamuis enim ea furta, & iniuriæ punitionem mereantur, indignus tamen eſt cui Prætor actionem accommodet, qui domum ſuam ad ludum illicitum præbuit; quare ſibi ipſe imputare debet. Neque melius potuit Prætor ludum aleæ prohibere, quàm ſi nullus reperiatur, qui domum ſuam ad id accommodet, quod profectò non faciet, qui ſciet promiſſam eſſe contra ſe impunitatem delinquentibus, vti de ſuſceptoribus ſeruorum fugitiuorum edicitur *leg. ſeruos 12. C. de agricolis & cenſ. Nam cùm metu damni deterritus vnuſquiſque, eum quem incognitum habuerit à ſe cœperit propulſare, voluntas fugiendi ſeruis non erit.* Colluſores non puniuntur edicto Prætoris quamuis & illi digni eſſent. Itaque ſi rapinas inter ſe fecerint, vi bonorum raptorum non negabitur actio. Plura alia in eam legem & titulum vide apud Anton. Fabr. in rationalibus; ferè enim pertinent ad forum externum.

An verò ſecluſa lege poſitiua ludus aleæ prohibitus ſit ex natura rei, ac proinde in foro conſcientiæ ſecluſis malis omnibus circumſtantiis, diximus aliàs non eſſe, idque docent Richard *quodlib. 7. art. 2. qu. 29.* Couar. *in regul. peccatum, 2. part. §. 4. n. 1. & 2.* Molina *tract. 2. diſp. 54.* & Delrio *libro 4. diſquiſit. magicarum, cap. 4. qu. 2. conc. 1.* Immò verò plerique leges contra aleatores latas interpretantur de iis qui ſolent perpetuò ludere aleâ & talis aut teſſeris. Nam alij ludi qui eodem aleæ nomine comprehendi ſolent in iure, quia in his fortuna, & ſors aliqua dominatur, neque ea natura ſua mali ſunt, neque etiam legibus prohibentur quando virtutis cauſâ certatur, vt tradunt lex Titia, Publicia, & Cornelia *in l. 3. D. de aleatorib.* & *ibid. in l. 2.* diſtinctiùs enumerat Paul. vbi & Senatuſconſultum refert: *Si quis certet haſta, vel pila iaciendo vel currendo, ſaliendo, luctando, pugnando virtutis cauſâ.* Iuſtinian. in ſua conſtitut. qua prohibet ludos aleatum, quinque excipit, quibus liceat ludere diuitibus vnum ſolidum, aureum ſcilicet, cæteris minori pecuniâ. 10

Hi verò ludi ſunt primò μονόβολον ſingularis ſaltus: ſecundò κοντομονόβολον ſaltus conto ſuffultus: tertio κουιντανὸς κοντὰς χωρὶς τῆς πόρπης iaculatio haſtæ, pili vel conti ſine cuſpide, quæ Quintani iaculatio ab inuentore; hodieque quintana vulgò dicitur: quartò περιχυτῆ colluctatio: quintò ἱππικὴ Trnia, curriculum equorum, cui ſimiles ſunt κιντζόνδρα & τόρμ, ludi explicati à Nicephoro Gregora. Licitum igitur fuit πένταθλον, & quinquertium, quod Feſtus ait conſtitiſſe iactu diſci, curſu, ſaltu, iaculatione, luctatione. Iſidor. *lib. 18. cap. 18.* nominat iactum, virtutem, curſum, ſaltum, luctationẽ. Plaut. *in Moſtel. actu 4. ſcen. 2. ad fin.* 11

Cor dolet mihi quem ſcio
Nunc vt ſum, atque vt fui olim, quo neque
Induſtrior de iuuentute erat arte gymnaſtica,
diſco, haſta, pila,
Curſu, armis, equo victitabum, volupe, parſimonia & duritia.

Non eſt verò animus quæ de iis ludis fuſiùs Petrus Faber in libris Agoniſticis, Mercurialis in opere de arte gymn. Bullenger & alij tradunt hunc locum adducere, ſed quædam duntaxat iudicare. 12

Iactus itaque complectebatur iactum diſci, haſtæ, pili, vel ſacculi & pilæ? Diſcus fuit, eſtque

etiam hodie ferreus, æneus, lapideus, alteriusve materiæ, orbisplanus, instar lenticulæ, aliàs maioris, leuioris aliàs ponderis; nonnumquam in medio foramē habuit, vel funiculum & armentum ad faciliorem iactum, quod notat Petr. Faber *libro* 2. *cap*.4. cùm tamen Mercurial. *lib*.2. *cap*.12. *artis gymn*. videatur sentire contrarium; ait enim discum neque lorum, neque balteum habeotem comprehensu difficilem fuisse ex Lucian. Anachars. De varia disci materia plura dabit *ibid*. Mercur. & Eustath. in Homer. Hi discoboli neque nudi, neque inuncti, vt in cæteris agonibus certabant, vti probat Pet. Faber, qui etiam ostendit sæpius ab Antagonistis eundem discum iactatum fuisse. Magnis porrò viribus contendebant, vt spatium definitum attingerent, & metam, quæ sagittâ aliquando notabatur, quod obseruauit Faber *lib*.2. *cap*.1. Torquebant porrò aliqui halteres, hoc est, ferreas massas, vel plumbeas oblongas, & rotundas, quas per medium qua parte tenuiores erant, tenebant, & in altum iaculabantur. Qui propiùs metam iecerat, neque enim honor fuit in excessu, is superior erat. Similiter plumbeæ laminæ, vel saxa, vna, aut vtraque manu mittebantur; aliquando etiam fundis halteres immissi, funda autem duobus suis capitibus extremis, manu etiam hodie tenetur, altero cum ansula ne exeat, altero sine ansula vt exeat: in medio est rete, vel fascia latior, vbi lapis, aut lamina, aliudve missile rotatur, & circumactu funiculi longiùs mittitur. Baleares vsque eo fundis vsi, vt matres nullum aliud ientaculum pueris darent nisi quod funda deiecissent è loco ea quo suspendebatur. Similis fuit ars iaculandi tela grauiora, & fudes sola manu, quæ ars dicta fuit *ἀκόντισμα*. Aliàs immotis ex compacto pedibus coniiciebantur in locum destinatum iaculo, sic & hodie alicubi pilæ vibratur. Hac in parte celebratur mirabilis industria & robur Commodi Imperatoris, qui iaculo contingeret quidquid destinasset. Robore & vi magna fuisse opus ad has omnes agones patet; vnde Isidor. nuper laudatus numerabat inter ludos virtutem, hoc est, vt interpretor, ludos qui immensam virtutem, & robur postulabant, quo eminuit Euthymus quidam Locrensis apud Ælian. *lib*.7. *histor. capit*.18. & Plin. *libro* 7. *capit*.47. & Melancomas à Tito Vespasiano adamatus apud Sueton. *in Tito*.

13 Lucta nobilissima fuit in omnibus ludis gymnicis exercitatio, ideóque soli luctatores Athletæ dicebantur ab *ἆθλον* præmio, nuncupati, inde ars Athletica, & à deiiciendo *καταβλητικὴ* à Galeno *παλαιστρικὴ*. Athletæ porrò deligebantur etiam in pueritia, qui in gymnasij loco, quem Ephebium dicebant, exercebantur, vt grandiores facti in arenam & certamen descenderent. De eorum natalibus vel integritate cognoscebant Hellanodiei, secludebantque eos qui aliqua macula inusti essent. Parentes, ipsique iurabant ea de re ad simulachrum Iouis Horcij fulmen tenentis. Qui in gymnasio alebantur, ad omne tormentum gloriæ cupiditate assuefiebant à gymnastis siue pædotribis, epistatis, magistris palæstricis, vel mastygophoris, sic enim à variis muneribus nominantur isti præfecti. Cibus eis dabatur robori parando idoneus mixta abstinentia: manè quidem coliphia, caseus recens cum pane & frigida ad mensuram, sero verò caprinis, bubulis & suillis carnibus asperso aceto ad somnum ciendum vescebantur. Balneis dulcibus, & placenticulis, vino & omni venere abstinebant, & ne quid dormientes paterentur plumbeis laminis lumbos premebant ad somnia libidinosa castiganda. Indurabant se ad solis ardores, & frigus tolerandum, atque ad longissimam defatigationem: quare iure merito *ἀθλίται* quasi *ἄθλιοι* miseri nuncupati. Certaturi vngebantur ab aliptis siue gymnastis, & variis hortationibus incitabatur, vnde *ἀλείφειν* est hortari. Vngebantur ceromate, hoc est, vnguento confecto ex oleo, puluere, & cera, aliàs butyro, ex Plinio; vel etiam aqua ex Aristotele *in problemat*. Horum nomina pridie certaminis in albo proposita, & aduersarij singulis fortitò delecti; trahebant siquidem grammata in vrnam coniecta, qui eamdem literam eduxerant, ij inter se compositi erant: si numerus erat impar, is qui solus remanebat *ἔφεδρος* dictus, pugnabat cum victore, eò meliori conditione, quò recens cum fatigato, si quis eum vinceret eò gloriosior erat. Ante certamen ventilabant ad soluenda membra, & stuporem depellendum.

Antagonistæ compositi vel solis brachiis pellebant aduersarios, vel toto corpore complexi se mutuò & membra nectentes: qua de causa Statius Cathænatam palæstram dixit; vel denique frontibus conuexi id vnum agebant, vt terræ allidetent aduersarium, quod erat vicisse: sed magno æstu & arte & seriò agendum erat, alioquin si populus conspirationem, vel fallaciam, vel imperitiam suspicaretur, efflagitabat etiam cöuitiis à Præfectis, vt verberibus mulctarent; sicut etiam si quid contra decorem in gestu peccassent.

Cautiores ducebant tempus, & eludendo frangebant, debilitabantque aduersarium, & fractum debilitatumque prosternebant, quod erat olei & palestræ industria summa. Nunquam ex scammate progrediendum, nunquam ingemiscendum erat, nisi vt se intenderent ad firmitatem, sicut in studio cursores summis clamoribus corpus intendunt; nunquam mordendum erat, idque solis laconibus fuit concessum; denique ter hostis deiiciendus erat, aut alio modo vincendus, vt suspicatur Faber. Præmia fuere communia gymnicis, pancratiastis, & aliis eiusmodi, dona, coronæ, statuæ, plausus publici, honorificæ deductiones, & alia de quibus passim scriptores.

Pugillatus fiebat pugnis, vnde dicti pugiles qui ita exercebant, quod fiebat duobus modis; vel enim manus nudas habebant, vel armatas. Primò quidem solis loris bubulis, dicebátur que *μειλίχαι* apud Pausaniam. Secundò additis pluribus glandibus, quæ nominabantur cæstus, *κεςὸς* enim cingulum est: non inuncti, licèt nudi in puluere dimicabant: summa ars erat declinatione corporis exire ictum. Victor cogebat aduersarium fateri se victum, sæpè alter alterum occidebat, vel elisis faucibus, vel fracto cerebro, vel mulctabat oculis sugillatis, obtusis auribus, dentibus excussis, lacerato vultu. Ad defendenda aurium vulnera *ἀντωτίδας* siue *ἀμφωτίδας* gestabant. Dio Chrysostomus refert Merancomam nunquam vulneratum vel læsum fuisse. 14

Pancratium cum pugillatu quidam confundunt: verùm pancratiastæ nunquam sunt vsi cæstibus, & lucta quoque deiiciebant aduersarium: vtrique tamen corpus saginabant, vt obesitate duritiem ictuum retunderent, inde pugilicè, athleticè, & pancratieè viuere. 15

Inter ludos Senatusconsulto concessos numerat pugnam Paulus *in l.a. D. de aleator*. Pugnæ porrò vox multa Latinis, Græcisque scriptoribus significat, hic tamen præcipuè designat exercitationem 16

tionem, in qua duo plurimùm, vel etiam plures inter se dimicabant, vt bellicas pugnas aliquando inirent, atque peritiam, fortitudinemque compararent, vel vt in ludis publicis præmia, coronas, & laudem mererentur, & populi quem oblectabant, fauorem eblandirentur, vel denique, vt corporis optimum habitum acquirerent: qui omnes opinor dicuntur μαγῆται ab Euseb. *lib.* 8. *hist. cap.* 18. qui malè à quibusdam Interpretibus redduntur pugiles; quod patet ex dictis. Duobus ferè modis fiebat hæc pugna. Primò sine armis & telis; secundò cum armis & telis rudibus pugnabant, vtraque dicta fuit μονομαχία, quæ & ad diminuendam πολυσαρχίαν aliquando vsurpata fuit. Posterior autem illa pugna nominata ὁπλομαχία quædam erat armorum ficta conflictio. In his pugnis erat aduersarius contra quem pugnaretur. Fuit verò & alia quædam pugna vmbratilis σκιαμαχία in qua aduersus vmbram, vel palum, & columnam brachiis & pedibus totoque corpore pugnabant, deerat quippe antimachus, & aduersarius, quare dixit Plato, vbi caremus aduersariis, aduersùs nos vmbratili verè pugna certare oportet πρὸς ἡμᾶς αὐτοὺς ὄντως σκιαμαχεῖν: & Plutarch. 17. *problem. conu. problem.* 10. σκιαμαχεῖν πρὸς τὰ εἴδωλα. De eiusmodi & inani pugna videtur loqui Paul. 1. *Cor.* 9. *vers.* 26. *Sic pugno non quasi aërem verberans.* Quomodo verò ad palum pugnarent & sese exercerent tyrones, describit Veget. *lib.* 1. *de re milit. cap.* 11. Cæterum monomachia frequens fuit Græcis, narratque Pluthar. *lib.* 5. *sympos.* in ciuitate Pisa, & in Elide iuxta Alphæum fluuium quinto quolibet anno certamina Olympica Ioui celebrata esse, vsque ad necem deuictorũ. Apud Pergamos ex prisco more vsurpatas æstate fuisse monomachias testatur Galenus. Hanc consuetudinem æmulati sunt Romani, qui teste Nicolao Damasceno Philosopho apud Athenæum *lib.* 4. non modò in festis, & amphytheatris, sed etiam in conuiuiis accepto à Tirrhenis more, monomachos, quos gladiatores dixerunt, adhibuerunt, & ludum gladiatorium tandem magno concursu celebrarunt, de quo hæc pauca.

27 Habitus est ille ludus palæstra, fortitudinis, & patientiæ, vel vt loquitur Cicero contra dolorem & mortem disciplina, spectaculum ludicrum, sed cruentum, adhibitum primò in funeribus ad placandos, & expiandos manes; deniq; palam in foro ad rogum, & maximè in Circo siue mauis amphytheatro rāra profusione datũ vt in illo magnis vrbibus suffecturas opes impenderent: quare dicebatur munus, siue quòd gratis à Principe, vel quòd ex officio redderetur ab editore siue munerario, quem Florus Muneratorem nominauit, alij dominum ludorum.

Dederunt pugnas ex officio Ædiles, Prætores veteri more, Quæstores lege Claudij Imperatoris, Consules rariùs, Sacerdotes interdum, & Ærarij Præfecti, Imperatores sæpè natali suo, quinquennalibus, decennalibus, &c. Verùm de tota hac pugna disserunt passim qui vel res Romanas prosecuti sunt, vel eorum mores illustrarunt, sufficiat nobis hanc immanitatem paucis dixisse sæpiùs damnatam à Patribus, ex quibus do vnum Cyprian. *Epist.* 2. *Paratur gladiatorius ludus, vt libidinem crudelium luminum sanguis oblectet. Impletur in succum cibis fortioribus corpus, & arvina toris membrorum moles robusta pinguescit vt saginatus in pœnam carnis pereat: homo occiditur in hominis voluptatem, & vt quis possit occidere peritia est, vsus est, ars est; scelus non tantum geritur, sed & docetur; quid potest inhumanius, quid acerbius dici, disciplina est vt perimere quis possit, & gloria est quod perimit.*

Fuit quoque pugna hominum cum feris in Circo 18
quæ dicebatur venatio Circensis, de qua plura nobis dicenda non sunt, ne plus æquo digrediamur. Audi Cyprian. *loco citato. Quid illud, oro te, quale est, vbi se feris obiiciunt quos nemo damnauit à ætate integra, honesta satis forma, veste pretiosa, viuentes inuenes in vltroneum funus ornantur, malis suis miseri gloriantur: pugnant ad bestias non crimine, sed furore, spectant filios suos patres, frater in cauea est, & soror præsto est, & spectaculi licèt pretium largior muneris apparatus amplificet vt mœroribus suis mater intersit, hoc proh dolor mater redimit, & in tam impiis spectaculis tamque diris & funestis esse se non putant oculis parricidas.*

Huc quoque pertinere videtur taurorum agita- 19
tio, quæ in foro, vel in Circo apud Hispanos atque alibi celebrari solet. Eam Pius V. an. 1561 sub grauissimis pœnis prohibuit: nam Principes qui eam permiserint ipso facto excommunicantur, sicut & qui cum feris congressi fuerint; qui præterea in conflictu decesserint priuantur Ecclesiastica sepultura. Clerici tum Regulares, tum Sæculares, vel beneficiati, vel sacris initiati, qui huic spectaculo interfuerint eadem pœna excommunicationis plectuntur. Denique obligationes, vota & iuramenta circa hanc agitationem prætextu pietatis & cultus Sanctorum irrita esse declarauit. Hanc constitutionem fusiùs explicat Gutier. *lib.* 1. *qq. canon. cap.* 7. eam temperauit deinde Gregor. XIII. 25. Augusti an. 1575. quod & fecit Sixtus V. an. 1582. & denique Clem. VIII. eas pœnas quoad Regna Hispaniarum sustulit, & omnia reduxit ad terminos iuris communis. De hoc ludo & spectaculo disputant Mariana *lib. de spectaculis*, Gutier. *cap. cit.* post Nauar. *cap.* 15. Rodrig. *tom.* 2. *qq. regul. q.* 66. *art.* 1. Villalob. 2. *p. tract.* 12. *difficult.* 20. Ferdinand. à Castro Palao *disp.* 3. *de censur. punct.* 37. *num.* 12. Sanch. *lib.* 1. *consil. cap.* 8. *dub.* 31. qui alios dabũt & nos ipsi *in synopsi nostra de cẽsuris littera L. verb. ludus, numer.* 2. vbi hæc paucis tradidimus. In primis hæc spectacula ea natura sua licita esse, modò adhibeatur ea diligentia quæ necessaria est ad vitanda omnia pericula, alioqui neque Gregor. neque Clemens illa permitterent cum quibusdam conditionibus, quæ sanè rem naturâ sua malam licitam reddere non possunt. Ita laudati DD.

Secundò hæc agitatio diebus festis peccatum mortale est, quia illam Magistratibus sub pœna excommunicationis prohibuit Pius V. cuius constitutioni ea in parte non derogarunt Gregor. & Clem. sed potiùs illam confirmarunt. Nomine verò festi intelligas quod vel ex iure communi, vel ex voto loci aut ex publica consuetudine celebratur, vti aduertunt Ferdinand. & Villalob.

Dices huiusmodi agitationem licitam esse diebus etiam festis, vbi omnibus periculis sufficienter prouisum est; qua ratione communem sententiam temperant Nauar. *cap.* 15. *num.* 19. Lopes *in instruct.* 1. *part. cap.* 70. & Bonac. *disp.* 2. *de cens. in particulari, q.* 4. *punct.* 7. *n.* 12.

Respond. cum Gutier. & Ferdin. Gregorium & Clementem non permissuros fuisse, neque permittere potuisse illam agitationem vllo tempore, nisi seclusis omnibus periculis, & tamen diebus festis illicitam esse volunt, nempe etiam adhibita quacumque cautione.

Tertiò hæc agitatio, quæ prohibetur eſt ea quæ fit in foro aut Circo, in quo clauduntur feræ; alioquin ſi per plateas, aut per agros agitentur, non magis, aut mala, aut illicita atque prohibita eſt quàm alia ferarum venditio, idque verius erit ſi ſi tauri ſint ligati pedibus, aut cornibus.

Quartò cùm Clemens non derogauerit conſtitutionibus Pij & Gregorij niſi in Hiſpania, valebunt alibi, ſi inibi receptæ fuerint.

Quintò præſentia quæ prohibetur Clericis debet eſſe ex propoſito, & non tantùm ex aliquo caſu fortuito, aut occurſu, aut in tranſitu, aut ex longinquo, ita vt moraliter non poſſet quis dici ex communi omnium ſenſu intereſſe illi ſpectaculo; ſecùs contingeret ſi Clericus mutato habitu, aut oppanſo alicui feneſtræ tenuiori velo adeſſet, quia licèt ea aſſiſtentia non videatur probroſa ſtatui, cùm paſſim ignoretur, eſt tamen vera, & propria præſentia, illaque abſolutè prohibetur à Pontifice.

Sextò denique diſputant Hiſpani DD. nuper allati, quinam Clerici & Regulares comprehendantur in Pontificiis hac de agitatione conſtitutionibus, quæ cùm in Gallia noſtra non vigeant, eiuſmodi quæſtioni ſuperſedemus lubenter, tu laudatos DD. adeas velim. Refert Leander in ſua hiſtoria Venetiis inductam fuiſſe ea de cauſa, quòd Aquileienſes coacti fuiſſent à Vitale Michaële Venetorum Principe dare Venetis ob dimiſſum Voldardicum & duodecim Canonicos, pinguem bouem cum duodecim porcis, quæ animalia tradebantur populo diripienda. Ælianus autem refert apud Indos boues cum equis curſu contendere per triginta ſtadia, Rexque ipſe de ſuis bobus certat cum aliis, & aurigam agit, ſæpiuſque boues anteuolant equos.

20 Equeſtria ſiue ludi circenſes omnium nobiliſſimi, & antiquiſſimi: nam ipſi Heroës decurrebant in equis, bigis, trigis, & quadrigis, fuitque varia decurrendi ratio, quam fuſiùs hoc loco explicare nihil attinet, cùm tam multi de Circo ſcripſerint, & de inſanis Circi factionibus diſputarint. Hæc ſpectacula minùs noxia pleriſque aliis cenſuit Valerian. Cemelienſ. *hom.* 10. nec ea prorſus improbare videtur. *Quod ſi forte ſpectaculis delectaris, habes equorum licèt aliquoties periculoſa, ſatis tamen grata certamina; cùm plagis gradu concito ventos aut teneant, aut rapiant.* Et ſanè ſi curſus duntaxat, & agitatio equorum, & certamen illud attendatur, non eſt quod ex natura ſua, & per ſe malum eſſe pronuntiemus, illud tamen tum ſacri ſcriptores, tum ipſi etiam ethnici propter varia adiuncta iure meritò damnarunt, maximè propter factiones diuerſas, quibus varij ſtudebant vſque ad inſaniam. Vide Chryſ. *hom.* 32. vbi Alexandrinus hac in re inſanientes caſtigat, *& hom.* 6. *in Gen.* & *alia orat. contra Circum*, quam Bulenger ſuo operi de Circo attexuit. Saluian. *lib.* 6. *de prouid.* Lactant. *lib.* 2. *de inſtit. cap.* 20. *ſub fin.* Baſil. Seleuc. *orat.* 27. Nazianz. *orat.* 31. *& carmine iambico* 3. Auguſtin. *lib.* 2. *de ſymbolo, cap.* 2. *lib.* 6. *confeſſ. cap.* 7. *lib. de catechiſand. rudib. cap.* 16. Sit omnium inſtar Theodoric. apud Caſſiod. *lib.* 3. *Epiſt.* 51. vbi nominat ſpectaculum *expellens grauiſſimos mores, inuitans leuiſſimas contentiones, euacuatorem honeſtatis, fontem irriguum iurgiorum*: & ſub fin. *Illic ſupra cætera ſpectacula feruor animorum inconſulta grauitate rapitur, tranſit Praſinus, pars populi mœret, præcedit Venetus, & potior turba ciuitatis affligitur, nihil proficientes inſultant, nihil patientes grauiter vulnerantur, & ad inanes contentiones ſic deſcenditur tanquam de ſtatu periclitantis patriæ laboretur, quòd meritò creditur dicatum numeroſæ ſuperſtitioni, vbi ab honeſtis moribus ſic conſtat excedi.* Vt tamen inſanienti populo ſatisfaceret, ſe inuitum hæc ſpectacula præbere ait, idque quadam ratione ferendum eſſe dixerat Chryſ. *hom.* 32. *cit. Hæc nos fouemus*, inquit Theodoric. *neceſſitate populorum imminentium, quibus votum eſt ad talia conuenire, dum cogitationes ſerias delectamur abiicere, paucos enim ratio capit, & raros probabilis oblectat intentio, & ad illud potiùs turba ducitur quod ad curarum remiſſionem conſtat inuentum; nam quidquid æſtimat voluptuoſum, hoc & ad beatitudinem temporum iudicat applicandum, quapropter largiamur expenſas; non ſemper ex iudicio damus, expedit interdum deſipere, vt populi poſſimus deſiderata gaudia continere.* Pleraque præterea in Circenſibus ſuperſtitioſa, & in Deorum cultum in ipſo etiam Circo dicata fuerunt. Denique non aberat periculum cædis & vulnerum, quæ omnia probari à ſano homine non poterant.

Huc referre licet decurſiones equorum hodiernas, quas torneamenta vocant, vel vt Lazius, aliique malunt, troiamenta. Quidam ab Henrico I. Imperatore inſtituta volunt. Geſtnerus nominari dicit *ἀπὸ τῦ ταραττινίζειν*, quod eſt equitare in armis: nam & *ταραττῖνοι* dicebantur quidam equites *ψιλοὶ ἱππεῖς* iaculatores. Melius deducas à voce Gallica *torner*. Vocantur & haſtilia, & Gallis quoque *iouſtes*. Aliàs præpilatis ac puris haſtis certant, aliàs infeſtis, vel puro acinace; neque tantùm pugna hæc equeſtris eſt, ſed etiam aliquando pedeſtris. Duplici continetur factione, altera palæſtræ aditus propugnantium, altera impugnantium. 21

Hæc torneamenta damnat Concilium Lateran. ſub Alexand. III. & refertur *cap.* 1. *de torneam.* & nominat, *deteſtabiles nundinas, in quibus ex condicto conuenire ſolent, & ad oſtentationem virium, & audaciam temerè, vnde mortes & animarum pericula ſæpè proueniunt.* Quare eos qui in eo congreſſu cæſi fuerint priuat ſepultura Eccleſiaſtica, quamuis pœnitentiam, hoc eſt veniam, & peccati abſolutionem acceperint. Ait porrò Alexand. ſe Innocentij & Eugenij prædeceſſorum inhærere veſtigiis. Cùm autem Concilium & Pontifex afferant rationem huius prohibitionis, eſſe cœdis & animarum periculum, vbi tale periculum non erit, quamuis cœdes aliqua nonnumquam ſed tardò, & præter ſpem improuiſo aliquo caſu accidat, ceſſabit prohibitio, neque in illo conflictu peccatum aliquod mortale erit, quod docuit Nauarr. *cap.* 15. *num.* 9. & Summiſtæ paſſim *verb. torneamentum*. Sylu. Angel. Tabiena, Armilla, & omnes denique iuris Pontificij interpretes.

Ex quibus vides damnandi ſint, an probandi, qui ſuperioribus ſæculis fuere celebres ludi equeſtrium pugnarum, quas viri Principes magna pompa exhibebant, ad quos variis etiam è regionibus equites, vt vires ſuas & artem militarem probarent, accedebant; & quidquid de militibus errantibus vel fingunt vel recitant ſcriptores illius æui, qui heroïcorum geſtorum fabuloſas rhapſodias, & ſyntagmata ſcripſerunt, quos Romanos vulgò nominamus. Si enim in iſtis ludis certabant haſtis infeſtis, damnandę erant illæ ludicræ pugnę, ſi verò haſtis puris, vel præpilatis, aut retruſis, probandæ, quia in primo certamine cruentus erat ludus, & probabile plurimæ cædis periculum, non

verò

verò in altera pugna, & si quæ aliquando cædes contingeret, improuisa erat, cuius periculum iure præuideri non poterat.

22 Hinc etiam colliges quid sentiendum sit de ludicra fluuiarili pugna, quam instituunt nostri nautæ in medio araris, quorum alij aduerso, alij prono flumine nauigant, & vbi concuttunt contis sese mutuo propellunt, & qui antagonistam è naui in flumen proiicit, ille victor euadit. Aliquando etiam anserem appendunt è fune per flumen traiecto, quem arripere victores debent.

Respond. quando hæc spectacula rigente sæuissima hyeme instituuntur, cum probabili periculo illorum, qui in flumen impelluntur, videri illicita, cùm non leue mortis periculum appareat, cui se ioci causâ exhibere sapientia non est. Cùm verò æstate suscipiuntur hæc certamina, neque aliunde timeri pugnantium & ludentium interitus prudenter potest, licita sunt. Quidni porrò hoc ludicrum fluuiatile certamen dicamus æmulari veterum naumachiam, quam vel in Circo, vel alibi magna insania dabant Imperatores, ita vt aliquando Claudius ad viginti hominum millia armarit: tanta verò ad hoc spectaculum hominum multitudo affluebat vt præ conferta turba, elisi fuerint aliqui, etiam Senatores. Dum Domitianus quoque ederet, ortaque esset sæuissima tempestas, neminem abire passus est, vnde multi periere, crudeli sanè & improbo spectaclo.

Obseruant verò passim DD. nuper laudati, præmium in his certaminibus etiam illicitis obtentum, fieri victoris, neque restitutioni obnoxium esse, quia licet ludi huiusmodi prohibiti fuerint, non tamen ea prohibitio impedit translationem dominij in victore, eorum quæ illi loco præmij cedunt.

23 Fuit & alius ludus olim equi lignei, quem prohibet Iustinian. in sua constitutione de aleatoribus, quæ refertur *C. de aleatoribus*; cuius etiam prohibitionis, & equi lignei meminit Balsam. in *Nomocan.* quisnam verò esset ille ligneus equus quodve illius ludi genus hactenus inutiliter quærunt Interpretes, vt videbis apud Anton. Contium *in prætermissis lib.1. Cod.* vbi refert diuersas aliorum sententias, ex quibus nihil certi colligi posse sapienter dixit Mornac. atque adeò meras hîc esse tenebras. Hoc vnum constat esse quandam aleatorij ludi speciem, in quo scilicet omnia tribui industriæ, & virtuti non poterant, sed fortuna & casus suas etiam partes obtinet. Nicetas quidem *lib.2. in Alexio Comneno* describit fabricam quamdam ligneam, quam vulgus vocabat ξυλάλογον, & aliqui eruditi ligneum equum vertunt. Verùm Nicetas nihil aliud de equo adiicit, sed eum duntaxat theatrum ineuntem describit. Aliqui referunt ad equum ligneum, quem equitationis discendæ causâ agili pede ita conscendunt, vt veluti prætervolent, quam exercitationem vulgò dicunt *voltiger*, estque aliqua alea in huiusmodi exercitatione; nam nisi peritè & industriè agant isti desultores, sæpius sibi virilitatem atterunt.

24 Pilæ ludum inter ludos virtutis causâ susceptos numerabat Paulus, & deinde Iustin. nuper adducti, Eustath. ad odisl. numerari pilam vult à πάλω, & ἀπὸ τοῦ πάλλεσθαι: Græcis est σφαῖρα, & multiplex fuit tum apud Græcos, tum apud Latinos. Græcia quidem quadruplex, parua, magna, inanis & corycus. Paruâ variè ludebant, primò simulabant se vni velle mittere, & mittebant alteri, hic ludus dicebatur φαινίνδα, seu ἐφετίνδα à Phænindo primo inuentore, vel à ἀπὸ τοῦ φενακίζειν à decipiendo. Secundò cùm pilam iactu in solum allisam, alius exilientem in solum remittit & saltus numerat, qui lusus ἀπόῤῥαξις, & vrania dicitur. Tertiò cùm vnus in cœlum pilam coniicit, aliis certantibus arripere antequam solum contingat, cùm autem mittitur ad manum, victus asinus, victor rex alios sibi parere iubet; numerantur autem saltus quatuor, linea in medio ducitur, scyrus dicta, duæ multorum factiones aduersæ creantur, & à media linea pari interuallo duas ducunt, ex quibus vtrinque in medium dato signo currunt, vt pilam in aliorum limites pellant, quod si iam victores euadant dum pilam alteri mittunt, & capiant, sese propellunt corpore, manibus, & contentis vocibus. Hic ludus episcyrus, seu ephebica vel σφαιρομαχία dicitur. In ea excelluit Demoxenus iuuenis Cous, & Epigenes, atque Ctesibius Chaldenses Philosophi.

Pila magna sic nominabatur tum ex ipsius pilæ magnitudine, tum ex ludendi modo, quia lusores semper manus capite elatiores tenebant, atque vt illas altiùs extollerent pedibus aliquando ambulabant, aliàs saltabant, cùm scilicet pila super eos ferebatur, in qua proiicienda vehementer brachia agitabant. Pila inanis siue vacua solo ferè aëre tumebat, ad eam pellendam corneis quasi quibusdam cœstibus vsi sunt, vnde nominati κρυτικαί.

Denique corycus grano ficulneo, farina, aut arena fartus variæ magnitudinis est. Eius magnitudo ad vires corporis & ætatem accommodatur, suspenditur è laqueari, tantùmque à terra distat, vt fundum ad eius qui exercetur vmbilicum pertineat; hunc vtrisque manibus gestant, primò remissiùs, tum vehementiùs dum recedentem sequatur, occurrentem repellat, aliàs manibus excipiatur, aliàs pectore, manibus passis aut ad terga reuolutis. De κορυμαχία consule Mercurial. *lib.2. artis gymnast. cap.4.* & de tota sphæromachia Græcorum Petrum Fabr. *lib.1. agonist. capit.6.* vbi & *sub fin.* ostendit pilæ lusum non fuisse numeratum inter agones, qui Olympiæ, Delphis, Corinthi, aut Nemææ committebantur, quamuis apud Athenienses magni fieret, vt qui Alexandrũ Carystium insignem sphæristam, siue pilarium ciuitate sua donarint, statuasque illi posuerint: illum tamen non Alexandrum, sed Aristoxenum dictum, & Alexandri Magni, qui hoc ludi genere delectabatur, collusorem existimarunt aliqui. Milesij auersabantur hunc ludum, & toti erant in athleticis exercitationibus, quibus sibi coronas in certaminibus acquirerent.

Latini verò hunc ludum amabant, vnde Plaut. *in Bacchid. act. 3. scena 3.*

Ibi cursu luctando, hasta, disco, pugillatu, pila,
Saliẽdo se exercebãt magis, quàm scorto, aut sauiis

Vide Senec. *lib.2. de benefic. capit.* 19. & 32. & *lib.5. cap.*8. & *lib.7. cap.*18. Iulium, Augustum, Alexandrum Magnum, Marcum Antonium Philosophum, Alexandrum Seuerum, Catonem Censorium, Scœuolam Iurisconsultum hoc ludo delectatos scribentem, & de Calphurnio Pisone testatur Lucan.

Nec tibi nobilitas minor est, si fortè volantem,
Aut geminare pilam iuuat, aut reuocare cadentem,
Et non sperato fugientem reddere gestu.

Non infrequens quoque reperitur eiusmodi ludi mentio in iure, hinc illa apud Vlpian. *in l. item Mela* 11. *D. ad l. Aquil. initio* refertur quæstio, de qua dissentiunt Mela & Proculus, quos ipse Vlpianus

pianus conciliare conatur. Cùm quidam pila luderent vnus vehementiùs eam in tonsoris manum deiecit, vnde serui quem tonsor ille radebat, gula præcisa est adacto cutello. Quæritur qui *l. Aquilia* teneatur, lusor, an tonsor. Respondet Mela teneri eum qui in culpa fuit: & sanè cùm ludi sint comparati recreationis causâ, aliis noxij esse non debent. Verùm quærendum restat, quisnam eo casu fuerit in culpa. Proculus itaque reiicit illam in tonsorē, Vlpian. in vtroque reperiri posse significat, in ludente quidem, si vel data opera id fecerit, vel in eo loco, in quo non erat consuetudo ludendi, lusit. Poterit & tonsor iure accusari si tondebat vbi ex consuetudine ludebatur, & vbi transitus frequens erat. Addit Vlpian. hunc seruum sibi suum damnum imputare debere, qui tonsori in loco periculoso sellam habenti sese commiserit, ex qua ratione concludit Anton. Fab. *in Rationalib.* verius esse nullo casu tonsorem teneri, sed vel eum qui lusit in loco, in quo non erat ludendi consuetudo, vel neminem omninò, cùm imputanda cuique sit culpa quæ præcessit casum, argumento *l. 23. D. commodati.* Hic verò casus vix vnquam apud nos contingere poterit, cùm tabernæ tonsoriæ intra domos existant, & non in publico, vti olim; erant enim sellæ illæ in pergulis seu vmbraculis & perspicuis ambulacris, vnde illud Horatij. *Vacua tonsoris in vmbra.* Athenis κουρεῖα siue tonstrinas fuisse ad porticum Mercuriorum constat. Prohibebantur tonsores vti nouacula ex Athenæo *lib. 13.* qui tamen id minimè seruari fatetur. Quanta verò curâ nouacula ad poliendam lenigandamque faciem iuuenum abrasa prima lanugine vterentur, vt molles, & teneri mulierum instar apparerent, γυναικιζόμενοι καὶ μαλακιζόμενοι, describit Zonaras Monach. *in can. 46. Conc. in Trullo.*

Est & alia quæstio *in l. 52. §. 4. ad l. Aquil.* cùm enim complures pilâ luderent, ex illis vnus seruulum cùm pilam accipere conaretur, impulit, qui cecidit & crus fregit. Quærebatur autem an serui dominus agere posset lege Aquilia cum eo qui seruum impulerat. Respondetur non posse, & iure quidem, licèt enim qui seruum impulit damnum dederit, nulla tamen sua culpa id fecit, & damnum casu accidit propter ludi naturam, quæ fert vt alius alium impellat.

24 Sphæristerium siue locus in quo pilâ ludebatur erat olim gymnasij, siue palæstræ pars, quod ostendit *lib. 1. cap. 9.* Mercurial. vbi obseruat in sphæristerio præter pilæ ludum, alias quoque fieri solitas exercitationes. In domibus etiam priuatis maximè in villis, & hortis ad amœnitatem, & valetudinem extrui solebant sphæristeria, vt videbis apud Plin. *lib. 5. ep. 6.* & *libro 2. ep. 17.* vbi hypocaustis iungit; idemque videbis *in l. si quis mihi 17. D. mandati.* An. 1601. 20. Maij Senatus prohibuit numerum sphæristeriorum intra & extra muros Parisienses, quod refert Mornac. in l. nuper allatam: feriatis diebus, iis maximè horis, quibus diuini officij solemnia peraguntur in templis, aperiri prohibuit Regia Constitutio Aurelianensis §. 25.

Quadruplex fuit pila: prima trigon, siue trigonalis, siue quia tres lusores figurâ trigonem exprimente sibi inuicem pilam reddebant, siue à loco trigono, ita illam alterutra manu iactabant ne caderet. Tepidum trigona dixit Martial. *lib. 4. Epig. 19.* vel quia illo lusu incalescebant ludentes, vel quia ipsamet pila agitatione quodammodo calefiebat, vel sudore ludentium tepefiebat. Vnde idem Martial. *lib. 12. ep. 84.*

Captabit tepidum dextra lauaque trigonem,
Imputet exceptas vt tibi sæpè pilas.

Vel denique quia locus ille in gymnasio erat propè tepidarium, sicut & in villis proximè hypocaustum, ex Plin. *loc. cit.* Secunda pila dicebatur follis, quæ & Græcorum fuit magna, ex aluta confecta, quæ si maior brachiis; si minor pugnis impelli solebat. Martial. *lib. 12. Epigr. 84.*

Colliget & referet lapsum (alij laxum) *de puluere follem.*

Distendebatur vento & pluuiâ follis. Martial. *lib. 4. Epig. 19.*

Plumea seu laxi partiris pondera follis.

Id est aduertis & metiris motum & cursum follis plumei & leuissimi, ita vt scias quantum spatij missus follis decursurus sit. Tertia pila erat harpastis. Martial. *ibid.*

Siue harpasta manu puluerulenta rapis.

Parua erat pila è corio facta, quam solo repercussam raptam reuocabant, vnde nomen ab ἁρπάζω. Quarta pila paganica, qua in villis & pagis ludebatur. Fuit scortea plumá referta, & durissima. Martial. *lib. 14. Epig. 45.*

Hæc quæ difficilis turget paganica pluma,
Folle minus laxa est, & minus arcta pila.

Et *libro 7. ep. 31.*

Non pila, non follis, non te paganica thermis
præparat, aut nudi stipitis ictus hebes.

Pilæ lusus virorum fuit, & non mulierum.

Hos ignaua iocos tribuit natura puellis;
Materia ludunt vberiore viri.
Sunt illis cæterisque pila, iaculumque, trochique,
Armaque & in gyros ire coactus equus.

Et alibi Philænim castigat, quòd virorum exercitia factitaret.

Harpasto quoque subligata ludit.

Cæterùm quàm honestus, licitusque fuerit nostris Gallis pilæ ludus, ostendit Chopin. *lib. 3. de morib. Paris. tit. 3. num. 13.* nam in Aureliorum consuetud. *art. 322.* licuit sponsorem pro eo qui pilâ luderet in ius vocare, vt quod victori deberetur adnumeraret. Nō licet tamen palmarij ludi locatori à minore viginti annis cautiones & pignora capere, vel ab eius famulis corradere, immò neque illos iudicio prosequi, vt pretium pilarum sibi dinumerent ex Melodun. consuet. *art. 319.* & Normannic. 521.

Ad pilarum ludum refero alios perplures ipsi non absimiles, cuiusmodi sunt varij globorum ludi. Nam primò in mensa oblonga, lataque, & peribolo circumdata, atque panno contexta pelluntur globi lignei, vel eburnei clauiculis, seu tudiculis, quos Galli vocant *billes*, & ludum *billard*, Latinis dicitur trudicularium, vel tudicularium globorum lusio. Adiguntur globuli in primis sub arcuatum pontem, fornicem mobilem, & caducum, quem præteruehi debent, tum in trunculum eburneum impelli, sic vt perstringant, non euertant, aliàs per annulum versatilem bis atque iterum transmittendi sunt: in quatuor mensæ angulis, & ad duo latitudinis latera castella, seu turriculæ excitantur, quò si detrusus fuerit globulus, vel foras extra mensam mittitur, amittis tuam manum. 25

Secundò aliqui ludunt humi crassioribus pilis ligneis; quas cauis tuditibus exceptas impellunt, & trunculi annulive loco, vel supra vtrumque infixi sunt hinc, atque hinc humi ferrei paxilli, pendente in summo causmate: in hos globos sic adigi debent, vt tangantur, sed sine causmatis sonitu.

Tertiò

Tertiò globus ligneus, siue pila emplict truditur aliàs claua, seu tudicula vtrimque serrate, cuius est longius manubrium, in stadio quàm longissimo vtrimque septo peribolo tripedali, quod qui paucioribus ictibus emensus fuerit, victor ebscedit. Hic ludus ex Mercurieli est pila lignee, cuius meminit Auicenne, & nuper in Regno Neapolitano primùm vsurpatus totâ Europam peruesit, diciturque pilamalleus, & plurimum habet laudabilis exercitationis. Vide illum *lib. 3. cap.* 18. & *lib. 6. c.* 7.

Quartò globi manu sola, & summa contentione torquentur in benè porrecta planitie, vel valdè plane & æque, vocatur hic ludus, longior globus, vel pile, eliàs etiem curta & breuis pila dicitur. In primo ludo, qui longius miserit, in secundo, qui propiùs metam, victor existit.

Quintò globulis, sphærulisque marmoreis ludunt alicubi pueri: scrobem suam quisque fodit; vnus sorte mittit globum in scrobem, is cuius in fossulam globulus sæpius inciderit, manum suam exponit aliis feriendam globulis ex interuallo: si exciderit globulus excussus ab aliis, rursus eamdem pœnam sustinet, si verò ex iis qui collimant à manu aliquis aberrauerit, eius loco ab aliis feritur.

Sextò fuit *κρικηλασία* circuli impulsus: illum Mercur. *lib. 5. cap.* 18. ex Oribasio sic describit, Impellebant virgula ferrea ansam habente circulum quemdam magnum, cuius circumferentiæ annuli infixi erant qui in illa agitatione sonitum festiuum edebāt. Ad eam allusisse Ciceron. *ad Attic.* existimauit idem Mercur. *Festiuè mihi crede, & minore sonitu quàm putaram orbis hic in Republica est conuersus.* Cæterum de circilasia illa veterum meræ tenebræ.

26 Septimò Petaurum videtur fuisse lignea machina, in qua homines quibusdem toris in aërem iactabantur, vnde illud Lucilij.

Sicuti mechanici ex alto exiluere petauro,

Martial. *lib.* 11. *Ep.* 21.

Quam rota transmisso toties impacta petauro.

Et *lib.* 2. *ep.* 86.

Quid si per graciles vias petauri.

Inuitum iubeas subire ludam.

Martil. *lib.* 5.

Corpora quæ valido saliunt excussa petauro.

Iuuenal. *sat.* 14.

An magis oblectant animum iactata petauro

Corpora, quique solent rectum descendere funem.

Erat igitur petaurum tigillum quod à petauristis per rotam transmittebantur ei impactum, tigno autem illo & tota vtebantur per hanc machinam saltantes, & gestus dantes, sed & tignum aliquando eltiùs suspendebant, & inde saltus ad stuporem spectantium dabant, vt significabet nuper adductus Lucilius.

Sicut mechanici ex alto exiluere petauro

Lincomicis agedum, tumeat tibi culcita lanis.

Turneb. *lib.* 8. *cap.* 4. *Leucomicis* legit, sicut etiam habet Martial. *lib.* 11. *Epig.* 57. Erant autem tomenta & lanæ è Leucomio loco sic dicta, quibus Petauristæ, qui exilientes è petauro aliquando lædebantur, egebant.

27 Existimauit porrò Mercurial. *lib.* 3. *cap.* 18. petaurum fuisse significatum, vel comprehensum nomine oscellarum à veteribus; cùm in oscillatione lusores in aërem, sicut in petauro tollerentur, & effusi eliquando quaterentur. Dicebant illi oscilla, & oscillationem. Virgil. *lib.* 2. *Georgicon*, de ludis rusticis in honorem Bacchi.

Et te Bacche vocant per carmina læta, tibique

Oscilla ex alta suspendunt mollia pina.

Quamuis enim Macrobius *lib.* 1. *Saturn. cap.* 11. velit oscilla esse parua sigille in effigiem humanam formata, quæ pendentia ex vestibularum coagmentis varias species redderent, & infantibus præberentur ad lusum: alij verò capite & ora victimarum in summis perticis fiaa; verius tamen Turneb. *lib.* 7. *cap.* 20. & *lib.* 20. *cap.* 24. & Pameli. *in cap.* 1. *Tertulliani de pallio, schol.* 18. dicunt esse Græcorum *αἰωρὰς* apud Hesich. Cùm enim virgilius dicat eo loco Romanos Troianorum colonos, & constet Athenienses in Bacchanalibus molles sibi ex arboribus suspendisse gestationes, & sessiones quas *αἰωρὰς* nominabant; Higinus verò *fabula* 130. & *lib.* 11. *de signor. celest. histor. verb. Artophylax*, & Latinus Arati Interpres *verb. canis*, scribant Athenienses oscillum ab eis vsurpasse, vt tabula interposita pendentes funibus se iactarent, & vento mouerentur, Ausonij illos imiteri sus pendicula quædam alligabant arboribus, in quibus homines per lusum iactabentur, quæ dicebantur oscilla, & ea iactatio oscillatio, in qua ludentes impositi tigno transuerso, de arbore suspenso se iactabant, & alternis, mutuóque deprimebant, subiectabantque. Festus purat oscillum dictum fuisse hunc lusum, quòd oscillent, id est inclinent, & præcipites in os ferantur; Cornificius verò quem allegat Festus, quòd os celare, aut vt alij, cillere personis propter verecundiam sint soliti qui eo ludi genere vtebantur. Eius ludi originem Festus non ad Græcos refert, quos tamen Ausonios in his Bacchanalibus fuisse imitatos dicebat Virgil. sed ex eo quod cùm Latinus Rex post prælium cum Mezentio Cæritum Rege commissum, nusquam apparuerit, creditusque fuerit factus Iupiter Latietis, per sex Latinorum feriarum dies liberi, seruique illum requirerent, non solùm in terris, sed etiem quà videretur cœlum aditi posse per oscillationem. Hic etiem fingebant imaginem quandam humanæ vitæ, in qua eltissima ed infimum interdum, infime ad summum efferuntur, atque adeò memoriam quoque redintegreri acceptæ vitæ per motus cunarum, lactisque alimentum, quie per eos dies feriarum & oscillis moueantur, & lactis potatione vtentur. Alij denique existimant ortum ex imitatione Erigones, quæ dolore patris Icari interfecti concitata suspendio perierit, quod suspendium simulabant pueri Athenienses; & hoc ludo quoque Latini propter amissum sine dubio Latinum Regem. Vides igitur oscillum significasse primò quidem personam & laruam, siue *προσώπιον*, aut *προσωπεῖον*, ab *os*: hinc enim osculum, oscillum: inde oscillorum ludicrum, nempe humenæ quædem figuræ, quibus ludebent pueri, vti referebamus ex Macrobio. Secundò significat libtationem & iectationem à voce *cinus*; cini enim Isidoro sunt indecentes oris tortiones, & motitationes, à *cino*, *cillus*, vt fritinus, fritillus: à *cillo* verbum *cilleo*, id est moueo, inclino; inde furcillas interpretantur antiqui Grammetici, quòd illis frumenta *cilleantur*, id est mouëantur. Inde verbum obscilleo, & oscilleo, & nomen oscillum. Ex quibus intelliges Tertulliani phrasim *lib. de pall. cap.* 1. vbi ostendit Carthaginenses muralem arietem, quam machinam primi ipsi quondam inuenerant, miratos esse tenquam rem nouam & externum ingenium, siue artificium, dum ad quatiendos ipsorum muros Romani illam admouerunt: *Noui & arietem*, inquit, *non quem Laberius*

Laberius reciprocicornem, & lanicutem, & testitrabum, sed trabes machina est, qua muros frangere militat, nemini adhuc libratum, illa dicitur Carthago studiis asperrima belli, prima omnium armasse in oscillum penduli impetus, commentata vim tormenti debile pecoris caput vindicantis, cùm tamen vltimarent tempora patria, & aries iam Romanus in muros quondam suos auderet. Stupuere illico Carthaginenses vt nouum extraneum ingenium. De hoc loco plura Turneb. *lib.* 23. *cap.* 30. & *lib.* 24. *cap.* 18. Salmas. *in lib. de pallio.* Certum est ex Vitruu. Carthaginenses primos ad Gades oppugnandas hac machina vsos, cui deinde Pephasmenus Tyrius quidam faber quædam addidit. Verùm nos hoc loco Tertulliani dumtaxat locutionem expendimus, nempe Carthaginenses arietem *armasse in oscillum penduli impetus*, nempe in agitationem, librationem, incussionem mœnium. Vocat *pendulum impetum*, quia in ea machina vni ligno aliud malo statuto transuersum suspendebatur tanquam trutina, atque pendulo impetu agitabatur. Eadem metaphora vtitur idem Tertullian. *lib de anima, cap.* 12. agens de Anaxagora, qui existimabat Deum esse infinitam mentem per omnia diffusam, quæ per seipsam moueret, vt etiam obseruat Augustin. *lib.* 8. *de Ciuit.* Sic loquitur Tertullian. *Initium omnium commentatus, & vniuersitatis oscillum de illius axe suspendens.* Fiebat igitur oscillatio hoc modo: funem ex arbore pueri suspendebant, ex eoque se iactabant: aliqui asserem è quatuor funibus suspendebant, atque in eo sedentes agitabantur à duobus seruis, eos sursum trahentibus. Alibi sago id fiebat, vnde

Ibis ab excusso missus ad astra sago.

28 Trochus erat circulus æneus, cui multi annuli inserti erant, vt obuij strepitu admoniti cederent de via; ansa apprehensa in longum torquebatur, ea verò ansa clauis dicitur Propertio.

Increpat & versi clauis adunca trochi.

Quam tamen clauim vsui fuisse ad compactilem trochum aperiendum, & annulos inserendos existimauit Passerat. Eius trochi figuram dabit Mercurial. *lib.* 3. *cap.* 8. & Martial. *lib.* 14. *Epigr.* 178.

Inducenda rota est, das nobis vtile munus;
Iste trochus pueris, at mihi canthus erit.

Et clariùs *Ep.* 179.

Garrulus in laxacur annulus orbe vagatur,
Cedat vt argutis obuia turba trochis.

Et *lib.* 11. *Ep.* 22.

Quin celer arguto qui sonat ære trochus.

Dictus ab ἀπὸ τρέχειν currere: erat igitur rota qua per ansam mittebatur, ludus pueris Græcis familiaris: vide Horat. *lib.* 3. *ode* 24.

——*Ludere doctior*
Seu Græco iubeas trocho.

Et *in arte*

Indoctusque pilæ, discine, trochine quiescit,
Ne spissæ risum tollant impunè coronæ.

Turneb. *lib.* 27. *cap.* 33. ad trochum refert qood de Iuliano Cæsare scribit Ammian. Marcell. *libro* 21. *Cùm apud Parisios adhuc Cæsar Iulianus, quatiens scutum variis motibus exerceretur in campo, axiculis queis orbis erat compaginatus in vanum excussis, ansa remanserat sola, quam retinens validamanu stringebat.* Erat nempe rota ansam habens vt faciliùs mitteretur, axiculis compacta transuersis iaciebatur, quarum clauiculæ, & commissuræ aduncæ, dum versabatur missa rota, vel ansus orbis, tremebant & crepabant. Mittere autem scienter, artis erat non vulgaris. Hæc omnia Turneb. Græci porrò pueri ludentes clamabant τὸν καλὰ σαυτὸν ἔλα: age tuum trochum, qui tuis viribus respondeat: ad quod allusit Pittacus cùm respondit consulenti quamnam vxorem duceret, vt audiret quid in porticibus pueri dicerent.

Est & alius quidam trochus, nempe turbo ex ebore, cornu, buxo, qui inuersos à pueris torquetur, & in vertiginem rotatur digito, vel loro scuticæ circumuolutus, tum verbere scuticæ adigitur. Virgil. *lib.* 7. *Æneid.*

Ceu quondam torto volitans sub verbere turbo,
Quem pueri magno in gyro vacua atria circum
Intenti ludo exercent, ille actus habena
Curuatis fertur spatiis, stupet inscia turba,
Impubesque manus mirata volubile buxum
Dant animos plaga.

Erat & alius trochi ludus, cùm in rota figulari legerét, & scriberent, vel cùm se lusitantes intorquebant in modum turbinis. Vtriusque trochi meminit Xenoph. *in Symp.*

Obserua denique apud Pollucem inter ornamenta & phaleras trochum reponi: τροχὸς etiam instrumentum ligneum erat, in quo seruorum reorum corpora distenta, & circumacta examinabantur, apud Aristoph. *in Plut.* Erat & rota apud Latin. Cicer. *Tuscul.* 5. dixit beatam vitam in rotam non ascendere. Virgil. *lib.* 6. *Æneidum.*

——*Radiisque Rotarum*
Districti pendent.

Plautus: *Versor in amoris rota.* Apulei. *lib.* 3. *met. Nec mora ignis & rota, tum omne flagrorum genus inferuntur.* Et *lib.* 10. *Nec rota vel eculeus more Græcorum tormentis eius apparata deerant.*

Ex ludis quos à Iustiniano, & à veteri Senatusconsulto probatos esse diximus initio, cùm virtutis causâ fierent, superest saltus, qui à saltatione distinguendus est: ista enim est continuatus & numerosus motus, & dicitur ὄρχησις. Ille verò est impulsio quæcumque corporis in quamcumque partē, & dicitur ἅλμα: de vtroque tamen hoc ludo simul agemus hoc loco. Saltus igitur qui est agitatio corporis in aliquam partem, inter ludos penthaclo comprehensos numerabatur: duas eius species facit Oribasius ex Antbillo; exilitionem, & saltum, nam πηδᾶν, siue exilire, est motus quidam cursui similis, quando scilicet eodem in loco corpus manet poplites inflectendo, & circumuehendo. Ἅλλεσθαι saltare, est motus fermè continuus in sublime, in mediam, in metam, nullis certis numeris, aut legibus terminatus. Huius duplicis saltus meminit Sen. *libro* 2. *Epist.* 5. ait enim vnum esse, qui vel corpus in altum leuat, vel in longum mittit; alium qui saliaris vel fullonius dicebatur. 29

Exilitione vtebantur Lacænæ mulieres, nam retroflexis cruribus ita saltabant vt calcibus nates attingerent, quandoque cruribus alternatim inflexis, quandoque vtrisque vno & eodem tempore. Has Lacænas emendato ære repræsentauit Callimachus Cacizothecnos dictus ob mirabilem in formandis operibus diligentiam, quod habet Plinius *lib.* 34. *c.* 8. Exilitionem valetudini nonnunquam conferre docet Mercur. *lib.* 5. *cap.* 8. prodest enim diurnis capitis morbis, thoracem iuuat, materiam quæ ad superiores partes rapitur ad inferiores retrahit, & alia id genus præstat.

Saltus duplici modo in gymnasiis exercebatur. Primò quidem vacuis manibus seipsos in sublime agebant, quod diutiùs continenter agere difficile esse dixit Aristotel. *lib. de animal. ingress.* ostenditque exemplo equorum, quos sessores ad pompam sustinent, & progredi non sinunt, eo enim motu

citò

citò lassantur. Secundò gestabant manibus ponduscula, quibus firmati vehementiùs, sublimiùsque saltabant, & veluti sese librabant. Hæc pondera Aristoteles *lib. 5. problem.* 8. & ex illo *lib. de lassit.* Theophrastus ἁλτῆρας dixere, de quibus fusiùs disputat Mercur. *lib. 2. cap.* 12. & genus quoddam disci fuisse, ad eamque exercitationem pertinuisse contendit. Verùm quidquid ea de re statuas iste variis modis fiebat: nam aliquando per planum continuatis saltibus saltabant, & locum vnde saltum incipiebant βατῆρα dicebant; mensuram autem saltus κανόνας; terminum autem quem attingere, vel etiam prætерire laus erat, τὰ ἐσκαμμένα. Vnde adagium in eos qui metam transiliunt, πηδᾶν ὑπὲρ τὰ ἐσκαμμένα. Alias ex humili loco in altum, vel ex alto in humilem saltabant: aliquando non manibus tantùm ponduscula, vt diximus, ferebant, sed & grauiora pondera capite, humeris, & pedibus gestarunt. Aliàs supra vtres vnctos, vel vino plenos, vel vento distentos pedibus vel duobus, vel altero tantùm saltabant, & qui non cadebant, victores erant, ferebantque ipsum vtrem in præmium. Id obseruatum in Bacchi ludis, quos dicebant ἀσκώλια, in quibus vtres caprini saltibus calcabantur in caprarum contemptum, quæ vitibus infestæ sunt. Virgil. *libro 2. Georgic.*

——Atque inter pocula læti
Mollibus in pratis vnctos saliere per vtres.

Denique diuersissimi alij saltus erant in auersum, siue retrorsum, in aduersum, siue antrorsum cursu: in picam iunctis pedibus, in rotam in modum turbinis; in parietem prorependo, capite & manibus insistendo, prono capite in orbem, aliàs prono corpore saliendo, fasciam, funemve prætensum prætervolando; in equum insiliendo, similesque alij modi fingi possunt, & aliquando vsurpantur.

Quantum verò valetudini conferat, vel incommodet saltus, habet Mercur. *lib. 5. cap. 8. & 9.* quem consulas. Duo tamen monenda videntur, saltum vehementem, & celerem sæpius capiti, & pectori nocere. Nam illud vehementiùs concutitur, istud inclinationibus atque dorsi inflexionibus comprimitur, vnde quandoque vasa pectoris & pulmonis franguntur.

Secundò grauidis mulieribus abortum prouocat cùm fœtum vtero excutiat, ideò quippe capras, & alia animalia saltibus assueta, firmamentis quibusdam natura muniuit, quod obseruat Galen. *lib. 4. de vsu partium*, ne ligamenta quibus fœtus vtero continetur, saltu facilè rumperentur, quæ munimenta nequaquam in fœminis repetiuntur, ideóque saltum cauere omninò debent, ne fœtum, vt dixi excutiant.

30 Inter saltantes numero funambulos, de quibus consule Marcurial. *de art. gymn. lib. 3. cap. 5.* vbi & varias ipsorum species describit. Quæstio verò est non vulgaris, an isti saltatores, & schenobatæ, quos funerepos vocat Apuleius *lib. 4. Florid.* peccent mortaliter, quandoquidem artem periculosam exercent. Ita enim sentit Sylu. *verb. artes, q.* 8.

Dico tamen peritos in hac arte non peccare mortaliter; ita Tolet. *lib. 5. cap. 5. num. 7.* Sanch. *lib. 1. conf. cap. 3. dub. 14.* Nauar. *cap. 15. numer.* 8. ex *extrauag. 1. de torneam. Ioan. XXII.* quam tamen nihil probare docet Petrus à Nauar. *libro 2. de restitut. cap. 3. numer.* 83. quia Pontifex non approbat ea torneamenta, sed renouat sententiam excommunicationis à suo prædecessore latam, & dispensat super irregularitate contracta: & præterea non fuerant prohibita torneamenta ob periculum homicidij, sed quia impediebant iter ad bellum sacrum Palæstinæ. Existimat tamen Petrus à Nau. vbi non est probabile periculum vitæ, licitum esse hunc ludum, & in hanc sententiam inclinat Sa *verb. ludus, numer.* 1. licèt nihil definiat. Ratio à priori mihi videtur euidens, quia certa est ista ars quæ demonstratur ex doctrina de libratione corporum, quare in illa periculum non est, nisi ex artis imperitia: quare qui illius imperitus tentat hunc ludum, peccat omninò grauiter, non autem qui peritus est, etiam si fortuitò & improuiso casu nonnumquam contingat mors.

Hinc fit vt neque spectatores peccent, quando ludentes ipsi non peccant, neque iure istis spectatoribus negabitur absolutio si ab istis spectaculis non cessent. Deinde inspectio spectaculorum non est per se loquendo peccatum nisi ratione inductionis ad mortale, aut complacentiæ in illud, volendo tale quid fieri, vt videatur: aut ratione cessationis à corrigendo, aut impediendo, si aliàs teneatur quis corrigere, aut impedire. Vide eundem Sylu. *verb. curiosus*, §. 3. Inde quoque fit vt Clerici qui intersunt, non peccent mortaliter, quia si quod esset ibi peccatum proueniret ex iure naturali, quod æquè Laicos vrget atque Clericos, vt obseruat Sylu. *verb. ludus*, §. 8.

Denique qui locant fenestras spectatoribus, & Magistratus qui non prohibent ista spectacula, non peccant, cùm illa ex se mala non sint, neque aliunde prohibita, vt diximus.

Venio ad saltationem quam distinguebamus à saltu, quia est continuus, & numerosus motus corporis. Plura saltationum genera distinguit Pollux *lib. 3. cap.* 14. Tragicam ἐμμέλειαν à cantu dictam, κόρδακα comicorum, σίκιννα satyrorum, πυῤῥίχην καὶ τελεσιὰν ἐνοπλίους, aliasque quamplurimas. Vide Homeri scholiastem *Iliad. γ.* Cœlium *libro 5. capite 3. & 4.* aliosque. Ego omnes ad tres reuoco, gymnasticam, scenicam & vulgarem. 31

Gymnastica triplex fuit, vna pilaris siue sphæristica, cùm pilam certo saltuum numero excipere, & impellere deberent; altera cùm ad spatium certum euadere deberent, vno aut pluribus saltibus, & manu halteres siue grauia pondera, vel humeris, aut capite sustinerent: tertia erat petauristarum, cùm rotam transuolarent, de quibus omnibus quantùm postulat nostrum institutum, diximus.

Scenica siue theatralis est motus compositus numerosus, cum gestu rem aliquam, aut personam effingens. De illo Lucian. *tom* 4. Mercur. *lib. 2. gym.* Petrus Faber *lib. 1. agonist.* Iul. Scaliger *lib. 1. poet. cap.* 18. Bullenger *lib. 1. de theat. cap.* 43. quos adeas velim. Fuit illa duplex, vna tragica ἐμμέλεια dicta, oratorum gestibus propior, altera comica, quæ duplex fuit. Prima comicæ nomen retinuit, altera satyrica dicta fuit, illa solutior manuum pedumque agitatione, hæc lasciua, & constans. Saltabant satyros, cyclopas, poëmata, & alia eiusmodi non pedibus tantùm, sed oculis, manibus, & toto corpore, quod in varios gestus frangebant.

Vulgarium saltationum quæ extra theatrum fiebant variæ quoque fuere; aliæ mimicæ, siue histrionicæ, gesticulationibus pantomimicis mixtæ: aliæ in pace, aliæ in luctu, aliæ in nuptiis, aliæ in vindemiis

adhiberi solitę: alię à vindemiatoribus, alię à messoribus, aliæ à variis regionibus appellationem sortitæ. Ionicæ molles, Laconicæ castæ, Tessalicæ inverecundæ, Gaditanæ corruptissimæ, Persicæ interruptæ: aliæ pudendæ & indecoræ, quas omnes missas facimus.

Erant & militares seu armatæ, ad quas refero Pyrrhicam à Pyrrho quodam inuentam, eratque militaris processionis imitatio quędam ab armatis, quam vnam retinuere Lacones, cæteras Perosi. Cuiac. *lib.* 14. *obseruat. cap.* 10. dixit Pyrrhicam esse simulachrum pugnæ equestris, quæ & Troia dicitur, *πρύλις ἐνοπλία*. Dion. transiisse tamen vsum eius in pedestris pugnæ simulachrum, adhibitis numeris, & concentu musyco. Addit præterea ex Codice manuscripto Marij Plotij Grammatici *lib. de metris*, alios existimare inuentorem huius fuisse Pyrrhum Cidonium, qui primus Cretenses sub armis saltare docuerit, quod etiam dixit Nicol. apud Stobæum. alij tribuunt Pyrrho Achillis filio, quem primum in tumulo patris sui armatum honoris gratiâ saltauisse dicunt. Aristoteles ipsum Achillem huius lusus inuentorem facit, quidam ab ardore & velocitate nomen accepisse.

Ex natura harum omnium saltationum facilè erit dignoscere quænam licitæ, quænam illicitæ forent: quæ enim in cultum Deorum institutæ erant, aut quæ obscœnæ, aut impuræ vt ferè mimicæ, pantomicæ, Gaditanæ, aliæque, & ferè omnes comicæ, probrosæ & pudendæ fuerunt, in easque tum PP. tum Ethnici scriptores sæpius inuecti sunt, quos hoc loco nihil attinet recensere.

32 Venio ad saltationes hodiernas, quas in duo genera dispertior, aliquę enim sunt numerosæ duntaxat saltationes, siue ad cantum, siue ad numerum fidium, siue sine cantu, & tibia, aut fidibus fiant, quæ pro ratione rithmi, & varia motione, gestu corporis, & pedum variæ omninò sunt, eæque vel quodammodo priuatæ, & veluti solitariæ, cùm priuatim & domi saltatur; aliæ veluti publicæ cùm ad locum condictum plures inuitantur, vt vel saltatores spectent, vel ipsimet salient, permixtim viri fœminæque, ad numerum tibiarum, vel fidium; iique conuentus ferè de noctu fiunt per bene longas horas, magno apparatu, expensis illius qui choreas prouocat, quique saltationis veluti princeps est, & vnam sibi puellam, aut fœminam eligit, cui floreum sertum offert. Illa deinde soluta saltatione alicui alteri præbet, qui suo etiam tempore similes choreas procurat. Has choreas *bals* nominant Galli, sicut & *baller* pro saltare vsurpant ab antiquo *ballare*. Vnde synodus Romana imperante Lothario, & Ludouico iubet *cap.* 13. *Vt sacerdotes admoneant viros & mulieres, qui festis diebus ad Ecclesiam conueniunt, ne ballando, & turpia verba decantando choros teneant, & ducant.* Inde ballator, ballatrix. Consule Pithœi & Spelmanni glossaria, Salmas. *in histor. August. pag.* 349. Vossi. *lib.* 4. *de vitiis sermon. cap.* 2. Eadem significatione Græci vsi sunt verbo *βαλλίζειν*, & *βαλλίζειν*. Athæn. *lib.* 8. refert apud Siculos *βαλλισμοὺς* fuisse ballistea, quasi *βαλλιστεῖα*, & saltatiunculas contungit Vopisc. *in Aurel.* *βαλλαι* sunt *βαθμοί* gradus distincti apud Hesiod. à *βάω*, atqui in istis saltionibus numerosis sunt quidam veluti gradus. Vocamus quoque saltationem *danse*, saltare *danser*, à verbo *densare*, quod Salmas. *in histor. Aug.* inde deriuat, quia fullones dum vestimenta cogerent, saltabant; hinc densare pro saltare dictum putat.

Aliud genus saltationis est mimicum; nam ad cantum & numerum fidium imitatrix est alicuius actionis, rei, aut personæ, quam ita motibus & gestibus repræsentat, vt spectatores nullo alio interprete, vel enarratore indigeant, quam in rem Lucian. *Dialog. de saltatione*, refert illud Pythicum Oraculum, spectatorem saltationis audire, intelligereque saltatorem etiam mutum, & nihil loquentem. Demetrius cynicus negabat sonum fidium, & ornatum pertinere ad officium saltatoris, qui fidibus etiam silentibus, & cantu rem quam repræsentare cupit, exprimere debeat, & loqui manibus *χερσὶ λαλεῖν*; & cùm nescio quis Barbarus è Ponto Romam venisset, spectassetque quendam ita saltantem, vt omnia quæ gestibus repræsentabat, ipse probè intelligeret, illum à Nerone muneris maximi vice postulauit, vt eum haberet loco interpretis, quo ad vicinos populos, quorum idioma non calleret, vteretur. Addit Lucian. saltatores Protei & Empusæ esse æmulos, Protæumque Ægyptium nihil aliud quam saltatorem eximium fuisse, imitandi effingendique peritum, qui semet in varias rerum fortunas demutare potuerit, & modò in aquas tenues dilapsus abiret, modò ignis celeritatem, & vehementiam agilitate corporis, mox leonis immanitatem, ac pardi impetum, deinde arboris motum flexibilem, denique quidquid liberet, exprimeret tam graphice vt ea quæ saltando exprimeret, esse ipse videretur. Empusa verò quam vno pede tantùm in omnia sese deformantem finxere Poëtæ, quamque descripsit Aristophan. *in ranis*, saltatrix fuit, quæ diuersas rerum formas saltando imitaretur. Porrò non solùm res & personas exprimit hæc saltatio, sed ipsos etiam affectus, & intima animi sensa. Polypus est saltator, qui alios atque alios mores, alium atque alium affectum extempore & subitò induit; sic enim Eupolis apud Athæn. vrbanum & politicum hominem describit *ἀνὴρ πολίτης πολύπους ἐς τοὺς τρόπους.* Denique Lesbonax Mitylenæus saltatores *χειροσόφους* manu sapientes nominabat, qui manibus, non lingua, aut eloquio sapientiam docerent, gestuque omnia exprimerent. Hæc saltatio pars quædam tragœdiæ ac comœdiæ quondam erat: quamuis etiam sæpius ipsa sola in theatrum & scenam prodiret, & vna totam comœdiam faceret, vnusque aliquando plures personas ageret, vnde & Barbarus nescio quis apud Lucian. cùm in Theatro quinque personas (tot enim erant fabulæ partes) paratas vidisset, vbi deinde ab vno saltatore illas omnes indui, & geri aduertit, exclamauit, fefellisti nos, quod cùm vnum corpus tibi sit, plures animas habeas: *σῶμα μὲν τοῦτο ἓν πολλὰς δὲ τὰς ψυχὰς ἔχεις.* Hæc verò mimica & theatralis saltatio magna ex parte, etiam apud nostros sæpius insigni pompa & apparatu vsurpatur, nomine *balles* significata: estque dramatica chorea vel saltatio, siue saltatorium drama, siue denique mista dramate saltatio. Quæritur porrò hoc loco vtrum hodierna saltatio, siue duntaxat numerosa sit, siue etiam dramate mixta, siue priuatim, siue spectante multitudine fiat, licita & honesta sit, an verò illicita & damnanda. Videntur enim hac in parte diuersa sentire Doctores apud Tiraquell. *lib. de nobilit. capit.* 34. *à numer.* 22. Viuem *in institut. puellæ capit.* 12. Martin. de Roa *lib.* 3. *singul. capit.* 16.

Dicendum

33 Dicendum eſt primò ſaltationes & choreas ſiue ſimplices ſiue dramaticas non eſſe ex ſe & ſua natura malas, atque honeſtè & vtiliter exerceri poſſe. Ita Alenſis *4. part. diſt. 16.* Sylu. *verb. ludus q. 8.* Sanch. *lib. 1. conſil. cap. 8. dub. 35.* Caietan. *verb. chorea.* Filluc. *tract. 30. num. 123.* Azor *3. part. lib. 3. cap. 26.* Ferdinand. à Caſtro *tract. 30. diſp. 3. punct. 7. §. 2. num. 14.* & alij paſſim; eſtque euidens ratio, alioquin nunquam licitè fieri poſſent, neque ex vllo fine honeſtari, vti argumentabatur Caietan. cùm tamen Dauidis ſaltatio cùm deferretur arca laudetur *2. Reg. cap. 6.* de qua eleganter Ambroſ. *ep. 36.* Neque ſanè aut honeſti fines, aut varia commoda ſaltationi, de qua agimus deſunt: nam licebit in primis eius originem cum Luciano à chorea ſyderum, & modulata conuerſione repetere, qua de cauſa, vt ait, illam in ſacris olim vſurparunt in cultum diuini numinis, neque errarunt niſi quia falſa numina colebant, & eiuſmodi ſaltationibus plurima pudenda immiſcuerunt. Sanitati quoque & valetudini, atque agilitati, & paleſtræ corporis plurimùm confert, quod & Lucian. & Mercurialis oſtendunt. Ad diſciplinam quoque militarem erudit, immò & primam ſaltationem armatam fuiſſe oſtendit Lucian. Iam verò & moribus formãdis cõducere pluribus demonſtrat, cùm ex muta illa comœdia plurima in vſum vitæ deducere liceat, ipſique Patres id aliquando præſtant. Audi vnum Ambroſ. *ſerm. 80.* explicantem diuerbium illud, quo Chriſtus vſus eſt in Iudæos: *Cantauimus vobis, & non ſaltaſtis, lamentauimus, & non ploraſtis; annuntiamus ergo vobis Regni Cæleſtis gaudium, & minimè corda veſtra motu quodam alacritatis exultant; prædicamus triſte iudicium, & ſenſus veſtri ad pœnitentiam in lachrymas non prorumpunt. Infidelitatis genus eſt in diuinis rebus nec gaudere proſperis, nec flere contrariis. Saltationem ergo à nobis requirit Dominus, non vtique ſinuoſi volubilitatem corporis, ſed extollentis ſe fidei ſanctitatem. Sicut enim qui corporaliter ſaltat, nunc in aëre ſuſpenditur, nunc ad altiora iactatur, nunc alternis ſaltibus loca diuerſa illuſtrat: ita & qui ſpiritualiter ſaltat interueniente fide, modò in aëris ſublimitatem erigitur, modò ad ſyderum altiora tollitur, modò diuerſis cogitationum ſaltibus paradiſum cœlumque colluſtrat. Et ſicut qui corporaliter ſaltat volubilitate membrorum ſe exercens, gyrum ſibi ſaltationis acquirit, ita & qui ſpiritualiter ſaltat fidei alacritate ſemper mouens, gyrum ſibi totius orbis acquirit.* Pergit deinde oſtendere quomodo in ſpiritualibus Eccleſiæ nuptiis, & Beatæ Virginis ſaltandum ſit exemplo Dauidis qui ante Arcam Thalamumque Virgineum, quem ſpiritu præuidebat, ſaltabat. Vide eundem *lib. 2. de pœnit. cap 6. Non illa deliciarum comes, atque luxuria ſaltatio prædicatur, ſed qua vnuſquiſque corpus attollat impigrum, nec humi pigra iacere membra, vel tardis ſinat torpere veſtigiis.* Nonnulla alia ad mores, etiam non bonus homo Lucianus ex ſaltatione traducit. Denique cùm hæc vna ars reliquas omnes comprehendat, illaſque vel ſupponat, vel exponat, vt de dramatica ſaltatione fuſiùs proſequitur Lucian. ipſa ex ſeſe & natura ſua mala dici nequit.

34 Dicendum eſt ſecundò ſaltationem numeroſam atque etiam dramaticam variis ex cauſis atque adiunctis malam & illicitam euadere poſſe, conceditque Lucian. in illa plures aliquando ſolæciſmos committi vitio ipſorum ſaltatorum, aut rerum quæ exprimuntur, aliarumque circumſtantiarum quæ ad aliquod graue peccatum inducere, vel illius periculo obiicere poſſunt: quæ eſt vniuerſalis regula quam ſapienter tradit Ferdinandus à Caſtro *loco citato*, ad iudicandum an choreæ inter mares & fœminas licitæ ſint. Hæ verò circumſtantiæ ſunt attendendæ; primò locus, vt ſi fiant in loco ſacro, in Religionis contemptum, aut in cultum ſuperſtitioſum, quales in honorem falſorum Numinum primùm inſtitutas fuiſſe refert Lucian. nam alioquin & in diuinam laudem in ſacris vſurpari poſſe, dubitare non ſinit Dauidis exemplum, de quo nuper. In Hiſpania quædam ſimiles ſaltationes vſurpari dicuntur.

Secundò attendi debet tempus, ſi v. g. fiant tempore quo diuina officia celebrantur, à quibus ſpectatores retrahuntur, & quæ illo ſtrepitu & cætu hominum interturbantur, impediuntúrve, ideóque etiam Principium noſtrorum legibus eo tempore fieri prohibentur.

Tempus prætereà nocturnum, quo celebrari magna pompâ ſolent, coëuntibus magno apparatu viris fœminiſque, periculoſum eſſe poteſt, cùm licèt pluribus facibus aula illuminetur, eundo tamen redeundóve permulta in tenebris latere, & committi facilè queunt, ideóque nocturnos cætus periculoſos eſſe ſapientes cenſeant, qua de cauſa antiquæ vigiliæ Chriſtianorum in Cœmeteriis, & Eccleſiis ſapienter ſublatæ ſunt. Verùm hinc dumtaxat colligitur perditos homines maiorem ex illo tempore nanciſci poſſe occaſionem peccandi, ac proinde qui ad illos cætus coëunt ſeipſos conſulere, ſibique diligentiùs cauere debere, vt vitent eiuſmodi pericula, quæ ſanè vitari poſſunt. Vnde quoque ſoluas quod petitur ex coitione, & cætu virorum & mulierum ad ſpectandas choreas iſtas: nam idem quoque periculum in omnibus aliis cœtibus ita promiſcuis licebit ſuſpicari.

Tertiò prohibentur ſaltationes & choreæ publicæ ratione perſonarum, v. g. ſi fiant à Clericis: vult ſiquidem Trident. *ſeſſ. 24. cap. 12. ſub fin.* illos *ab illicitis choreis abſtinere*, quæ vox *illicitis* notanda eſt, non enim videtur omnem ſaltationem prohibere Concilium, ſed eas tantùm quæ illicitæ ſunt, & quæ dedecent magis Clericum quàm alios: qua ratione ibidem prohibet venationes, aucupia, tabernas, luſuſque: quæ omnia neque per ſe illicita ſunt, neque vetita Clericis, niſi ſingularem aliquam indecentiam ſtatûs Clericalis contineant.

Ad perſonas quoque ſpectat, quod ſaltent mares & fœminæ ſimul, inde enim videntur aliquæ libidinis occaſiones oriri, atque ea de cauſa choreas maximè damnat Petrarcha *libro primo de remed. dialogo 24.* Sanè conuentus iſti vtriuſque ſexus periculoſi exiſtimantur à Patribus. Tertull. *libro de ſpectacul. capite. 35. In omni ſpectaculo nullum maius ſcandalum occurrit quàm ille ipſe virorum ac mulierum accuratior cultus, ipſa conſenſio ipſa in fauoribus aut conſpiratio, aut diſſenſio, inter ſe de commercio ſcintillas libidinum conflabellant.* Similia dabit Clemen. *lib. tertio pæd. cap. 11.* ſed de laſciuis ſpectaculis agunt; nam ſi abſit animus libidinoſus, & omnia modeſtè & compoſitè fiant, aberit omne proximum peccandi periculum.

Quòd autem mulieres adſint ornatæ maiori cum elegantia non fiunt malę choreæ, ſi, vt monet Azor, nihil ſingulare, & extraordinarium fiat, ſed pro more gentis & patriæ: quare negat facilè condemnandum

demnandam eſſe conſuetudinem receptam ornatus muliebris, vt quod alicubi incedunt, nudo pectore, ſed tollendum abuſum; quia quod alicubi laſciuè, & impudicè fieri iudicatur, alibi non fit laſciuè, ſed licitè & honeſtè; citatque hanc in rem Sylueſt.

Quartò modus ſaltandi laſciuus & impudicus, quo corpus in motus indecentes frangitur, damnandus omninò eſt peccati mortalis, eaque vna de cauſa inuehuntur Patres in ſaltationes: lege Amb. *lib. 3. de virgin.* quas ab hac ſaltatione procul eſſe deſiderat. *An quidquã eſt tã pronum ad libidines quàm inconditis motibus ea quæ vel natura abſcondit, vel diſciplima velauit membrorum operta nudare, ludere oculis, rotare ceruicem, comam ſpargere:* &. *lib. de Helia cap.* 18. agens de fœminarum choris: *Illæ in plateis inuerecundos viris ſub conſpectu adoleſcentulorum intemperantium choros ducunt, iactantes comam, trahentes tunicas, ſciſſæ amictus, nuda lacertos, plaudentes manibus, ſaltantes pedibus, perſonantes vocibus, irritantes in ſe iuuenum libidines motu hiſtrionico, petulanti oculo, dedecoroſo ludibrio, ſpectat corona adoleſcentum, & fit miſerabile theatrum inter ſaltantium lapſus ocello impuro, & contaminato aſpectu: terra turpi ſaltatione polluitur quæ obſcœnis cantibus verberatur.* Neque alia mens eſt cæterorum Patrum quos adducit Theophil. Raynaud. *de virtutib. lib. 6. sect. 2. cap.* 10. At verò longè ab iſtis propudiis abſunt quæ inter honeſtos & nobiles agitantur choreæ.

Quintò malæ ſunt choreæ ex prauo animo, atque libidinoſa intentione ſaltantium & ſpectantium: verùm ſapienter monet Caietanus ex eiuſmodi praua intentione etiam pia opera vitiari.

Denique accipe prudens hoc eiuſdem Caietani monitum: *Ex periculo prouocationis ad libidinem vnuſquiſque ſeipſum menſuret, & videat, ſi exponit ſe periculo: ego ex genere actus periculum non agnoſco, quoniam actus chorea non eſt libidinis, ſed lætitiæ, & propterea ſi ex qualitate perſonæ periculum alicui imminet, prouideat ſibi ſicut debet cauere ſibi ab aſpectu mulieris, ſi ex actu ſibi cognoſcit imminere periculum. Ex actibus deinde leuitatis, qui quandoque ibi immiſcentur dum aliquis intorquet digitos mulieris cum qua choream ducit, non pluſquam veniale peccatum incurritur,* & *ſimile eſt iudicium de multis vanæ lætitiæ actibus, & verbis, ſi contingit choreis immiſceri.* Hæc ipſa magni Cardinalis verba quibus totam hanc quæſtionem ſolidè & dilucidè definit, placuit referre, ne quis meo me ſenſu duci exiſtimet. Ad extremum moneo cum eodem Caietan. Azor Filluc. & aliis nuper laudatis, non eſſe prohibendas choreas ruſticis diebus feſtiuis, cùm & malæ non ſint, & alia grauiora mala impediant.

ARTICVLVS VI.

De Ludis ſcenicis.

Vetus theatrum infame. 1.
An hodiernæ ſcenæ ſint licitæ. 2. 3.
Scena modeſta licita eſt. 4.
Obſcæna illicita. 5.
Quandonam ſit mortalis. 6.
Quænam actiones illam talem faciant. 7.
Quænam verba turpia. 8.
An vna actio vel vnum verbum turpe ſufficiat. 9.
Quid de verbis dicacibus, & ſatyra. 10.
Quis locus quodve tempus ſpectandum ſit. 11.
Perſona agentis inſpiciendum eſt decorum. 12.
Atque etiam negotij. 13.
Quæ fauere videntur impuris ſcenis diſiecta. 14. 15.
An actores peccent, & an ars hiſtrionica ſit licita. 16.
An fœmina induci queant in ſcenam. 17.
An ſchemate virili, & viri muliebri. 18. 19.
Soli turpes hiſtriones damnati. 20.
Quid dicendum de ſpectatoribus. 21.
Quid de Poeta. 22.
Quid de magiſtratibus. 23.
Quid faciendum Confeſſario. 24.

LVdi ſcenici dicti ſunt ij omnes qui in theatro ſpectante populo agebantur. De theatro vide Bulenger. & alios, neque enim ad eius originem, compactionem & ſtructuram, aliaque eiuſmodi digredi licet aliò properantibus. 1

Agebantur in theatro ludi tragici, comici, ſatyrici, muſici, mimici, & hiſtrionici, qui vel per interludia, vel in ipſa fabula tota dati ſunt, fueruntque quamplurimi diuerſi generis ad voluptatem, & riſum excitandum, & plerique turpia & obſcæna dicebant, agebantque, ideóque in ſcenam laſciuientem, & in theatrum tanquam *in conſiſtorium & publicam ſcholam impudicitiæ* vehementiùs inuecti ſunt Patres, & Chriſtianos ab eiuſmodi ſpectaculis abeſſe prorſus voluerunt. Auguſtin. caueam turpitudinis, & publicam profeſſionem flagitionum illud vocat. Baſil. *Hom. 4. in hexam. Commuuem & publicam diſcenda omnis incontinentiæ officinam.* Tertul. *lib. de ſpectac. cap.* 10. & 11. *Veneris ſacrarium, priuatum conſiſtorium impudicitiæ, arcem omnium turpitudinum.* Clem. Alexand. *lib. 3. pæd. cap.* 11. *Omne turpe factum oſtendi in theatris, & impudens verbum proferri*: Chryſ. *hom. 62. ad pop. Voluptatis locum, fornicationis gymnaſium, intemperantiæ ſcholam, inhoneſtatis exemplum.* Denique quidquid Tertull. Cyprian. aliique veteres contra ſpurca, impia & infanda theatri ſpectacula diſſerunt, adduci poſſent hoc loco. Sufficiat illud Saluian. *de prouid. lib.* 5. *In theatris nihil horum reatu vacat, quia & concupiſcentiis animus, & auditu aures, & aſpectu oculi polluuntur.* De iſtis itaque ludis ſcenicis nihil eſt quod diſputemus, cùm cuique probo conſtet eſſe turpes, & illicitos, neque vlla ratione ferendos, ſed ex omni Chriſtiana Republica procul amandandos eſſe.

Controuerſia igitur eſt de ſcenis hodiernis, quæ à ludionibus & hiſtrionibus mercenariis exhibentur, quas licet inter ſe diuerſæ ſint, vno tamen nomine comœdiæ donant: nam aliqui has hodiernas ſcenas ferendas eſſe putant, & quæ Patres aduersùs antiqua theatra & ſpectacula diſputarunt, immeritò in noſtras ſcenas retorqueri; à quibus ſuperſtitiones, idololatriæ, & cætera horrenda peccata plurimùm abſunt. Alij tamen etiam in hodiernas meritoriorum ludionum 2

comœdias

comœdias dicta veterum Patrum intorquent; nam licèt illi quatuor potissimùm spectaculorum genera, quod aduertit Pamelius, improbarent, ludos Circenses in Circo, agones in stadio, in amphiteatro gladiatorios ludos, munera, venationes, & scenicas artes in theatro; cùm tamen ludi nostri scenici & comici sæpiùs inhonesti sint, æquè sine dubio damnarentur à Patribus propter obscœnitatem qua polluuntur; quod pluribus ostendit Franc. Maria Monachus in sua parænesi quare Cresol. *in Antologia c. 2. sect. 10.* theatrum dixit *locum vitio dicatum, ad luxuriam lubricum*: tum subdit: *Quis ergo dubitabit quin ea spectacula sint omnibus fugienda, in quibus fit pudoris naufragium, docetur nequitia & sine sensu in animum instillatur.*

3 Vt verò totā istam cōtrouersiam, quę sæpius piorū animos pulsat explicemus, obseruandū est duplicem hodiernam scenam, siue vti loquuntur, comœdiam existere: vnam modestam prorsus, siue tragœdiam, siue comœdiam propriè dictam, siue quam aliam fabulam, aut drama, in his enim distinguendis immorari non vacat, exhibeat; quia neque ratione argumenti, neque interludiorum, neque actorum, neque rerum, neque verborum quidquam est quod turpitudinem, & obscœnitatem, sed neque minorem modestiam, & honestatem redoleat.

Altera scena est comœdia immodesta, & obscœna, quæ vel ex natura sua, ratione modi, & circumstantiarum cum quibus exhibetur, excitat, vel excitare potest ad inhonestatem, & turpitudinem, siue quia argumentum ipsum turpe est, siue quia miscentur inhonesta interludia, siue quia actiones quædam inuerecundæ fiunt, aut turpia verba dicuntur, siue quia actores ipsi sua pompa & ornatu lasciuiam quamdam proferunt.

4 Dicendum est primò scenam modestam & castam licitam esse, & omninò permittendam. Ita disertè S.Thom. 2. 2. *qu.* 168. *art.* 3. vbi abstinetur à turpibus dictis & factis, seruaturque in reliquis moderatio; tuncque officium histrionicum malum non esse dixit, quod iterum ostendemus inferiùs, probatque ex virtute eutrapeliæ; quam in moderandis ludis cum Aristotele constituebamus nuper *art.* 1. huius capitis. S. D. sequuntur reliqui omnea, neque enim apparet vlla ratio cur potiùs hi ludi in quibus nihil turpe aut absonum est, quod virtutem vllam honestatemve lædat, reiiciendi sint, quàm cæteri omnes, quos qui ab humana consuetudine reiicere vellet, insulsus, & agrestis iure merito haberetur, vt *loc. cit.* differebamus cum Aristotele, ipsisque etiam seuerioris Christianæ disciplinæ retinentissimis Patribus. Adi Thomam Boninsegnium *tract. ad inst. negot. de ludo cap.* 2. & Lælium Peregrin. *de morib. lib.* 10. *cap.* 6. Chassanæum *in cathalog. gloriæ mund. part.* 11. *considerat.* 56. aliosque.

5 Dicendum secundò est scenam obscœnam, & inhonestam illicitam esse, cuiusmodi est quæ turpibus verbis, vel factis, vel proximo nociuis vtitur, quæ temporibus, & locis indebitis fit, vel denique contra decorum negotij & personæ geritur. Ita S. Thom. 2. 2. *qu.* 168. *art.* 3. vbi vt vides S. D. assignat septem capita, ex quibus scena mala & illicita redditur, nimirum verba obscœna, actiones turpes, nocumentum proximi, tempus importunum, locus indebitus, disconuenientia negotij, indecentia personæ. Neque sanè facile fuerit alias circumstantias, & adiuncta afferre, ex quibus in scenam aliosque ludos malitia deriuate possit: quare hæc vniuersalis doctrina S. Thomæ quæ est nostra ipsa assertio, non potest non approbari ab omnibus, ex qua etiam sequitur veritas contradictoriæ propositionis, quæ erat prior nostra conclusio, nimirum scenam in qua neque turpes actiones, neque impura verba, neque proximo nociua reperiuntur, seruabiturque locus & tempus debitum, conuenientia negotij & personæ decorum, licitam esse, & minimè damnandam. Vnde facilè conciliabis Doctores, quorum aliqui comœdias tuentur & laudant, alij prohibent & exagitant, omnes siquidem volunt eas immunes esse à circumstantiis illis maleficis, & modestas ac moderatas esse requirunt: quis enim turpitudinem, quis obscœnitatem, quis proximi iniuriam, damnum aut ruinam, siue spiritualem siue corporalem probare valeat. Quis quæ loco indebito aut importuno tempore fiunt laudet, aut quæ ineptè contra decorum personæ, aut negotij naturam & conuenientiam geruntur, rectè & licitè geri dixerit. Quare non mirum est aliquando ab eodem comœdias probari & improbari, vt factum aliquando à sanctissimo Præsule Catolo Barromæo refertur. Ille enim an. 1583. decreuit haberi posse comœdias in sua Diœcesi obseruato modo & conditionibus à S. Thoma præscriptis, quod vt fieret, iussit comœdos singulos versus à se recitandos ostendere viris à se depotatis: aliàs tamen omnes comœdos à sua diœcesi eiici voluit. *Principes,* inquit, *& Magistratus commendandos esse duximus, vt histriones, & mimos, cæterosque circulatores, & eius generis perditos homines è suis finibus eiiciant, & in caupones, & alios quicumq; eos receperint acriter animaduertant.* Quibus verbis agit sanctissimus Præsul *de perditis*, vt loquitur *hominibus*, qui theatrum sua obscœnitate polluunt. Et quamuis illo suo decreto videatur damnare omnes in vniuersum comœdos, neque vlla vtatur distinctione, vel exceptione, id fecit, quia vulgò isti mimi, histriones, & circulatores sunt perditi homines, qui plebem nugis suis & iocis passim turpibus & obscœnis detinent. Et plerique etiam qui studiosi & honesti videri volunt, honestis & seriis scenia plurima impura, & mimos, & illicitos iocos miscere solent. Idcircò damnauit in vniuersum mimos & histriones, quæ damnatio non comprehendit comœdos, tragœdosque castos & moderatos, qui scenam non modò non corrumpunt, sed illustrant, & hominum vitiatos mores emendant.

Licèt porrò hæc doctrina S.Thomæ vera, vniuersalisque sit, quia tamen malitia circumstantiarum istarum, quæ scenam & comœdiam inficiunt, illicitamque reddunt aqualis non est, sed modò grauior, modò leuior; & præterea malitia comœdiæ considerari potest non solùm ratione ipsius, sed etiam ratione actorum, spectatorum, superiorum qui edi permittunt, & denique scriptorum qui versus ipsamque fabulam componunt, tradendæ sunt hoc loco singulares quædam regulæ quibus hæc omnia sigillatim dignoscamus. 6

Dicendum igitur tertiò est, quoties circumstantiæ vitiantes comœdiam, nempe actiones turpes, verba impura, vel proximo nociua, locus & tempus indebita, inconuenientia negotij, & personæ indecora sunt peccata mortalia, ipsam quoque comœdiam mortalem malitiam habere. Hanc regulam tradit S. D. *art. cit.* disertis verbis, estque verissima: quando enim circumstantia quæpiam inficit actionem aliquam, totam suam malitiam

illi necessariò communicat, vt in fine prauo operis videmus, & probauimus 1. 2. nihil enim afferri potest quod imminuat influxum eiusmodi malitiæ à posita circumstantia profluentem, nisi simul & necessariò minuat malitiam ipsiusmet circumstantiæ, quæ necessariò agit & communicat totam malitiam quam habet, neque impeditur à bonitate actionis è illa siquidem per hanc malitiam tota corrumpitur, estque tunc actio simpliciter mala, quamuis malitia ab vna tantùm circumstantia desumpta sit; secus quàm contingat in bonitate, quæ accedens ratione cuiuspiam circumstantiæ, v. g. boni finis alicui actioni malæ, illam non bonificat, neque malitiam aliunde deriuatam diluit, manetque actio mala, vti ostendebamus eo loco 1. 2. & dicebamus *in scientia Canonica*. Itaque malitia accedens actioni bonæ est maioris cuiusdam efficaciæ ad illam malefaciendam, vt ita dicam, quàm bonitas accedens actioni malę ad illam bonificandam. Si igitur malitia circumstantiæ sit mortalis, facit actionem mortaliter peccaminosam, si verò circumstantia sit venialiter mala, faciet actionem venialiter duntaxat malam.

Quærendum igitur restat quandonam circumstantiæ, ex quibus dicebamus scenam, & comœdiam reddi malam, sint mortaliter, aut venialiter duntaxat malæ; quod ex materiis in quibus versantur singulæ circumstantiæ colligendum erit, neque enim ad eas omnes hoc loco digrediendum nobis est, pauca quædam indicare sufficiet.

7 Actiones itaque turpes quæ comœdiam obscœnam, & mortaliter malam faciunt, debent & ipsæ mortaliter esse malæ secundùm se, quales non sunt omnes, vt obseruat Caietan. *in* 2. 2. *qu.* 168. *art.* 3. neque tales redduntur ex fine ludi, & ioci propter quem fiunt, quia vt notat idem aut hoc, *talis finis non dicit secundum se speciem peccati mortalis.* Turpitudo igitur illa est, qua mens inflammatur ad libidinem, cuiusmodi sunt aliquæ actiones secundùm se, & ludi qui eiusmodi actiones continent, vt antiqui ludi theatrales ab omnibus vitandi sunt, vt ait S. Thom. quia ad luxuriam prouocabant. Eiusmodi sunt lasciui tactus, & oscula impura, quæ cùm ex sese mala, turpia, & ad libidinem prouocatiua sint, non excusantur, quòd vanitatis, leuitatis, & ioci causâ etiam absque venerea delectatione fiant, vti demōstrat Sanch. *lib.* 4. *disp.* 46. *num.* 11. v. g. tactus inhonestarum partium. Omnes igitur actiones quæ efficaciter ex natura sua prouocant ad venerem, & libidinem, cùm ex natura sua sint mortaliter peccaminosæ, reddent comædiam mortaliter malam; quod etiam continget si ratione scandali turpium eiusmodi actionum, malitia erescat vsque ad culpam mortalem.

8 Maior videtur difficultas de verbis turpibus, quæ non videntur esse mortalia ex natura sua, cùm prauus finis & mortalis deest: cùm tamen scandalo sint audientibus, & illos ad libidinem prouocare possint, quandoquidem, vt ait Bernard. *tract. de modo bene viuendi*, *cap.* 30. *vanus sermo citò polluit mentem, & facilè agitur quod libenter auditur*: fiunt mortalia ratione scandali, quod docent Sanchez *lib.* 9. *de matrim. disp.* 46. *numer.* 36. Filluc. *tract.* 30. *numer.* 107. Layman. *lib.* 3. *sect.* 4. *de temper. numer.* 13. Bonac. *de matrim. qu.* 4. *punct.* 9. *numer.* 18. Baldell. *lib.* 1. *disp.* 33. *numer.* 3. Fragosa *de regim. reip. part.* 1. *libro* 1. *disput.* 2. §. 4. *numer.* 188. & alij passim: quare sapienter affirmat Caietanus a. a. *in quæst.* 168. vti turpiloquio simplici, vt aliis delectationem ingerat, *graue est & fugiendum valdè.*

Quæri tamen potest primò an verba obscœna, quadam æquiuocatione vestita, & non clarè expressa ferri possint in comœdia.

Resp. non posse, quia reuerà turpia sunt, & Venus Dianæ cultu ornata, Venus tamen est; sicut & meretrix matronali stola vestita, meretrix & prostibulum est. Adde hoc æquiuocationis veluti operimento comœdos abuti, vt audaciùs & inuerecundiùs ridicula obscœna palam efficiant, & libentiùs audiantur, cùm acumina illa ridicula magis delectent.

Quæritur secundò an vel vnum verbum turpe vnáve eiusmodi actio reddat comœdiam malam & illicitam: nam Sanct. Thom. *art.* 3. *quæst.* 168. *sæpius allato*, requirit tantùm vt isti ludiones turpibus verbis & illicitis modis abstineant; videturque requirere plura vel facta, vel verba eiusmodi. 9

Resp. nihilominus vel vnico verbo, aut facto notabiliter turpi comœdiam totam corrumpi. Ita Antonin. 2. *part. titulo.* 1. *cap.* 23. §. 1. & Caietan. *in sum. verb. spectacula*, impudicula spectacula, & quæ sine peccato non fiunt dicit illa, quæ notabiliter admistum habent aliquid turpe. Hanc porrò turpitudinem notabilem dico, quæ habet vim & efficaciam notabilem ad inflammandam libidinem & concitandam luxuriam, quæ vis nonnunquam in vno solo verbo, aut facto turpi reperitur. Itaque non alia quantitas hoc loco quàm virtutis attendenda est, vti contingere ait in pillulis Cæsar. *libro* 1. *capite* 21. *Quantum ad massam*, inquit, *multum modica est pillula; sed quantum ad efficacitatem virtus illius maxima, omnes corporis venas percurrit, humores soluit & eiicit*, &c.

Requirebamus tertiò cum Sanct. Thom. ad honestam & moderatam comœdiam & scenam, vt non afferat proximo nocumentum suis verbis, & actionibus; eius v. g. famam, aut personam non lædat: nam illa dicaciras & detractio mala omninò est, neque probari potest à sapientibus; quamuis enim Socrates & alij quidam proscindi se publica satyra in theatro passi fuerint, eorum quidem laus fuit, & virtus, non satyricorum commendatio, quinimò satyricam comœdiam olim prohibitam fuisse propter huiusmodi insanam dicacitatem obseruauit Viues *in libro* 3. *Aug. de Ciuitat. cap.* 8. 10

Quartò ratione loci peccat comœdia, si in Ecclesiis sacris scena obscœna paragatur. Immò peccati mortalis damnat Sylu. *verb. Ars, n.* 6. & Anton. 3. *part. titul.* 8. *cap.* 4. §. 12. quod aliqui extendunt ad claustra cœnobiorum. Res definienda videtur ex natura argumenti, & fabulæ, quod pium & religiosum locum dedecet. 11

Quintò idem dicendum est de tempore, quo exhibetur, dum illud singularem quamdam pietatem & religionem requirit; in illo siquidem eiusmodi ludicra exhiberi non decet, maximè si turpia sint, vt tempore Dominicæ passionis, quadragesimæ, & pœnitentiæ.

Sextò decorum personæ agentis comœdiam seruandum est, quod monet quoque Caietan. *verb. histrio*: quare Clericos comœdos & histriones damnat Antonin. vbi affert *cap. non oportet, de consecrat. d.* 5. & *cap. cum decorem, de vit. & hon. cleric.* Similia dabit Viguer. *de temperant. tit. de eutrap.* Laudem quidem tulit Nero quòd carmina in theatro recitaret 12

recitarit tanta vniuersorum lætitia, vt ob recitationem supplicatio decreta sit, eaque pars carminum aureis litteris Ioui Capitolino dicata, vt ait Sueton. *cap.* 10. Idem tamen ipsum vituperat *capit.* 21. quòd in priuatis spectaculis inter scenicos operam dederit, & personatus egerit, quod etiam damnat Tacitus *lib* 14. *annal.* & *fædum studium* vocat, additque de insano Principe: *Ratus dedecus amoliri, si plures fœdasset, nobilium familiarum posteros egestate venales in scenam deducit.* Et mox: *Ne tamen adhuc publico theatro dehonestaretur, instituit ludos Iuuenalium vocabulo, in quos passim nomina data, non nobilitas cuiquam, non ætas, aut acti honores impedimento, quo minus Græci Latiniue histrionis artem exercerent, vsque ad gestus motusque haud viriles.* Crinitus narrat Decium Laberium equitem Romanum & Poëtam iussum à Cæsare non modò comœdiam scribere, sed & agere grauiter tulisse, testatumque fuisse his prologi versibus.

Ego bis trigenis annis actis sine nota,
Eques Romanus, Lare digressus meo
Domum reuertar mimus nimirum, hoc die
Vno plus vixi mihi quàm viuendum fuit.

Fabius Albergatus *in suo tractatu de Republica Regia lib.* 7. *cap.* 11. pluribus disputat an deceat Regiam Maiestatem in spectaculis publicis quæ exhiber, personam aliquam agere, v.g. in bastiludiis, & vti nominant, torneamentis, limites & stationem sustinere, ac propugnare, vel aggredi, & impugnare, ex quibus aliisque vides peccari nonnunquam contra decorum personæ agentis in scena.

13 Quod etiam fit quoties negotium & fabula quæ agitur, modo indecoro tractatur, v. g. incantationibus magicis quæ exhibentur, sacrificiis impiis idolorum, & falsorum Numinum superstitioso cultu, aut si pueros coram populo Medea trucidet, aut humana palam coquat Atreus exta, & eiusmodi alia fiant, quæ cum ipsa arte pugnant.

14 Ex quibus tandem omnibus vides comœdiam & scenam obscænam ac turpem, malam & illicitam esse, atque adeò damnandam; quia tamen, quod olim querebatur Cyprian. *non desunt vitiorum assertores, blandi & indulgentes patroni, qui præstant vitiis authoritatem,* atque comœdias quas nos, bonique omnes exagitamus, tueri fucatis quibusdam rationibus non verentur, illas adducere non fuerit inutile.

Aiunt igitur in primis hæc theatra non exhiberi nisi lusus cuiusdam & recreationis causâ, non ipsius met obscœnitatis, si quæ immisceatur. Quidni dicere liceat cum Ausonio *in præfat. Cui hic ludus noster non placet, ne legerit, aut cùm legerit obliuiscatur, aut non oblitus ignoscat.* Deinde plura alia non minoris prauitatis permittuntur, vt Bacchanalia in Carnispriuio. Cur non æquè tolerabuntur paucæ aliquot scenæ, quamuis minùs fortassis honestæ. Tertiò fauent antiqui & recepti mores, quod enim tot sæculis factitatum, receptum à populis, permissum est à Magistratibus, inhonestum iure dici non potest. Quartò scriptura sacra nullibi damnat ea spectacula, ipsaque plures actiones parum pudicas recitat, & exhibet, cur & illa non poterunt in scena recenseri aut exprimi? Quintò docent comœdiæ magna cum suauitate vitia fugere, quæ castigant; & amare virtutem quam sua mercede & præmio minimè carere ostendunt. Sextò neque desunt etiam honestæ aliæ rationes propter quas exhibentur. Denique omnes statuæ, & picturæ obscœnæ comminuendæ, aut delendæ forent, quod tamen videmus non fieri; immò plura eiusmodi propter eximiam artem operis inter vitorum principum etiam Religiosorum cimmelia diligenter asseruari.

Respond. harum omnium rationum inanitatem nullo negotio demonstrari: nam in primis ludos honestos & animi laxamenta admittimus, vt patet ex *art.* 1. Verùm sapienter Iustinian. in proœm. *DD. quis ludos appellet eos ex quibus crimina oriuntur.* Lacones, inquit Plutarch. comœdias & tragœdias non audiebant, ne ioco quidpiam audirent repugnans legibus. Clem. Alexand. *lib.* 3. *pædag. c.* 11. *Si dixerint pro ludo assumi spectacula ad recreandos animos, dicamus non sapere ciuitates quibus ludus pro re seria habetur.* Chrys. *hom.* 6. *in Matthæ.* reiicit eos qui opponebant in his fabulis non exhiberi veras, sed fictas res; quia illa simulatio plurimos adulteros facit, & plures domos subuertit. Sapienter quoque Mariana *lib.* 3. *de Regis institut. cap. de spectac. Facilis à iocis ad seria transitus, quasi per risum stultus operatur scelus.* Rationem verò velut à priori, cur nefas sit ludi causâ ad animi remissionem turpia aduocare; reddit Franc. Maria Monach. *in Paræness*, quia turpibus lasciuisque non remittitur animus, sed illigatur, sed opprimitur, sed vulneratur, & sæpè occiditur. Quare Chrys. *Hom.* 38. *in Matthæ.* ait theatralibus ludis euersis, iniquitatem ciuitatum euerti, & quidquid illic geritur non esse oblectationem, sed perniciem. Vide eundem *homil. de Dauid & Saule.* Ad extremum audi Gerson. *part.* 4. *de ludo stultorum. Asserere, aut sustinere quod per longum vsum, vel sub vmbra iocorum, aut aliter, sit res permissibilis, aut appropriata fieri eiusmodi ludos stultorum, cum istis ordinationibus quibus fieri cernuntur in sancta Ecclesia, error est in fide nostra.* 15

Quod secundò obiiciebant plura alia fortassis æquè mala permitti, non reddit has turpes scenas aut licitas, aut bonas, & honestas; quia qui committit malum aliquod toleratum in Republica non ideò non peccat, neque qui statuas aut picturas infames seruant & ostendunt, immunes culpæ grauioris sunt, nisi fortassis industria operis exquisita ita inuentum animos rapiat, vt obscœnitates aduertere nequeant, quod rariùs, vel nunquam ita continget.

Tertiò hactenus pluribus recepta probataque consuetudo contraria cùm in aperta vitia conciter, toleranda non est, vti magno consensu tradunt omnes, & expressè Chrys. *hom.* 56. *in Genes.* Deinde in malis nulla præscriptio, & vt ait Cardinal. Paleottus *lib.* 2. *de sacr. imag. cap.* 32. nouitas aut antiquitas per se nihil agunt aut ad vituperationem, aut ad laudem, cùm præstantia & dignitas, non ab annorum numero, sed ab ipsis rebus proficiscatur: quæ si bonæ sint tum maiorem ab ipsâ diuturnitate commendationem assequentur, sin autem malæ, abusus illarum eò vituperandus magis est, quò diuturnior & periculosior est. Et *lib.* 2. *cap.* 41. monet res metiendas vi sua, & rationis norma æstimandas, non ab vsu aut conditione temporis, quæ sola non potest in re aliqua fidem facere, maximè si ratio aduersetur; illa enim vitia quæ capitalia à summa turpitudine dicuntur, cum mundo cœperunt, nec tamen ob id minus reprehendenda sunt, sed eò magis vituperanda, quò antiquiùs ab improbis culta, à bonis damnata fuerunt. Hoc igitur in genere ipsa temporis diuturnitas, nihil aliud nisi huius vitij peni-

Z 4 tus

tus insitam, & vetustam luem probat, dignam quidem quam omnes perpetuo exilio damnatam velint. Adde denique illud Senec. *de vita beat. cap. 1. Quæramus quod optimè factum sit, non quod vsitatissimum, & quod nos in possessione fœlicitatis constituat, non quod vulgò pessimo veritatis interprete probatum sit.* Ad extremum nego receptas fuisse scenas impuras, nisi corruptis iam moribus, quod Cellotius *in suo Philologo* demonstrat. *Populi penè omnes,* inquit, *scenica spectacula ignorarunt, Ægyptij, Assyrij, Amazones, Phænices, Tyrij, Caldæi, Persæ, Medi, Armeni, Pontici, Britanni, Arabes, Æthiopes, Palæstini, Amonitæ, Hebræi, & Galli veteres despexerunt; Massilienses nullum aditum mimis in scenam dederunt, quorum argumenta maiore ex parte stuprorum continent actus, ne talia spectandi consuetudo etiam imitandi licentiam sumeret.* Denique Romam inuecti sunt ludi scenici corruptis iam moribus, vt dixi.

Quartò non est quod affirment sacram scripturam non prohibere spectacula ista, cùm omnia quæ ipsa nobis diuinitus tradit, pugnent cum spectaculis illicitis & obscœnis, cùm impios hominum cætus, vanitates huius mundi, scurrilitates & fœdas voluptates passim improbet & damnet. *Fornicatio*, inquit Paulus, *ad Ephes. cap. 5. vers. 3. & omnis immunditia nec nominetur in vobis sicut decet sanctos, aut turpitudo, aut stultiloquium, aut scurrilitas.* Vide Chrys. *in eum locum*, & *hom. 6. in Matth.* Si quæ verò minus honesta narrantur aliquando in sacris libris, ea tamen honestè & decenter narrantur, neque sanè omnia quæ narrantur repræsentari in scena pudicè & castè possunt, ac proinde actionibus exprimi in theatro non debent.

Sextò inepta quoque est illa exceptio, quod comœdia vitia castiget, & virtutem commendet maxima cum suauitate: nam licèt, vt explicat S. Thom. *lect. 4. in Ep. 1. ad Timoth. cap. 4.* inuenta primùm sit vt doceret veritatem ipsa rerum expressione, qua magis capiuntur plebeiæ mentes, ideóque duo contineat, & verum aliquem sensum significet, & aliquid vtile exprimat, cùm tamen obscœna, vel impia repræsentantur aut dicuntur, vitia docentur, non emendantur, vti PP. sæpè obiiciunt Ethnicis, & vt loquitur Ambros. *orat. in obitu Valent. Error in pluribus est, in paucis correctio*: ipseque Dionys. Halicarn. *lib. 2.* de fabulis Græcorum agens: *Pauca bona insunt, nec multis prosunt, nisi qui scopum intelligunt, quæ quidem sapientia paucis contigit; cæterum vulgaris turba, & rudis philosophiæ, tales sermones in deteriorem partem accipit, à nulla iniquitate & turpitudine abstinens.* Verùm hoc argumentum elegantissimè pertractauit Famian. Strada *prolus. 3. & 4.* aduersùs venereos, & parùm pudicos poëtas, qui ita crimina ista depingunt, vt ad ea potiùs incitent, quàm ab illis retrahant, ideoque iure merito Platonem genus hoc poëtarum è sua republica exegisse, cùm ex vna parte virtutes apud illos adeò lenocinijs oppressæ lateant, adeò ambiguæ, & quasi dissimulanter exerceant sese, vt eas secernere atque internoscere haud in promptu habeant adolescentes, intentique ad oblectamenta quibus illa ætas facilè capitur, meras cum vitiis voluptates hauriunt, magno non adolescentiæ modò, sed totius vitæ malo: quando quæ in ea ætate accipiuntur altiùs inhærere ac difficiliùs eradicari consueuerunt. Ex altera verò parte ita vitiorum species emineant, offerantque sese blandè atque in primariis honestisque viris collocatæ, faciem, quasi honestam induant, vt quos ad illa cognoscenda semel allexerint, eos cæterorum oblitos ad amplectenda quoque, & imitanda non rarò inuitent. Ad extremum moneo ne ipsos quidem quondam Romanos Censores theatra ista Veneris sacraria tulisse, sed sæpiùs destruxisse, vt morum sanctitati consulerent. Pluraque eiusmodi Censorum edicta occurrunt in Liuio, & de Scipione Nasic. testatur Aug. *lib. 1. de Ciu. t. cap. 5.* Quis igitur illa inter Christianos ferat? audi Tertul. *lib. de spectac. cap. 10.* vbi de artibus scenicis disserit. *Theatrum propriè sacrarium Veneris est, hoc denique modo id genus operis in sæculo euasit; nam sæpè Censores renascentia cùm maximè theatra destruebant, moribus consulentes, quorum scilicet periculum ingens de lasciuia prouidebant, vt iam hinc Ethnicis in testimonium cedat sententia ipsorum nobiscum faciens, & nobis in exagerationem disciplinæ etiam humanæ prærogatiua. Itaque Pompeius magnus, solo suo theatro minor, cùm illam arcem omnium turpitudinum extruxisset, veritus quandoque memoriæ suæ censoriam animaduersionem, Veneris ædem superposuit, & ad dedicationem edicto populum vocans, non theatrum, sed Veneris templum nuncupauit. Cui subiecimus, inquit gradus spectaculorum. Ita damnatum & damnandum opus templi titulo prætexuit, & disciplinam superstitione delusit.* An non idem hodie quoque faciunt qui impuræ scenæ nomen argumenti alicuius pij, aut non mali prætexunt, & disciplinam obscœnitate deludunt? Ex quibus omnibus vides nihil afferri posse quo comœdiarũ obscœnitate & turpitudine fœtentium exhibitionem probo homini tueri fas sit. Quibus ita constitutis facilè fuerit de eiusmodi comœdiarum actoribus, spectatoribus, & qui eas permittunt, Magistratibus, ac denique ipsarum scriptoribus iudicium ferre. Itaque.

Dicendum quartò est artem histrionicam, & 16
scenicam quoties turpibus, & illicitis rebus, vel actionibus, & verbis abstinent, seruantque moderamen nuper à nobis cum S. Thoma præscriptum, licitam esse, neque huiusmodi scenicos dici posse esse in statu peccati mortalis, aut à sacramentis arceri. Ita cum S. Thom. Anton. Caietan. Armil. Sylu. Turrecremata, & alij nuper laudati, quos dabit Camitol. *lib. 5. respons. qu. 11.* Filluc. *tract. 30. num. 210.* Henriq. *lib. 8. capit. 56. num. 4.* Sanch. *lib. 9. de matrim. disp. 46. numer. 42.* Bonac. *qu. 4. de matrim. punct. 9. numer. 21. & 22.* Thom. Boninsegn. *tract. 21. de ludo, cap. 2.* Valer. Regin. *lib. 10. numer. 384.* Viguet. *instit. de virtute temp. cap. 7. §. 5.* & alij passim apud Otonell. *lib. 1. de comœd. cap. 1. à qu. 13. ad 17.* qui omnes dicunt comœdos, qui turpia repræsentant, aut dicunt excitantia ad libidinem, peccare mortaliter, secus verò si ab istis omnibus abstineant, licèt artem illam mimicam, & histrionicam profiteantur, ex eaque viuant. Ratio à priori est quia non omne ridiculum, immodestum est, & illiberale, neque idcircò peccaminosum, sed aliquod modestum est quod ad virtutem eutrapeliæ pertineat, vti monuimus *art. 1. huius capitis.* Circa istos tamen actores aliqua sigillatum quæri possunt.

Primò an scenicus modestus qui neque turpia loquitur, neque agit, possit agere vnà cum aliis comœdis, qui scenam turpem exhibent.

Resp. illum, si præuideat se cooperaturum illi turpitudini, & aliorum peccato mortali, qui destituti illo actore fabulam non darent, abstinere debere

debere à ſcena : quod ſi turpitudini neque remotè, neque proximè cooperetur, non peccabit, id tamen difficillimè continget. Itaque res tota examinanda erit ad regulas de ſcandalo, & huiuſmodi ſcenico perſuadendum, vt alios modeſtiores adeat. Si ille grauem & modeſtam fabulam agat, cui deinde ab aliis mimis & attellariis ridicula turpia attexuntur, ſi ipſe non ſit author totius ſcenæ, poterit fortaſſis excuſari.

Secundò quæritur an fœminæ poſſint induci in ſcenam.

17 Reſp. vel hæ fœminæ ſunt profeſſione comicæ, vel non ſunt, & de vtriſque poteſt inſtitui quæſtio. Et quoad iſtas poſtremas, non videtur per ſe illicitum eas ſcenam conſcendere, modò nihil inhoneſtum aut agant, aut loquantur; rem tamen periculi plenam exiſtimant aliqui propter ornatum, quo ſe expoliunt, & natiuam pulchritudinem augent, aliave illicita quæ ſpectatorum animos ad voluptatem incitare poſſunt; & huc congerunt omnia, quæ aduerſùs mulierum illecebras, quibus viri de mente deiiciuntur, afferri ſolent. Viri prudentis erit de hoc periculo variis circumſtantiis expenſis pronuntiare.

Quoad fœminas verò arte, & profeſſione comicas, cum ferè huiuſmodi fœminæ vnà cum viris in ſcenam inducantur, meretricio habitu ſaltent, pſallant, & de amoribus loquantur, via fieri poteſt quin ad plurima peccata ſpectatores concitent, & ipſæmet peccent; quare neque vulgò honeſtæ habentur eiuſmodi mulieres, & paſſim damnantur à Doctoribus, qui illas à ſcenis reiici mandant, ex Cbyſoſtom. qui earum laſciuiam inſectatur, Lucas à Penna *in l. ſi quis, C. de ſpectacul.* Adam Gontzen. *lib. 3. politic. cap. 13. §. 5.* Valer. Reginald. *de prudent. confeſſar. cap. 3. ſect.* 8. Franc. Ribera *in cap.* 1. Mich. Baldell. *tom. 1. lib. 3. diſp.* 18. *n.* 2. Franc. Maria Monach. *in Paræneſi.* Caſanus, *in iuuene Chriſtiano 3. part. cap.* 15. Hieronim. Florentin. *in ſua comœdiochriſi.* Ribadeneira *lib. 1. de tribulat. cap.* 11. Franc. Arias *de profectu ſpirituali.* & Molfeſ. 2. *part. cap.* 15. Fragoſa *de regimin. Reip. Chriſt. 1. part. libro 1. diſp. 2. § 4. num.* 181. & fuſiſſimè Hurtado de Mendoca *de virtutib. Theolog. diſp.* 173. *ſect.* 28. *ſubſect.* 3. Ottonell. *libro 1. de comœd. capit. 2. & 3.* quia licèt honeſto habitu, & modeſto induantur, alliciunt tamen facilè ad malum; nam Venus honeſto habitu Venus eſt. Innumera damna quæ eiuſmodi comicæ & ſcenicæ afferunt fuſiſſimè proſequitur Ottonell. *lib. 3. citato ferè toto,* & ineptas exceptiones quas aliqui adducunt, vt eiuſmodi mulierculis faueant, eruditè & multis reiicit; ſufficiat illud Plauti *in Mercat.*

Ego illic aſpicio forma eximiam mulierem,
Quam ego poſtquam aſpexi, non ita amo vt ſani ſolent.
Homines ſed eo pacto vt inſani ſolent.

18 Quæritur tertiò an fœminæ comicæ prodire poſſint in ſcenam ſchemate virili, & viri veſte muliebri induti, plurimi enim id damnant, & grauioris peccati arguunt propter latam à Deo legem *Deut. cap. 22. verſ. 5. Non inducetur mulier veſte virili, nec vir vtetur veſte fœminea; abominabilis enim apud Deum qui fecerit hæc.* Propter quas vltimas voces grauiùs in viros, qui veſtibus mulieres mentiuntur inuehuntur Tert. *lib. de ſpectac. cap. 23.* & *lib. de idololat. cap.* 21. Cyprian. *ep.* 61. Clem. *lib. 1. ſtrom. cap.* 8. Cirill. Alexand. *lib. 5. de adorat. in ſpiritu*: & in omnem illam veſtis inter viros & mulieres commutationem fuſiſſimè diſputat Ambroſ. *ep. ad Irenæ. quæ eſt 15. Incongruum eſt,* inquit, *quod ipſa abhorret natura. Cur enim homo non vis videri quod natus es, cur alienam tibi aſſumis ſpeciem? Cur mentiris fœminam, vel tu fœmina virum? ſuis vnumquemque ſexum induit natura indumentis. Denique diuerſus vſus, diuerſus color, motus, inceſſus, diuerſæ vires, diuerſa vox eſt in viro & fœmina;* quod deinde in ipſis animalibus, leonibus, ceruis, auibus, oſtendit. Addit grauiùs peccari à viris qui muliebrem ſtolam, quàm à mulieribus quæ virilem habitum induant: *Et quidem Græco more influxit, vt fœminæ virilibus quaſi ſuccinctioribus tunicis vtantur, eſto tamen vt illæ imitari videantur melioris ſexus naturam, quid viri qui inferioris ſexus mentiri ſpeciem volunt.* Hoc tamen præcepto voluit Deus docere, inquit idem Ambroſ. alia opera decere virum, alia mulierem. *Quàm deforme autem virum facere opera muliebria? ergo pariant, ergo parturiant, qui criſpant comam ſicut fœmina. & tamen illæ velantur, iſti belligerantur. Verùm habeant excuſationem qui patrios vſus ſequuntur, ſed tamen barbaros, vt Perſæ, vt Gothi, vt Armenij, maior eſt natura quàm patria.* Subiicit denique hanc mutationem veſtis ad luxuriam à pluribus deriuari. *Meritò,* inquit, *illic non ſeruatur caſtimonia, vbi non tenetur ſexus diſtinctio, in quo euidentia naturæ magiſteria ſunt.* Quod oſtendit ex Apoſtolo 1. *ad Corinth.* 11. *verſ.* 13. Atque hæ ſunt rationes legis prohibentis iſtam mutationem veſtis inter ſexum vtrumque, quas ipſius ferè Ambroſij verbis Rabanus, Hugo Cardinal. gloſſa, & alij retulerunt, quaſque & aliàs paucis proponit Guilelm. Pariſ. *lib. de legib. cap.* 13. vt ſexus diſtinctio retineretur, opportunitas flagitiis carnis tolleretur, auferretur occaſio idololatriæ, cùm in ſacris Martis fœminæ armarentur, viri in ſacris Veneris muliebriter induerentur; præſcinderentur æſtus libidinis quem accendit veſtis muliebris in viro, & viri in muliere; denique tolleretur occaſio maleficiis exerceri ſolitis per abuſum talium veſtium. S. Thom. 2. 2. *q.* 169. *art.* 2. *ad* 3. & 1. 2. *q.* 102. *art.* 2. *ad* 6. eaſdem huius legis rationes indicat. Cùm igitur periculum ſit laſciuiæ dum ſcenica mulier ſchema virile induit, peccat ſine dubio ſi id faciat. Sapienter enim ille.

Quem præſtare poteſt mulier galeata pudorem
Quæ fugit à ſexu?

Reſp. & dico primò hanc veſtis mutationem, ſiue diſſimulationem, qua mulier virum exhibet, non eſſe ex natura ſua malam, ac proinde ex aliqua cauſa honeſtari poſſe: v. g. ex neceſſitate vitandi periculi, ad ſuſcipiendam religionem, repræſentandam cum decoro honeſtam aliquam in ſcena perſonam, & alias ob cauſas, propter quas interdum vſurpatam eſſe hanc veſtis ſimulationem pluribus oſtendit Tiraquell. *in l. 3. connub. num.* 58. vbi multas eiuſmodi ſimulationes factas olim narrat, quæ omnes improbandæ non ſunt. Hanc porrò noſtram aſſertionem perſpicuè tradit S. Thom. locis citatis; & *ibid.* Caietan. Sylueſt. *verb. fœmina n.* 2. Nauar. *cap.* 23. *num.* 22. Leſſi. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 114. Layman. *lib. 2. tract. 3. c.* 13. *n.* 11. Lyran. Lorin. Cornel. à Lapide, Abulenſ. & cæteri paſſim Interpretes *in illud Deuteron. caput.*

Dico ſecundò poſſe aliquando in ea mutatione peccari vel venialiter, quando fit ex leuitate ſine vna iuſta cauſa honeſtante, vel etiam mortaliter, ſi fiat ex praua intentione, & ad laſciuiam, vel ratione ſcandali & periculi alicuius alterius peccati.

Lex autem diuina vel ad mores aptatur de diuer-
ſis

sis viri & mulieris officijs, atque operibus, vel alias causas quas nuper attulimus, habet, neque violatur quando sobest aliqua ratio honesta vel necessitas huius mutationis, vti diximus. Obseruat autem Philippus Abbas *lib. de dignit. Clericor. cap.* 54. Deuteronomij legem agere tantùm de vestibus exterioribus, quibus distingui solet vterque sexus, quæ Græci περιβόλαια & ἐπιρρίπτας ἀμφιεσμάτα nominant, non de interioribus quæ ad illam distinctionem non pertinent, cuiusmodi sunt femoralia, & braccæ quas Amazonas, & quasdam sui temporis fœminas induisse refert idem Abbas, quibus & hodie nostrates fœminæ vtuntur.

19 Quæres, an liceat fœminæ schema virile assumere ad monachismum profitendum, quod concessisse videmur, cùm tamen Consil. Gangense *can.* 13. percutiat anathemate fœminam, quæ propter ἄσκησιν exercitationem, habitum virilem assumit. Εἴ τις γυνὴ διὰ νομιζομένην ἄσκησιν μεταβάλλοιτο ἀμφίασμα καὶ ἀντὶ τοῦ εἰωθότος γυναικείου ἀμφιάσματος ἀνδρεῖον, vel ἀνδρῷον ἀναλάβοι, vel ἀναλαμβάνοι, ἀνάθεμα ἔστω.

Respond. cum Balsamone eo canone damnari ὑπόκρισιν καὶ ἀπάτην hypochrisim, siue simulationem, & fraudem, non quæ mutatio verè fieret, ac propter sinceræ & puræ exercitationis modum ἐν ἀληθείᾳ καὶ διὰ τρόπον ἀμεμφῆ ἀσκήσεως καὶ εἰλικρινοῦς quia multæ mulieres per virilem habitum exercitatorium curriculum peregerunt διὰ ἀνδρῴου σχήματος τὸν ἀσκητικὸν ἤνυσαν δρόμον, vt Eugenia, Marina, Euphrosina, Pelagia, Theodora, & aliæ. Videtur etiam damnari hoc canone Eustachius, qui hanc mutationem passim suadebat virginibus quæ monachari volebant. Idem omninò dicendum est de iuuene qui cum muliebri vestitu in scenam inducitur; videndum enim erit quam agat personam, quomodo, an sit periculum lasciuiæ, an scandalum, & eiusmodi alia expendenda erunt, vti dicebamus de fœmina viriliter vestita: atque hactenus de actoribus.

20 Quare de histrionibus & mimis obscœnis dumtaxat & spectaculis ac scenis turpibus impurisque quas exhibent, nó de aliis modestis & honestis intelligenda sunt sacra, ciuiliaque aduersùs illos Edicta. Conc. Constantin. *cap.* 51. mimos eorumque spectacula prohibet omnibus, & Clericum qui interfuerit, deponi, laicum, segregari, hoc est excommunicari iubet. Conc. Carthagin. III. *cap.* 11. ait semper fuisse interdictum accedere vbi essent blasphemi, & laicis ipsis interesse, non modò Clericis prohibet, multò magis ea spectacula exhibere vetat iisdem Clericis ac Sacerdotibus, eorumque filiis: *cap. pro dilectione, de consecrat. d.* 2. histrionibus non permittit in Ecclesia communicate, ne honor Ecclesiæ tam turpi contagione fœdetur: *cap. maritum. d.* 33. qui in scena lusetint, ordinati verantur: *cap. qui venatoribus. d.* 86. qui donant histrionibus, dicuntur donare propter nequitiam, sicut qui donant meretricibus. Quæ omnia iura meritò in impuros mimos, & histriones intorquentur; vt enim hactenus disputata contraham in pauca.

Peccant mortaliter primò cùm ex intentione fouendi, aut excitandi delectationem turpem ac veneream suas agunt comœdias, quo casu nequeũt à mortali noxa excusari. Ita S. Antonin. 2. *part. tit.* 5. *cap.* 1. §. 8. Nau. *cap.* 16. *n.* 14. Sanch. *lib.* 9. *de matrim. disp.* 46. *num.* 39. & alij qui in vniuersum damnant peccati mortalis omnem turpem loquutionem, aut gestum, qui fiat ex intentione turpis delectationis; sicut enim illa extra coniuges mortalis est, ita malitiam suam deriuat in omne illud quod in ipsam tanquam in finem dirigitur.

Secundò peccant mortaliter peccato scandali si comœdia sit valdè turpis, & ex sese ad res venereas excitatiua, vti passim contingit, cùm verba & gestus turpes incitent ad facta turpia. Ita S.Th. 1.2. *qu.* 168. *art.* 3. *in corp.* & *ad* 4. Angel. *verb. ludus, num.* 3. Sylu. *verb. eod. qu.* 3. Sanch. *disp.* 46. *citata, num.* 36. & *qu.* 2. Non est verò opus, vt hæc proximi spiritualis ruina sit intenta directè, & per se volita ab actore comœdiæ, satis enim est si præuideatur sequutura ex ipsa actione, & comœdiæ exhibitione, quæ per se & in se volita est; quia quidquid sequitur per se aliud, & ex eius natura & conditione ipsius, ac non tantùm per accidens, dicitur fuisse in illo volitum & intentum, indirectè quidem, sed tamen per se: quare pertinet quodammodo ad ipsam speciem prioris actus voliti, v. g. actionis, & loquutionis turpis scenicæ, neque potest ab illa separari per solius agentis intentionem, vti explicuimus aliàs ex S.Thom. 1.2. *qu.* 57. *art.* 8. & *p.* 1. *de malo, qu.* 15. *art.* 3. *ad* 5. habetque Sanch. *n.* 42. *citato.*

Tertiò si absit periculum scandali, & ruinæ spiritualis, neque intendatur delectatio venerea in se, vel in alio excitanda, sed vana quædam tantùm animi relaxatio, aut artis in agenda vel componẽda fabula ostentatio, non peccatur mortaliter, quia locutio & repræsentatio rei turpis, non est intrinsecè mala, alioquin nunquam licitè fieri posset, vt tamen fit ab eo qui ita loquitur ad docendum, & in chirurgo qui ad medendum pudenda contrectat. Fit igitur mala ista actio, & locutio turpis ex circumstantia mali finis, qui si sit vana tantùm recreatio & ostentatio, neque incitet ex se ad libidinem vti explicoi, non superat malitiam venialem. Ita Alensis 2. *part. qu.* 132. *memb.* 3. Caietan. 2. 2. *q.* 148. *art.* 6. *in fin.* & *q.* 168. *art.* 3. *dub.* 1. Antonin. 2. *part. tit.* 5. *capit.* 1. §. 8. Nauar. *cap.* 14. *num.* 42. & *cap.* 16. *n.* 11. & *cap.* 20. *n.* 14. Graffis 1. *part. decis. lib.* 2. *cap.* 75. *n.* 9. Sanch. *disp.* 46. *cit. n.* 35. & alij vulgò.

Quartò, quia tamen vix vnquam contingit vt ab eiusmodi obscœnis ac turpibus spectaculis, & scenis absit delectatio turpis, & periculum scandali ac ruinæ proximi, vix etiam vnquam eiusmodi comœdiarum turpium actores peccant tantùm venialiter, idcircò sapienter obseruat Baldell. *lib.* 3. *Theolog. moral. disp.* 18. *n.* 5. absolutè & sine distinctione damnandos esse eiusmodi actores peccati mortalis, vti & nuper nos fecimus. Consideramus, enim quod semper, & vt plurimùm spectatis hominum moribus, & vsu contingit; non autem quod potest contingere per non repugnantiam quandam metaphysicam, atque ita etiam considerarunt PP. dum histriones turpes damnant peccati mortalis, & in eo statu esse dixerant cum S. Thom. sæpius allegato 2. 2. *q.* 168. *art.* 3. & aliis, quos dabit, & sequitur Paul. Comitol. *lib.* 5. *respons. qu.* 11. idemque supponunt iura sacra nuper adducta. Damnant quoque & infames volunt esse qui in scenam prodeunt iura ciuilia. Itaque Prætorem pronuntiasse testatur Vlpian. *in l.* 2. §. *ait prætor* 5. *D. de his qui not. infam.* & addit Pegasum & Neruam filium respondisse, omnes qui propter præmium in scenam prodeunt, famosos esse. Neque sola ratio quæstus est causa huius infamiæ, vt videntur velle laudati Iurisconsulti, nam etiam sine quæstu omnes scenici probrosi sunt habiti ex

Aug.

Aug. *lib. 2. de Ciuit. cap.* 11. apud Romanos; apud Græcos autem honore digni: quod etiam obseruat Liu. *lib.* 24. qui *lib.* 27. dixerat illos tribu moueri solitos. Eorum quoque imagines è publicis locis, in quibus Principum collocabantur, detrahi iubet constitutio Theodos. Arcad. & Honor. *l.* 4. *C. de spectacul.* Licuit denique filium exhæredare si præter voluntatem parentum inter arenarios & mimos se sociasset.

21 Dicendum est quintò spectatores & auditores turpium comœdiarum, & spectaculorum peccare mortaliter, si intersint ex intentione deliberata delectationis venereæ, vel cum probabili periculo in eam consentiendi, vel denique cum aliorum scandalo, quod fatentur Caietan. 2. 2. *quæst.* 167. *art.* 2. *ad* 2. & *in sum. verb. spectacula.* Angel. *verb. ludus n.* 6. Sylu. *verb. eod. qu.* 8. Saneh. *lib.* 9. *de matrim. disp.* 46. *n.* 37. & 41. Baldell. *lib.* 3. *disp.* 18. *n.* 6. quia vt dicebamus de actoribus, omnes eæ causæ afferunt malitiam mortalem, qui idem cum Nau. *cap.* 20. *n.* 14. & communi sententia addit, eos non peccare, si adsint bono fine, vel ex sola curiositate, & vana delectatione ex arte actorum, aut fabulæ, ac carminum, aut ne habeantur inurbani & hypocritæ, absitque omnis consensus in turpem delectationem, & periculum consensus in illam, omneque scandalum, non peccabunt nisi venialiter.

Si tamen quis causam daret eiusmodi turpibus spectaculis, quia fiunt in ipsius gratiam, ipsoque absente non fierent, peccaret mortaliter, ex Gab. *in* 4. *dist. q.* 13. *dub.* 3. Angel. *verb. ludus, n.* 6. Nau. *cap.* 20. *n.* 14. Comitol. *lib.* 5. *respons. qu.* 11. *n.* 8. & aliis passim. Quia verò ordinariè spectatores adsunt intenta illa turpi delectatione, aut cum periculo consensus in illam, aut cum scandalo, aut dant positiuè causam eiusmodi scenis, dando mercedem comœdis; idcircò communiter peccant mortaliter: itaque damnantur passim à DD. Caietan. *in sum.* Ang. Syluestro, Comitolo, atque ipso Sanct. Thom. qui 2. 2. *q.* 168 *art.* 3. *ad* 3. ita censet de iis, qui suas facultates in eiusmodi spectacula profundunt, eaque sic fouent, ideóque S. Aug. *tract.* 100. *in Ioann.* vocat vitium immane donare sua histrionibus; & Hyeronim. apud Altissiod. *lib.* 3. *tractat.* 7. *capit.* 7. *q.* 3. immolare dæmoniis. Qui igitur conscij turpitudinis comœdiæ primi ad illam confluunt, & histrionibus ex se non paratis soluunt, peccant mortaliter; quia sunt causa cur comœdia agatur, quod non conuenit iis qui iam inchoatæ accedunt, non sunt enim causa cur ipsa edatur, sed alio modo, vt dixi peccant, atque ordinariè mortaliter, cùm paucissimi sint, qui non incurrant periculum consensus in delectationem, aut non sint scandalo aliis, & distinguere queant delectationem ex arte & dictione à re quæ repræsentatur actionibus vel verbis turpibus, vti aduertunt laudati DD. qui sapienter monent non esse signum consensus in delectationem turpem, si quis inter illa obscæna rideat, simuletque se gaudere; quia inde non efficaciter colligitur ipsum delectari obscœnis, cùm possit id solùm de artificio facere, & risum aut gaudium simulet quis ne ab aliis irrideatur. Si tamen eiusmodi persona sit, quæ suo illo simulato risu, aut delectatione præbeat authoritatem comœdiæ, & actioni turpi, peccabit mortaliter ratione scandali, aut si velit laudem quærere quòd obscœnis delectari credatur.

Denique obseruo, Iura quæ prohibent Clericos ne ioculatoribus, & mimis intendant, loqui ratione scandali & indecentiæ, neque si illa absint obligare ad mortale, quod aduertit Caietan. *verb. Clericorum peccata*, videturque hodie sublatum fuisse scandalum, cùm communiter Clerici comœdiis intersint, quod *citata disput.* 46. *num.* 41. monet Saneh.

Dicendum est sextò poëtas & scriptores turpium comœdiarum communiter peccare mortaliter, vel ex intenta delectatione turpi in se, aut in aliis, vel ratione scandali & ruinæ spiritualis, quam proximo causant, vti dicebamus nuper de ipsis actoribus, traduntque laudati DD. omnes. Sed de his spurcis scriptoribus plura alibi. 22

Dicendum est septimò Principes & Magistratus peccare mortaliter, si hæc spectacula fieri mandent. Secundò si authoritatem præstent, & approbent, atque histriones in peccato foueant. Tertiò si permittant ex graui causa, cùm non possint impedire permissione tantùm negatiua, hoc est non puniendo, non autem permissione approbatiua, non peccant; eodem enim modo iudicandum erit hac in parte, atque de cæteris peccatis publicis, quibus non est certa pœna statuta, & quæ non puniuntur, neque enim idcircò statim approbantur. Verùm de hac permissione & criminum tolerantia diximus *in scientia Canonica.* Illud tantùm hoc loco videtur singulare, quod comœdiæ turpes & obscœnæ nullo negotio prohiberi posse videantur à Principe, & Margistratu, neque ex ea prohibitione videatur timendum esse grauius aliquod illud malum, ad quod vitandum has spurcitias ferre cogatur, vt in quibusdam aliis aliquando contingit. 23

Dicendum octauò est confessarios antequam impertiantur, vel negent absolutionem actoribus, & spectatoribus, prudenter diligenterque attendere debere tum conditionem scenæ, an turpis sit, an non, tum periculum consensus in delectationem turpem, tum intentionem, tum scandalum in actoribus, eademque omnia in spectatoribus, qui etiam seipsos, & periculum quod incurrunt inspicere, atque suo confessario sincere aperite tenentur, ne quod grauius peccatum admittant, & in fraudem sibi noxiam confessarium inducant. 24

ARTICVLVS VII.

De quibusdam diuersis aliis ludis.

Anchone. 1.
Anchotyle. 2.
Apodidracinda. 3.
Ascolyasmus. 4.
Artiasmus. 5.
Basilinda. 6.
Bubelij ludi. 7.
Capitolini. 8.
Caput aut nauis. 9.
Castellum nucum. 10.
Chalcismus. 11.
Chetichelone. 12.
Chitra. 13.
Cindalismus. 14.
Colabismus. 15.
Columba iaculatio. 16.
Cottabismus. 17.

Cothurnicum

Cothurnicum pugna. 18.
Cubeſinda. 19.
Dielcyſtinda. 20.
Micare digitis. 21.
Eolocraſia. 22.
Epoſtrachiſmus. 23.
Gulæ certamina. 24.
Hieromenia. 25.
Imanteligmus. 26.
Latrunculi. 27.
Lauacrum Athenienſis academiæ. 28.

ERant olim, ſuntq; adhuc hodie quidam alij ludi, de quibus fuſior diſputatio non videtur inſtituenda, cùm ſtatim appareat probandi an improbandi ſint: paucis tamen enumerandi ſunt, ne quid in re ludicra videamur omiſiſſe.

1 Primò anchone, ludus Trachum fuit in conuiuiis: ſuſpendebatur laqueus è ſublimi loco, ſubiiciebatur lapis qui facilè ſub inſiſteore circumuolueretur, quem ſors terigiſſet, is falcem manu tenens, collum laqueo inſerebat, alius lapide impulſo diſcedebat, ita vt qui funi collum implicuerat, niſi falce funem properè reſcinderet, ſtrangularetur ad crudelem aliorum oblectationem: quare damnandus eſt ille ludus propter periculum cui ſe ludentes exponunt.

2 Anchotyle; alter alterum manibus à tergo iunctis & reſupinatis, alterius genua excipiebat, oculis qui geſtabat ab eo qui ferebatur compreſſis: vocatur etiam eutredriſmus, eratque pœna eius qui lapidem ſtantem, ad quem pilis aut lapidibus iaculabantur, non proſtrauiſſet.

3 Apodidiacinda, ſedet aliquis in medio clauſis vel compreſſis oculis, aliis diffugientibus, ille vt inquirat, ſurgit, & is quem deprehenderit antequam medium locum occupet, eius vice ſeder.

4 Aſcoliaſmus: fugientes in turba vnus vtroque pede inſequebatur, donec aliquem aſſecutus fuiſſet, quem tum ipſe, tum alij ferebant donec ad carceres perueniſſet. Saltatum etiam feſtis Bacchi in vtrem vnctum, quod alias dixiſſe me memini, vincebat qui inſtitiſſet ſæpiùs. Hoc poſtremũ damnandum erat ob ſuperſtitionem & Bacchi cultum.

5 Artiaſmus ſeu par impar; tenet aliquis manu nuces, fabas, nummos, aſſiculas; quærit ab alio ἀρτια ἢ περιττα: par an impar, qui diuinat, auferr, ſin minus dat alteri tantumdem quo manum impleuit.

6 Baſilinda ludus puerorum, ſorte ſibi Regem eligentium, cui cæteri pareant, quomodo Cyrus electus apud Iuſtinum in nobiles pueros virgis animaduerſit. Chryſ. dixit παίζων ἀρχαις. Huc referri poteſt alicubi Rex fabæ, qui 6. Ianuarij ſorte creatur.

7 Bubelij ludi boum cauſâ celebrabantur. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3, in illis, vti explicat Adroandus, certabatur de arandi peritia, vel in quo bones aratores arabant, & ſertis cornnabantur. Vide Lacerdam *in* 2. *Georgic.* in illum verſum; *Meritoſque iuuencos.*

8 Capitolini alij, in honorem Iouis Capitolini, de victoria parta in Gallos Scenones, ac proinde ſuperſtitioſi, in illis Velentina victoria exhibita, & Sardi vænales pronuntiati, id eſt Etruſci, qui à Sardibus primaria Lydorum vrbe veniſſe crediti addita per ludibrium hac voce, alius alio nequior. Poſtremus producebarur Rex ipſorum ſenex prætextatus, bulla aurea è collo ſuſpenſa, qui erat ornatus Regum Etruriæ.

Domitianus alios inſtituit, qui agones Capitolini dicti, quinto quoque anno celebrari; in iis omnis generis artifices concertabant, maximè Poëtæ & Rhetores, in quibus non placuit Statius, & vt loquitur Iuuenalis.

Fregit ſubſellia verſu.

Caput, aut nauis: iactabatur nummos in aërem, 9
cuius in altera parte erat caput Iani, in altera nauis, ex Macrob. qui diuinat cùm iacitur, auſert nummum.

Caſtellum nucum: tribus nucibus vna imponi- 10
tur, & Caſtellum fit erectum, altera nuce iacta eminus deiicitur. Aliàs rectæ nuces certo ictu deiiciuntur, aliàs nuci nummus imponitur, qui aliarum nucum iactu excutitur, quas amittit qui iacit, donec excuſſerit nummum, ad quem alter iactare nuces pariter tenetur. Alias in cauum coniiciuntur nuces, ſi pari aut impari numero prout conuentum eſt, intrent, pereunt, vel fiunt eius qui numerum optauit. Romæ pueri nuces in ſinu geſtantes pœnas dabant, quòd eam ludendi leuitatem grauitas Romana non ferret.

Calciſmus: digito tectus nummus impoſitus 11
diu circumactus excutiebatur, tum rurſus digito excipiebatur antequam humi caderet, vel contenſiſſimè vertebatur in menſa.

Chetichelone. Virgo ſedens in medio orbe ab 12
aliis puellis circùmeuntibus interrogabatur; quid facis ibi teſtudo? Reſpondebat illa, telam texo, tum aliæ quid factum tuo nepote; dicebat illa ex equo in mare ſaliit, & eiuſmodi ſimilia.

Chitra ſiue Chytindra: ſedet in medio aliquis 13
dictus olla, eum cæteri vellunt, vexant, verberant: is quem comprehenderit, eius vice ſedet, nonnumquam olla capiti impoſita ambulat in circulo, alij ferientes rogant *quis olla.* Reſpondet; *ego Midas*: ſed quem pede tetigerit, is eius loco geſtat ollam.

Cindaliſmus, clauus clauo truditur ὁ πάτταλος τῷ
παττάλῳ. Paxillus terra humida depactus alio paxillo 14
feritur, & expellitur quam longiſſimè.

Colabiſmus: obuelantur alicui oculi tum in 15
humeris, vel in dorſo manu feritur, tum interrogatur à quò percuſſus fuerit.

Columbæ iaculatio: in columbam malo nauis 16
alligatam ſagittas mittendi mos antiquiſſimus fuit, nunc in pſittacum arcu, baliſta, aut fiſtula ferrea miſſilia intorquentur.

Cottabiſmus, ſuper defixum humi ſtipitem vir- 17
ga in modum ſtateræ, ex qua duæ lances pendebant, ſtatuebatur: lancibus duo crateres aqua pleni, & ſub lancibus ſtatuam, cui nomen *manes*, ſtatuebant, qui ludebant, phialam vino plenam habebant in manibus, & longiùs abſiſtentes in ſe mutuò coniiciebant, quod vini ſupererat in lancem mittebatur, vt grauior fieret, & in craterem, vt ſtatua alliſa ſonus excitaretur: huius ſoni magnitudo victoriam afferebat, & quidem ſi quam pauciſſimum vinum humi excideret, præmium erat κότταβιον, vel κοτλάβιον, id eſt crepidæ, bellariæ, placenta, oſcula.

Cothurnicum pugnæ, in pluribus circulis co- 18
thurnices locatæ ad pugnam ſtimulantur, quæ deiicitur è circulo, datur domino cothurnicis deiicientis. Alicubi galli comittuntur eodem modo, quæ pugna dicitur ἀλεκτρυομαχία.

Cubeſinda, ludus puerorum ſeſe inuicem in hu- 19
meris geſtantium, vel in lumbos inſilientium.

Dielcyſtinda:

20 Dielcyſtinda : pueri in duas turmas diuiſi alij alios ad ſe trahunt, qui pertraxerint vincunt. Similis eſt elcyſtinda : trabs humana ſtatura paulò altior figebatur in tabula perforata, per foramen funis traiiciebatur, quo ſuſpenſi duo iuuenes alter alterum nitebatur ſurſum obuerſo dorſo trahere, qui tollebatur, vincebatur, id erat ſcaperdam trahere, & res omnis difficilis ſcaperda dicta eſt.

21 Micare digitis : diuinare conantur ruſtici, & plebei quot digiti micent, ſiue prodeant : ſic luſerunt Hymenæus & Cupido apud Nonium, & veteres in ſortitionibus. Vn de dignus dicitur is quo cum in tenebris mices. Galli dicunt *la mourre* à Græco μῶρος ſtultus : alij à Mauris populis deriuant, quaſi authoribus.

22 Eolocraſia : adoleſcentes poſt ſcenam peruigilio certabant, pœna eius qui primo obdormiſſet, erat aſperſio pridianæ mixturæ, & heſternorum poculorum reliquiæ.

23 Epocrachiſmus : teſtula marina iacitur à pueris in aquam ſupremam, vt leuiter cædendo ſubſiliat, vincit cuius teſtula pluries ex aqua reſilierit, & diutius, tum per dorſum maris leui impetu decurrens, cùm ſummis fluctibus tonſis emicans, longiùs procurrerit.

24 Gulæ certamina instituta ab Alexandro, vbi plus 40. in ipſo conflictu præ nimia ingluuie præfocati, & Polypoſius victor 31. die mortuus eſt. Huc refer Theſpienſium ludos quinquennales amoris, aliorum pulcbritudinis, iique infames erant.

25 Hieromeniam exiſtimat Calcagninus Epiſt. 66. *lib.*1. ludum fuiſſe quo vir nudo glabroque capite arieti reciprocicorno, vt loquitur, concurſabat; ſæpius eadem die ad tonſtrinam ſe recipiens, vt obarmaret caput feruenti pice, quod ſi reſtitiſſet, neque ceſſiſſet, certo præmio donabatur. Hinc ludicrum ait, quo authorati quidam glabello capite in colurum alligatum quidem, ſed dentibus, vnguibuſque ſæuientem incurtuot, qui eliſo coluro equites colotarij dicuntur. Improbandus vterque ille ludus.

26 Imanteligmus ; duplex lorum inuolutum ita erat in orbem, aut aliter in modum labyrinthi, tum paxillus ab alio inſerebatur, ſi exolutus manebat, loraque ſoluebantur, victor erat, qui inſeruerat: vide Euſtathi. Bullenger. & alios.

27 Latrunculos Itali ſcacens vocant, & Galli *Eſchets*, perſæ Regium iocum, Latini milites, latrones, latrunculos, calculos : Græci canes ob impudentiam; quamquam pauci quidam negant hos omnes ludos eſſe vnum, & eumdem: luditur in laterculo lineis diſtincto tranſuerſis, & directis : is laterculus vrbs dicitur; quia tanquam in vrbe, ſic in eo plures ſedes, mandræ, ſepta, valli, caphi, clauſæ, mœnia, ſtabula, vnde Heſychius dixit vrbes ludere : eædem ſedes dicuntur etiam carceres, quia calculi includuntur, vnde ludus ζατρίκιον ſeruorum ergaſtulum. Calculi erant bicolores vitrei, vel eburnei, nigri, aurei, argentei apud delicatiores, latrones dicti quaſi milites; vincit qui totum aduerſarij agmen occupat, vel regem tenet, aut ad incitas redigit, quod dicitur ſchmah : ſic & Perſæ ludum nominant, qua voce ſignificant Regem eſſe mortuum. Victus dicebatur μονόχωρος : ſunt ſexdecim pedites octoni in vtraque parte, turriculæ ſiue caſtella duo, equites bini, totidem ſtulti, Rex & Regina, alij vagi ſeu obliqui, alij recti ſiue inſiti feruntur, alij vtroque modo, alij ſubſultant, non licèt aduerſario repugnante reuocare, reducere, corrigere calculum ſi dari pœniteat.

De hoc ludo Athenæ. *lib.* 1. vbi qui in eo excelluerunt refert. Deſcripſit poëta cuius eſt Ecloga ad Piſonem Lucano tribuenda, & Hieronym. Vidas Epiſcopus Cremonenſis, & allegoricè Ioan. Antiochen. moraliter Paſchaſius in Gallicis perquiſitionibus. Extat & inter tractatus Doctorum iuris opuſculum ea de re.

Diſſuadent hunc ludum aliqui propter contentionem capitis, alij propter moroſitatem, alij alias ob cauſas; cæterum honeſtus & ingenioſus ludus eſt.

Lauacrum Athenienſis academiæ : quiſquis Athenas recèns ſtudiorum causâ veneraт, ab iis qui priùs occupaſſent, hoſpitio excipiebatur : deinde ab omnibus quotquot vellent, laceſſebatur, aliis mitiùs, aliis duriùs exagitantibus, tum per forum cum ingenti pompa ad hoc balneum deducebatur, binis omnibus æquo ſpatio diſtinctis ante eum incedentibus, cúmque propiùs acceſſiſſent ſublato clamore horrendo ad terrendum adoleſcentem fores pulſabant, cumque introductum in ſodalem habebant, illique pallio licebat vti, tum præmia dabat illis à quibus pallium acceperat. 28

Sunt & alij ludi perplures, qui & hodie à pueris, atque diuerſis in regionibus vſurpantur, qui nihil habent reconditæ eruditionis, aut antiquitatis, & facilè intelliguntur, de eorumque honeſtate iudicatur : quare prætereuntur à nobis magno compendio, ne in vulgaribus ad alia maiora properantes ineptè immoremur.

ARTICVLVS VIII.

De ludo per ſortes, ſiue de contractu ſortiario, vel ſortium.

Quid & quotuplex ſit ſors. 1.
Vniuerſalis regula de ſorte diuiſoria. 2.
Non eſt in ſe mala. 3.
Conſequentia. 4. 5.
Prohibetur in electionibus Eccleſiaſticis. 6.
Redditur mala ex adiunctis. 7.
De ludo lotheria. 8.
Quid poßint ſortientes in ludo. 9.

SOrtes mittuntur vel ad aliquid faciendum, tranſferendum v.g. dominium rei alicuius, de qua plures ſortiuntur, conferendum aliquod beneficium, vel officium, comparandum aliquod lucrum, & alia ſimilia : vel iaciuntur ad aliquod occultum cognoſcendum, vel manifeſtandum, quiſnam v.g. rem ſubtraxerit, quidnam de re quapiam futurum ſit; an fœliciter nauis appellet, an Titius futurus ſit Conſul, & infinita alia nobis occulta & ignota, quæ ſortitione inquiruntur aliquando. Sic Ioſue *cap.*7. ſortem miſit vt reum criminis agnoſceret, deprehenditque Achamum; & Ionathas. 1. *Reg.*14. ſorte deprehenſus eſt contra Regis patris 1

edictum quidpiam comedisse, & Ionas fugiens in Tharsis à facie Domini, cognitus est esse causa diuinitùs excitatæ tempestatis. Priores illæ sortes dicuntur diuisoriæ, quia illis aliquid de quo inter plures est contentio, diuiditur; quæ sortes diuersæ sunt pro varietate rerum, de quibus fit sortitio, vt electoriæ quæ ad electionem faciendam pertinent, lusoriæ quæ in omni ludo pendente à fortuna reperiuntur, & denique quæ tetento nomine communi dicuntur diuisoriæ, in quibus de re aliqua partienda agitur. Sortes verò quæ ad aliquid occultum cognoscendum, vel manifestandum mittuntur, consultoriæ dicuntur; omnis siquidem inquisitio veritatis occultæ consultatio quædam est, & omnis illius præcognitio, vel prædictio, diuinatio quoque dicitur communi loquendi modo; in eo tamen vsus obtinuit, vt diuinatio sumeretur in malam partem. Inde factum vt sortes quibus occulti alicuius cognitio inquiritur tacitè vel expressè à dæmone, dicantur diuinatoriæ: quibus autem ipse Deus consulitur, nominentur consultoriæ: atque ita habemus triplicem illam communem diuisionem sortium in diuisorias, consultorias, & diuinatorias, de qua re Sanct. Thom. 1. 2. *quæst. 95. artic.*8. quæ tamen sortium diuisio minùs accurata videtur, cùm duo posteriora membra ad vnum idemque referri debeant, & sors consultoria, atque diuinatoria non differant, cùm vtraque sit veritatis occultæ per sortes inquisitio: quare Suar. *tractat. 3. de relig. libro secundo cap.* 12. bimembrem tantùm facit hanc diuisionem in sortes diuisorias, & consultorias, siue Deus, siue Dæmon per illas consulatur de re occulta. Diuersa porrò sunt hæc duo membra, & inter se opposita; quia in vno interuenit vera ratio contractus; nempe in sorte diuisoria, non verò in sorte consultoria, & diuinatoria. Cùm enim sors omnis diuisoria mittatur ad aliquem effectum per eam faciendum, diuidendam v. g. hæreditatem, & suam cuique partem tribuendam, eligendum ad aliquod officium, quod plures ambiunt, & sibi deberi contendunt, aut sibi postulant referendum, quod in ludo depositum est victori comparandum, & hi omnes similesque alij effectus, morales dumtaxat sint, neque per vim aliquam physicam præstentur à sorte, vel sortitione, non possunt oriri nisi ex aliquo pacto conuento inter eos quorum in vnum aliquem eiusmodi effectum consentire conueniteque necesse est: v. g. diuidenda est hæreditas inter plures, & sua cuique pars assignanda, quæ cùm aliquando ad æqualitatem iuris cuiusque difficillimè fieri possit, tota diuisio committitur sorti, vt quisque eam sibi portionem habeat, retineatve, quam illi sors, & quodammodo fortuna obtulerit, eaque contentus omninò existat, neque de cæteris negotium facere possit aliis compartientibus. Hæc partis illius vni certo contributio pendet ab eius aliorumque omnium, qui de hæreditatis diuisione certabant, pacto ac voluntate. Conuenerunt enim singuli vt partes singulæ hæreditatis fierent illorum, quibus singulæ sorte aduenissent. Itaque singuli consenserunt vt pars A. fieret Titij, si illam sortiretur, quæ voluntas & conuentio fuit quidem conditionata dumtaxat, initio pendens à futuro euentu sortis, sed posita sorte, atque adeò impleta conditione transit omninò in absolutam, vt constat ex *libro tertio*: quod enim conditio pendeat ex incerto aliquo nihil omninò refert; immò illo loco ostendimus veram & propriè dictam conditionem esse de futuro, eoque incerto ac contingenti, non autem necessario. At verò in sortibus consultoriis & diuinatoriis nulla ratio contractus includitur, aut necessario supponitur, cùm in illis inquiratur dumtaxat occulta veritas, & non causent vllum alium effectum moralem, vti contingit in sorte diuisoria. Quare de hac solùm agendum nobis hoc loco est, ne contractum sortiatium omisisse videamur, & quia in istis contractibus sortiatiis vnus nominatissimus est lusorius, qui sorte duntaxat perficitur, illum in disputatione de contractu ludi non potuimus omittere; de consultoriis autem sortibus & diuinatoriis alio loco disputandum est cum Theologis, vbi de superstitione.

Igitur circa sortes diuisorias & contractum in illis contentum trado hanc vniuersalem regulam.

4 Sortes diuisoriæ in quibus supponitur aliquis contractus, & consensus in euentum sortis & effectum ex illo euentu pendentem, faciendumve, non sunt malæ & illicitæ ex sese, nisi vel lege positiua in certo aliquo casu prohibeantur, vel aliunde vitiosa quapiam circumstantia inficiantur. Hanc vniuersalem assertionem nemo vnus negat, si qui enim secus sentire videantur, id faciunt circa singulares aliquot casus, vti constabit statim.

5 Dixi igitur hanc sortitionem non esse malam; quod probatur primò *ex capite sors*, 26. *quæstion. secunda*, quod sumitur ex Augustin. *In Psal* 30. *conc. secunda*, quamquàm ibi agat de sorte consultoria, quam ex se esse malam negat Augustin. si per eam diuina voluntas exquiratur: quid potiò ea in inquisitione seruandum sit docet Sanct. Thom. 2. 2. *quæst. 95. articul.* 8. & nos alibi dicemus. Si verò Augustin. ne ipsam quidem sortem consultoriam malam esse dixit, multò magis de diuisoria id affirmaret. Secundò quia contractus conditionati pendentes à futura conditione liciti omninò sunt, neque ratione incerti eiusmodi euentus, & fortuiti damnantur, si aliunde non contineant iniustitiam ratione materiæ, aut non prohibeantur. Atqui sors diuisoria est contractus dumtaxat pendens à conditione incerta, & fortuita, de qua & sub qua conuenere sortientes de re aliqua facienda, neque aliunde iniustitiam continet. Ergo licitus est. Tertiò quia hic contractus neque iure naturali illicitus est, vti ostendimus, quandoquidem secludimus omnem iniustitiam inter contrahentes, & omnes exiernas circumstantias maleficas: neque iure humano, quod illo vti permittit, nisi in quibusdam casibus, quos propter graues rationes excipit, non propter intrinsecam ipsorum malitiam: neque denique iure diuino, quod & aliquando permittit, iubetque vti sortibus diuisoriis, vt in diuisione Palæstinę per Iosue facienda, & si quando sortes improbat, non nisi de diuinatoriis loquitur, in quibus vana superstitio & idololatriæ species continebatur. At verò in sorte diuisoria neq; dæmonis innocatio, neq; cum eo pactum vllum, neque quæpiam alia superstitio necessariò & per se includitur, neque etiã vlla iniustitia, vti iam monui. Si quid autem in materia, vel modo sortiendi, vel praua intentione peccetur, id non fit necessariò, & ex natura sortis diuisoriæ,

& contractus ad illam præsuppositi, & vi cuius operatur effectum à sortientibus intentum. Quartò confirmatur ex ipso vsu: nam vbi dubitatur qui primi in iure causam dicere debeant, sorte deciditur controuersia *l.* 14. *D. de iudic.* Item vbi de hæreditate & bonis diuidendis agitur *l.* 2. *C. quando & quib. quarta pars*: in optione rei pluribus relictæ *l.* 3. *C. communia de legat.* & in aliis similibus sortitionem permittunt iura. Eadem Romani sortitione in iudicibus deligendis, prouinciisque sortiendis vtebantur, vt videbis apud Sigoni. *lib.* 2. *de iudicib. cap.* 12. quod acceperant ab Atheniensibus, qui in Areopago Iudices coniectis in vrnam variis litteris sortiebantur; quod idem Ligoni. *lib.* 3. *de Republ. Atheniens.* ostendit ex Lucian. Demosthene, & Scholiaste Aristophanis. Idem & Siculi imitati sunt, vt colligit Plutarch. in apophtegmat. cùm de augurio quod ex littera M. ipsi obtingente ceperat Dyonisius, agit

4 Atque ex his deducit plurima cum communiori sententia Sanchez *lib.* 2. *in Decalog. capite* 38. *à numero* 88. Primò quidem eam diuisoriam sortem in electionibus ad officia sæcularia licitam esse; quia ea non prohibetur, nisi in electionibus Ecclesiasticis, vti dicemus statim. Itaque docet S. Thom. 2. 2. *quæst.* 95. *artic.* 8. & Iuristæ, Summistæ, ac Theologi passim; quia in hac sortitione præsupponitur consensus, & conuentio omnium qui ius aliquod ad ea officia habent, aut qui illa ambiunt: singuli enim cedunt suo iure in gratiam illius, cui fœlix sors obuenerit: debet tamen sors mitti eo casu inter personas illo munere dignas, alioquin peccaretur contra iustitiam distributiuam: nam sors cadere posset in indignum cum magno republicæ damno; quod iidem DD. tradunt apud Sanchez *ibid. numero* 67. Immò si inter indignos fieret sortitio, committeretur peccatum mortale, vt docet Nauar. *capite* 11. *numero* 39. si inter magis & minus dignos, eadem esset culpa, atque si præterito digniore minus dignus eligeretur, qualis autem ea futura sit, disquirendum alibi erit.

Secundò quoties tempore pestis, belli aut persecutionis dubium erit quinam parochi, religiosi, aliique debeant in aliquo loco manere vt cæteris subueniant, licebit rem committere sorti, sicut & in medicis aliisque ministris, qui eo tempore laboranti reipublicæ, atque pauperibus succurrant. Idem & de sacerdotibus mittendis in Indiam ad iuuandas animas; ac demùm cuinam è pluribus pauperibus eleemosyna, quæ diuidi nequit, conferenda, sit. Quæ omnia Sanch. *numero* 59. Baldel. *loc. cit.* & alij passim ab Ipsis adducti concedunt, quorum illa vna ratio est, quia consentiunt omnes de quibus tunc agitur in rem de qua fit sortitio, illique ipsam committunt, aut committere tenentur, cùm res aliter decidi sine turbis & rixis nequeat; & qui singulos ad illa opera destinare pro sua potestate posset, si totam rem componendam eo modo faciliùs iudicet, poterit imperare vt rem sorti permittant, ad quam sine sortitione, vt dixi cogere pro suo iure poterat. Nullam igitur ipsis facit iniuriam, & seruat æqualitatem inter ipsos: quare non apparet vnde ille contractus siue conuentio in sortitionem appareat aut illicitus, aut malus.

5 Tertiò inter plures reos eadem pœnâ puniendos, qui tamen graues ob causas, aut propter multitudinem puniri simul omnes non possunt, sortes iacere licebit, eaque ratione litem dirimere; quia in ea sortitione nulli fit iniuria. Cùm enim omnium par sit culpa, eamdemque pœnam subire debeant, id enim hoc loco sapienter postulat Delrio *lib.* 4. *disq. cap.* 4. *qu.* 1. non possunt conqueri illi, qui ex infœlici sorte damnabuntur, neque alij quibus iactus fœlicior extitit, & quibus condonatur pœna.

In hoc tamen casu si non constaret de persona quæ crimen admisit, ex multis qui eius insimulantur, nefas foret rem sorte dirimere; quia illa sors non esset diuisoria, sed diuinatoria: per eam siquidem inquireretur manifestatio veritatis occultæ, quæ superstitionem includit, nisi diuino iussu fiat. Deinde periculum esset ne innocens rei loco puniretur; quare probatio sortium neque legitima, neque iuridica est, vti ostendit *ibidem* Delrio, & nos alibi, vbi de probationibus: quæ sortitio si quando in veteri lege fuerit vsurpata diuino quodam aut iussu, aut instinctu fuit vsurpata, vt in Iosue *capite* 7. quod Suar. *tractat.* 3. *de religion. libro* 2. *capite* 12. & alij sapienter obseruant. Et sanè non existimarim in iudiciis, vbi dubium est facti vel iuris, posse Iudicem sortibus litem dirimere, quia exponit se periculo damnandi innocentem, & contra iustitiam iudicandi. Verùm hac de controuersia adi glossam & scribentes *in capite licèt causam, vers. vti possidebis, de probationibus*: & *in capit. in nostra, vers. aduersa, de testibus*, atque Doctores quos signat Sanch. *capit.* 38. *citat. n.* 63.

Quartò ingruente tempestate, si necessariò subleuanda sit nauis, licebit sortiri de mercibus proiiciendis in mare, atque etiam de ipsis hominibus, si fuerit opus. Ita Delrio *loc. cit.* Sanch. *numero* 62. Bonac. *in* 1. *præc. Decalogi, disp.* 3. *quæst.* 5. *punct.* 3. *numer.* 13. Layman. *libro* 4. *tractat.* 10. *cap.* 3. *numer.* 8. Baldell. *libro* 4. *Theolog. moral. disput.* 6. *numer.* 5. qui etiam addunt vectoribus non consentientibus in eiusmodi nauis exonerationem, & mercium, aut etiam personarum proiectionem in mare, posse nihilominus nauarchum sortiri. Imò si qui sortitionem impedire conentur, poterunt ab aliis vi repelli, & in mare deiici, iniustè enim vim inferunt, & bonum commune totius atque aliorum impediunt: qui autem consentiunt sortitioni, non propterea iniustè in propriam mortem consentiunt, sed in subsidium, quod eo casu naui ipsisque conferri potest per exonerationem. Quæ omnia disertè explicat Maior *in* 4. *distinct.* 15. *quæst.* 22. §. 4. *dubitatur.* Adde quod tibi liceat aliquando cedere subsidium quod habere posses euitandi periculum; in naufragio v. g. licet tibi cedere alteri tabulam, quam prehenderas, vt saluetur, & in periculo luctandi cum fluctibus remanere, maximè si illum alium & digniorem, & Reipublicæ magis necessarium existimas. Quidni etiam licebit tibi cedere nauim, vt alij plures saluentur, & exponere te periculo demersionis, si sors quam iaci pateris tibi infœliciter cadat. Hos omnes & similes casus dabunt Azor 1. *parte libro* 9. *capite* 21. *quæst. vn.* Lessi. *lib.* 2. *cap.* 43. *dub.* 9. Ferdinand. à Castro Palao *tract.* 17. *disp.* 1. *punct.* 6. præter alios nuper citatus.

6 Dixi secundò in assertione vniuersali contractum sortium, siue sortes diuisorias aliquando iure positiuo prohiberi, & illicitas reddi. Sic. *cap. Ecclesia, de sortilegiis.*, Honor. III. sortis vsum in electionibus perpetua prohibitione damnat, quæ prohibitio vniuersalis non est, sed restringenda ad electiones Ecclesiasticas, de quibus ibi agebat Honorius, neque ad electiones ciuiles & sæculares extendenda, tum ex ipsius Honorij mente, tum ex subiecta materia. Improbat enim electionem Episcopi Lucani, quia Capitulum elegerat sorte compromissarium cui tribuerat potestatem eligendi, & asciscendi sibi alios duos socios, vt illi tres nominarent, quem vellent in Episcopum. Cùm igitur de sola materia electionis Ecclesiasticæ agat Pontifex, illam solam improbare intelligendus est, quod ipsa quoque verba, & ratio quam adducit indicant; ait enim *Reprehensione dignum esse quod sors in talibus interueniat*, id est in iis quæ ad Ecclesiasticas dignitates pertinent; qua ratione capienda quoque sunt vltima verba, quibus vsum sortis in electionibus damnat, licèt enim vniuersaliora videantur, per subiectam tamen materiam, & ex prioribus verbis explicanda restringendaque sunt. Fauet ipsa praxis: nam circa ciuilia negotia quotidie adhiberi sortes nuper ostendebamus, atque ita de mente Pontificis censent Sanct. Thom. 2.2. *quæst.* 95. *articulo* 8. & *ibid.* Caietan. Sanchez, Suar. Delrio, Baldell. Bonacin. Ferdinand. & cæteri nuper à nobis laudati. Neque diffiteor posse quoque prohiberi sortitionem circa electiones ciuiles, ne ad munia eligatur aliquando indignus, quod æquè cauendum est Reipublicæ, atque ipsi Ecclesiæ. Nego tamen eam prohibitionem hactenus factam fuisse, neque enim omnia, quæ sapienter constitui potuerunt, sunt reipsa constituta.

Hæc porrò prohibitio sortitionis facta ab Honorio in electionibus Ecclesiasticis, vniuersalis est, vt dixi, in hac materia, & extenditur ad omnem electionem, per quam vel iurisdictio etiam ad vnum actum, vtius eligendi, aut nominandi, vel Ecclesiastica dignitas, aut officium, vel beneficium, vel administratio Ecclesiastica confertur, vt ait Suar. *capite* 12. *citat. numero* 5. ex communi DD. quia prohibitio fit absolutè, nullaque adhibita aut insinuata restrictione, & indefinita loquutio æquiualet vniuersali, quoties per eam regula generalis constituitur, vti contingit quoque in Doctrinalibus, quod verius est in lege prohibente, includit siquidem negationem quæ malignantis est naturæ, & omnia tollit, & vt loquuntur vim habet distribuendi. Deinde agit Pontifex speciatim de electione compromissarij per sortitionem, quæ sine dubio minima est inter omnes electiones Ecclesiasticas. Denique ratio propter quam hæc sortitio in compromissario eligendo damnatur, alia non est, quàm quia per illam confertur compromissario potestas eligendi ad beneficium. Ergo potiori iure prohibebitur sortitio in ipsamet electione ad ipsum beneficium, aut officium Ecclesiasticum, & ad omnem iurisdictionem, atque administrationem Ecclesiasticam, propter periculum ne illi aliquando admoueatur indignus.

Quia verò Pontifex dixit reprehensione dignum esse sortis vsum in talibus, idest Ecclesiasticis electionibus, existimant aliqui prohibitas esse sortes in hoc casu, ipso etiam naturali iure, & non positiuo dumtaxat, ac pontificio, quod tamen nos contendebamus nuper; quia nullus actus est reprehensione dignus, nisi violet aliquod ius, vel naturale, vel positiuum, vel vtrumque. Atqui nullum affertur ius positiuum prohibens hanc sortitionem antiquius lege Honorij; illud igitur non violauit Capitulum Lucanum, neque ea ex parte reprehensione dignum fuit, quod tamen affirmat Pontifex: quod enim aliqui obiiciunt peccatum fuisse contra formam *capit. quia propter, de election.* quod præscribit varias eligendi formas, in quibus sortitio non numeratur, facilè refellitur, quia caput illud non agit de omni electione, sed solùm Episcoporum, & aliorum Prælatorum habentium iurisdictionem Ecclesiasticam ad causas ciuiles, vel criminales. Quare omnis alia electio, v. g. compromissarij, quæ aliis modis quàm *in illo capite, quia propter*, præscriptis fiet, etiam per sortitionem, non pugnabit cum ea lege. Restat itaque vt quandoquidem vsus sortium in electionibus Ecclesiasticis ante Honorij legem *in cap. Ecclesia*, non est contra ius vllum positiuum, quod afferri queat, non possit etiam esse reprehensione dignus, nisi quia pugnat cum iure naturali.

Respond. hoc Capitulum Lucanum inuexisse nouum vsum eligendi compromissarij, tametsi nondum prohibitum, idcóque fuisse reprehensione dignum; eius enim non erat nouas formas in eligendo Episcopo vsurpare; licèt enim sortitio in ea electione nondum fuisset prohibita, non fuerat tamen vsurpata, atque adeò reprehendi iure poterant, qui ipsam nouo more & iure sua priuata authoritate in Ecclesiam inuehebant, aliis solitis & præscriptis modis relictis, quod fecerat Lucanum Capitulum: licèt enim sortitione non elegisset immediatè Episcopum suum, elegerat tamen compromissarium, qui vnà cum aliis compromissariis à se nominatis ipsum eligeret: quare tota electio Episcopi ad sortitionem reducebatur, quod & inusitatum erat, & proinde reprehensione dignum.

Inde porrò colligit Panormit. *in capite Ecclesia, numero* 5. eiusmodi compromissarij electionem, & multò magis Prælati, sortitione factam, non modò illicitam ac reprehensione dignam fuisse, sed etiam nullam, quia facta fuerat contra formam præscriptam *capite quia propter*; quod verius erit hodie, fiet enim contra legem Honorij prohibentem eiusmodi electionem.

Respond. tamen cum Suar. *capite* 12. *citato, numero* 9. Sanchez *libro* 2. *capite* 38. *numero* 83. & aliis, qui nuper ipsis adhæserunt, validam fuisse eam compromissarij electionem, quam Honorius reprehendit quidem, sed tamen confirmat, neque irritat, vt poterat, ac proinde validam supponit, quia vt iam diximus *caput quia propter*, irritans electionem aliter quàm secundùm formam ibi præscriptam, agit de sola electione Episcoporum & Prælatorum, quorum morte Ecclesia viduata dicitur: quare si electio huiusmodi Prælatorum hodie sortibus fieret, nulla esset propter *caput quia propter*, illam irritans. Electio verò omnium aliarum dignitatum, beneficiorum & officiorum, quibus iurisdictio, vel administratio Ecclesiastica confertur, illicita esset, & non irrita, quia per *caput quia propter*. non irritatur, cùm de illa non agat, vt dixi: per legem ve-

rò

rò Honorij prohibetur, quidem, sed non annullatur, cùm in illa nullum sit verbum irritans, & potiùs validam ipsam supponat eam confirmando, vti initio argumentabamur.

Quæri tamen potest an hæc prohibitio tam vniuersalis sit, vt nullo casu sors locum habere possit in Ecclesiastica electione: v. g. duo æqualibus suffragiis ad prælaturam electi sunt, neque potest controuersia dirimi, cur non committetur sorti? cùm vterque consentiat, neque periculum existat eligendi indignum, cùm vterque dignus iudicatus sit. Imò non fiat sortitio ad electionem, sed ad illius dumtaxat determinationem: & demum ita seruatur in quibusdam piis concessibus, in quibus experiuntur forte quisnam officio debeat exire, aut illud retinere: quare ita fieri licitè posse censuit glossa *in summa 26. qu. 2. verb. sors.* Negant tamen Suar. *cap. 12. cit. numer.* 7. Ferdinand. à Castro *punct. 6. citato numer. 6.* Sanch. *lib. 2. in Decalog. capit. 38. citato numer.* 74. qui & plures iuris interpretes allegat. Ratio manifesta est, quia cùm nondum existat electio, quamdiu eligentium vota sunt æqualia, si diremptio illius æqualitatis committatur sorti, reuerà fiet electio per sortem, quod tamen prohibetur. Imò dici nequit vtrumque hunc candidatum indicatum fuisse dignum à Capitulo, sed quemque à media parte Capituli, quod non censetur, neque dicitur agere nisi maior pars agat, vel loquatur. Neque deest remedium facile definiendæ controuersiæ in casu proposito, poterit enim superior præscribere tempus electoribus intra quod conueniant de aliquo eligendo, quod si non fecerint, elapso definito tempore ad ipsum deuoluetur electio, quod affirmat Glossa *in cap. penult. vers. teneantur, de rescript. in 6.* Neque etiam plures eligi possunt à Capitulo, vt deinde sortiantur quis ipsorum fungatur officio, quia sic reuerà electio sorte fieret, quid verò fiat in quibusdam piis cætibus non moror, nam vel ipsi obtinuerunt dispensationem à lege Honorij *in cap. Ecclesia*, vel non satis ad illam attenderunt, & longo vsu aduersùs eam præscripserunt.

Obseruo nihilominus cum allatis DD. Suar. Sanch. Ferdinand. Baldell. & aliis, hanc legem Honorij non extendi ad lites Ecclesiasticas circa beneficia, aliasve similes materias, quæ poterunt dirimi sorte, si alia commodior appareat ratio, quia lex Honorij de solis electionibus loquitur, quæ non fiunt quando lis de illa, sorte dirimitur, neque is cui illa obuenit, capit beneficium vi sortis, sed prioris electionis, cuius dumtaxat impedimentum à collitigante positum tollitur per sortitionem, & ius antea dubium, & incertum firmatur, ac declaratur tum cessione aduersarij, tum iudicis authoritate, vt statim dicam. Illa igitur aduersarij cessio, electio dici nequit, & qui ex infælici sua sorte cedit iuri quod in beneficium sibi vindicabat, non eligit aduersarium ad beneficium, sed illum dumtaxat desinit impedire & vexare. Sapienter nihilominus iidem DD. obseruant hanc sortionem non posse fieri sola & priuata collitigantium authoritate, esset enim pactum quo pararetur via ad beneficium, quod damnatur *capite fin. de pactis*, & *capite quàm pio* 1. *qu.* 1. ingeritque suspicionem simoniæ. Debet igitur ista sortitio fieri Iudicis Ecclesiastici authoritate, quæ litem hac ratione dirimi iubeat. Neque enim cui fortunata sors cedet, beneficium accipere potest ex iure à collitigante in ipsum translato; sed ex iure, quod illi confert iudex posita alterius cessione.

Dixi tertiò in nostra regula vniuersali, sortem diuisoriam quamuis ex sese indifferentem, reddi tamen vitiosam ex quibusdam adiunctis, quæ idcircò in sortitione & in contractu sortium attendenda erunt: has circumstantias, & adiuncta colliguot passim laudati DD. locis allatis ex S. Thom. 2. 2. *qu.* 95. *art.* 8. suntque praua in primis intentio, si v. g. speres sortem fœliciter euenturam ab astris, quæ cùm nullum effectum habere possint in sortem, non nisi per vanam superstitionem, aut magiam ab illis sperari possunt illi euentus, & à dæmone expectantur. Quod verius est si expressè à dæmone expectes, vel ex pacto & promissione, vel ex eius inuocatione, eritque graue peccatum, vt vides. Quod si spectes à fortuna, non vt vago quodam & inconstanti numine, sed vt diuinæ prouidentiæ subiecto, nullaque sit ratio aut necessitas ita sperandi, erit culpa venialis, cùm non videatur satis rationi consentaneum, hominem ita se subiicere fortunæ; si verò adsit honesta aliqua causa, vt recreatio, honestum lucrum, & cæteræ similes, omni culpa vacabit eiusmodi sortitio. Secundò si sortiaris de re aliena, & de qua disponere nequis, committes iniustitiam. Tertiò idem continget si sors mittatur ad officia inter dignos & indignos, nam fit iniuria dignis, debent itaque omnes esse æquè digni, aut si aliqui digniores existant, videndum erit an illis omissis possint illa officia conferri minùs dignis sine culpa, quod nuper monuisse me memini. Quartò vitandæ sunt fraudes in ipsamet sortitione, & modo quo fit. Itaque teneberis ad restitutionem eius quod sic tibi comparaueris, cùm in eo contractu defuerit æqualitas. Quare si sortem dæmonis ope tuleris, ad id quod ea ratione acquisiuisti reddendum te obligat Sanch. *capit.* 38. *cit. numer.* 66. Quintò denique quoties sacris paginis, vt Euangeliis, aut aliis rebus sacris in sortibus mittendis abuteris, damnant quidem propter irreuerentiam Sanch. Delrio, Bonac. Ferdinand. Baldell. sed leuioris tantùm culpæ arguunt, si non sit grauis aliqua irreuerentia, vel superstitio notabilis. Atque hactenus de sorte diuisoria, quatenus quidam contractus est, cùm contineat plurium consensum in euentum, & effectum quem volunt à sortitione pendere; nunc de sortitionis ludo dicendum est.

Aio itaque ludum sortium ex sese licitum esse, cum Layman. *libro* 4. *tract.* 10. *capit.* 3. *numer.* 8. nam contractus, & consensus pendentes à conditione incerta, & planè casuali liciti per se sunt, vti diximus aliàs, plurimaque negotia humana ancipiti fortunæ licitè committuntur, vt ait Sot. *libro 4. de iustit. qu.* 5. *artic.* 2. neque improbantur contractus qui habent pro obiecto pecunias fortunæ expositas, si aliunde vitiosi non existant, & iniqui, quod aduertit Solon. *in* 2. 2. *qu.* 5. *de dominio, art.* 6. Denique omnia commercia, in quibus sors, casus, & fortuna dominantur nemo dixerit esse prohibita, cùm ferè nequeat aliter contingere, & aliàs ostendimus in contractibus conditionatis conditione merè casuali. Atqui ludus sortium est huiusmodi, nisi igitur aliquo peculiari iure prohibeatur, vt ludus aleæ, licitus omninò erit seclusis circumstantiis maleficis, quibus sicuti & cæteri ludi vitiari potest. Quæ omnia

confirmantur ex iis quæ nuper de alea disputauimus, *art.6.* Si quæ igitur excitetur difficultas, erit de ludis particularibus, in quibus sortitio locum habet; quæ ex ipsorum natura facilè dirimi potest.

8 Communis tamen, nobilisque controuersia est circa ludum, quem Itali Gallique *lotum*, *& lotkeriam* nominant, siue Itali à Gallis, siue isti ab illis hoc nomen sumpserint. Nam veteri sermone Gallico *lot* significat portionem rei diuisibilis, quæ alicui contingit; quia verò in hoc ludo deponuntur plurimæ res, de quibus singuli sortiuntur, vocatur ludus *loti*, *& lotheria*, Galli quoque nominant *le icu de la blanque*, quia ea præmiorum, vti appellant, sortitio, fit extractis ex arca tabellis aut syngraphis, pleræque autem ex his tabellis sunt puræ & albæ, siue inanes & vacuæ, nulloque præmio inscriptæ. Fit porrò hic ludus & sortitio dum quis rem vnam aliquam, vel plures statuto certo pretio exponit sortiendam, & cui continget sors eam sibi comparabit: quisquis autem sortiri vult symbolam præscriptam confert, vt ipsi sortiri liceat: sortitio verò fit tabellis, vel singraphis, quæ in vrnam, siue arcam, siue ollam, vnde quidam ludum ollæ vocant, coniiciuntur certo quodam numero, quorum aliquæ sunt inanes, puræ, vacuæ, & frustratoriæ, cùm nullum præmium aut rem scriptam sortiendam habeant, aliæ verò sunt notatæ aliqua re exposita, & dicuntur, vt ait Scaccia *boneficiata*. Qui vnam aut plures schedas extrahere & ducere vult, certam pecuniæ summam dat pro singulis, & quam sortitur rem, sibi comparat. Si verò inanem, ducat schedam, nihil accipit, sed sua spe frustratur. Tamdiu autem manet exposita sortitio donec omnes schedæ & tabellæ ductæ sint, & tunc cuique tribuitur res, siue vt vulgò loquuntur præmium, quod cuique sorte obuenit. Aliquando tamen, maximè dum priuatim fit lotheria, statim atque extrahitur tabella, datur præmium per ipsam designatum, quod vix fit quando publicè instituitur, nisi omnibus tabellis ductis; quando enim lotheria instituitur publicè, opus in primis est Principis authoritate & consensu. Designantur deinde ministri, & officiati, qui adsistant sortitioni, tum in syngraphis scribendis, tum in illis extrahendis, tum ne quid doli aut fraudis committatur. Quæritur itaque an hic lotheriæ ludus, siue publicè fiat, siue priuatim, licitus sit, Contadus enim *de contractibus q.71. conc.12.* prohibitum esse existimat, si fiat maximè spe solius lucri, eo modo quo prohibetur ludus aleæ. Verùm neque omnis fortunæ ludus, vti loquuntur, ex natura sua illicitus est, neque lege prohibetur, quod nuper ostendimus. Immò ne ipsa quidem alea semper damnatur à lege, quæ illam permittit in re modica, & causa conuiuij *l quod in conuiuio, D. de aleatorib.* præterquàm quod sunt & aliæ rationes, ob quas lusus aleæ prohibetur; quàm quòd pendeat à sorte & fortuna, vti diximus *art.5.* Cæteri itaque DD. hunc lotheriæ ludum passim probant, licèt omnes non eodem nomine designent. Delrio *lib. 4. disq. magic. cap.4. quæst.2.* Soto *lib.4. de iustit. quæst.5. art.2. conc.5.* Molin. *tract.2. disput.509.* Troilus Malu. *tractat. de sortib. part.3. numer.5. & tom.2. part.1.* quem adducit & sequitur Scaccia *de commer. §.1. quæst.1. numer.110.* Sa *verb. venditio, numer.15.* Garcias *lib.2. de contractib. cap.44.* Alcozet *de ludo cap.49.* Lopes. *lib.2. de contract. capit.15.* vbi ferè Garciam exscribit, Bonac. *de contractib. disput.3. quæst.2. punct.2. n.26.* Filliuc. *tract.37. capit.3. numer.42.* Sanch. *libro 1. consil. cap.8. dub.36.* Delugo *de iustitia disput.31. sect.6. n.91.* Diana *1. part. tract.8. resol.81.* Baldell. *lib.4. Theol. moral. disp.6. numer.24.* & alij. Ratio perspicua est, quia nullo iure prohibetur hic ludus: non positiuè quidem, cùm nulla lex siue Canonica, siue Ciuilis proferatur in hanc rem. Posset quidem Princeps prohibere ne eiusmodi sortes sine sua facultate mittantur, & sic instituatur publicè ludus hic. Et sanè hanc facultatem vulgò requirunt, cùm ministris & officialibus ad hæc indigeant, vt diximus, non tamen vt priuatim instituatur hic ludus, & vt validus sit, necessaria est illa Principis licentia, vti optimè dixit Alcozet contra Garciam. Non prohibetur etiam iure naturali, alioquin non posset permitti à Principe. Deinde quia nullam ex natura sua continet iniustitiam, cùm reuera aliud non sit quàm sortis diuisoriæ contractus vnà cum venditione; qui contractus ex sua natura validi & liciti sunt. Dixi esse venditionem veram & implicitam ratione eius, qui res & merces suas deponit, & sorti exponit, pro certa enim summa, quæ æquiualet pretio suarum mercium illas vendit omnibus, qui simul suis symbolis conficiant eiusmodi summam & pretium: v.g. exponit sorti equum, aut gemmas, aut alia eiusmodi, quorum omnium iustum pretium est mille aureorum, quod pretium à centum sortientibus quibus vendit constabitur, singuli enim conferunt decem aureos: quare nullam iniustitiam committit hic venditor, cùm rem æquo pretio distrahat. Quia verò omni venditioni correspondet emptio, & hic sunt plures emptores, illi inter se conueniunt, & contractum sortis diuisoriæ celebrant, vt cui sors fauerit, ille pro suis decem aureis equum, gemmam, aliamve mercem sibi habeat, quamuis maioris multò valoris sit: cæteri verò quibus sors infœlix ceciderit, & qui inutilem ac vacuam, siue frustratoriam tabulam duxerint, dispendium ferant singuli suæ symbolæ, quare optimè notat Garcias æquiualere hunc contractum emptionis illi, quo omnes isti sortientes inita societate simul res sorti exponendas emissent, & post emptionem conuenissent de sorte diuisoria iacienda, quid cuique rerum illarum obtingeret, quod licitum fore nemo negaret. Cùm igitur ad iustitiam contractus venditionis, & emptionis requiratur dumtaxat, vt pretium non excedat valorem mercis, & hoc contingat hoc loco, non erit inde iniustitia petenda, quæ etiam fingi non potest ratione ementium ista sortitione; quia licèt vnus pro vili pretio rem magni valoris obtineat, alter verò nihil habeat, licèt æquale, aut etiam maius pretium dederit, si plures tabulas vacuas extraxit, vterique tamen subiiciebantur æqualiter sorti, & fortunæ lucri & amissionis, & volentes sese huic fortunæ cõmiserunt. Quare neutri facta fuit iniuria, neque de quoquam iure queri potest cui non fauit sors, quàm de seipso qui imprudenter, & temerariò sese illi subiecerit, quamquàm neque damnandus videtur imprudentiæ, qui vt pretiosum quidpiam sibi compararet, exposuerit se periculo viliùs quidpiam amittendi.

Vides igitur dominos mercis, & rerum expositarum, siue venditores, iustè suarum rerum pretium accipere, sicut si illas alio quopiam contractu iusto pretio distraherent, atque lucrum prouenienś captarét. Iam enim ostendimus esse hoc loco cõtractum venditionis cum sortientibus. Cur igitur exponens non accipiet iustum atque etiam summũ

suarum

suarum mercium valorem. Si verò supra illud summum pretium accipiat, peccabit contra iustitiam, & restituere tenebitur, vt patet. Cauendæ porrò sunt fraudes, ne videlicet venditor sortitionem moretur vbi omnes symbolæ collatæ sunt, ne merces vel muret, vel diminuat, ne dum omnium sortitio simul facienda est, aliquas prius sortiri faciat; sed seruetur ordo præscriptus etiam inter ipsos sortientes, neque fiat vlla collusio. De hoc ordine Delrio q. 2. cit.

9 Quod attinet ad sortientes, qui & ipsi emptores sunt, possunt illi quidquid sors ipsis obtulerit, auferre, quamuis exiguam symbolam contulerint; quia, vti iam monui, omnes in eam conditionem conuenere vt quisque auferat quod sors obtulerit: quare omnes æquali periculo exponuntur; nam qui multas contulerit symbolas, vt multis frustrari potest, sic & multis lucrari poterit: qui paucas paucis & lucrari, & iacturam facere. Seponimus etiam fraudes hoc loco, ne sortientes colludant cum educentibus, & legentibus tabulas: quod si quidpiam per eiusmodi fraudes acquisierint, restituendum erit non venditori & domino mercis, sed aliis consortientibus qui emerant dubium euentum; quare vel res ipsa, si extet, vel eius pretium erit subiiciendum denuò sortitioni, à qua non videtur remouendus ipsemet fraudator, quia licèt non fuisset habiturus sortem illam si fraudem non adhibuisset, fieri tamen potuit vt æquè bona sors ipsi obtigisset, & nulla lex illum priuat iterata sortitione, aut alia pœna afficit, quàm illa quam ius iustitiæ naturalis imponit, exponendi iterum sortitioni rem ablatam, vt damnum & iniuriam consortientibus factam reparet.

Quia verò in sortitione publica, pluribus ministris diximus opus esse, qui & alendi sunt, & sua merentur stipendia, vulgóque receptum est, vt has aliasque expensas sortitioni faciendæ necessarias venditor, sine dominus loti suppeditet, solet augeri pretium mercium, & rerum sortitinni expositarum supra valorem communem; vt his omnibus expensis sufficiat quod æquum est, modò fraudes caueantur. Quod idem dicendum est quando partem aliquam pretii Princeps detrahi iubet ad causas pias, aut subleuandam necessitatem reipublicæ, quod posse fieri docent DD. cùm neque venditori faciat iniuriam Princeps, neque emptoribus, qui sub ea conditione suas pecunias exponunt, & rem cum illo onere emunt. Vide Delrio & Lopes.

CAPVT X.

De contractu sponsionis.

ART. I. *Quid sit sponsio, & quotuplex.*
II. *An & quando sponsio licita sit.*
III. *Quæstiones Consectariæ.*

HVnc contractum subiicimus contractui ludi propter affinitatem, quam cum illo habet, cùm vterque à futuro euentu, eoque nobis incerto, ac proinde quodammodo à fortuna pendeat: quare à ludo ad sponsiones valere argumentum obseruat Scaccia *de commerc.* §. 1. *qu.* 1. *num.* 91. qui & addit ludere & spondere esse vnum & idem, faueteque Italum sermonem, qui *giocare*, & *scommettere* promiscuè vsurpant. Ludum speciem sponsionis facit Garc. *lib.* 2. *de contractib. c.* 45. quem sequitur Lopes *de contract. lib.* 2. *cap.* 21.

ARTICVLVS PRIMVS.

Quid & quotuplex sit sponsio.

Sponsionis nomen. 1.
Definitio. 2.
Diuisio. 3.
Sponsio iudicialis. 4.
Quando vsurpata. 5. 6.
Sponsio ludicra. 7.
Sacramentum, & sponsio quomodò differant. 8.

1 PLacet hoc loco verba Varr. *lib.* 5. *de ling. lat.* referre. *Spondere est dicere, spondeo à sponte: nam id valet à voluntate*: quod ex Lucilio, & Terentio ostendit, subditque: *Ab eadem sponte à qua dictum spondere, declinatum spondet, respondet, desponsor, & sponsa, item sic alia: spondet enim qui dicit sua sponte spondeo, sponsor, qui idem vt faciat obligatur, hinc sponsus, consponsus: apud Næuium spondebatur pecunia, aut filia nuptiarum causâ. Appellabatur & pecunia, & quæ desponsa erat, sponsa, quæ pecunia inter se contra sponsum rogata, erat dicta sponsio, cui desponsa erat sponsus, quo die sponsum erat, sponsalis, qui spoponderat, filiam despondisse dicebatur, quod de sponte eius, id est voluntate exierat; non enim si nolebat* (nempe filia) *dabat, sed quod sponsu erat alligatus dabat* (nimirum sponsionem, siue quod sponsioni subiectum erat) *quod tum & Pretorium ius ad legem, & Censorium ad æquum æstimabat: sic despondisse animum quoque dicitur, & despondisse filiam, quod suæ spontis statuerat finem, à qua sponte dicere cum spondere quoque dixerunt, cùm à sponte responderetur, desit ad voluntatem rogantis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, vt non spondet ille statim qui dixit spondeo, si iocandi causâ dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu: ita quisquis dicit in tragœdia; meministine te despondere mihi gnatam tuam? quod sine sponte sua dixit cum eo agi non potest ex sponsu.*

Hactenus Varro, ex quibus colligis sponsionem fuisse voluntariam promissionem, quæ fiebat per sponsus interrogationem, quomodo fiebat stipulatio, quamquàm & ad omnem aliam stipulationem & promissionem ea vox vsurpata fuit *l.* 19. §. *dictum. D. de ædilit. edict.* & *l.* 7. *D. de verbor. signif.* Quia verò hæc sponsio fiebat semper siue in iudiciis & litibus, siue extra illas re quapiam proposita victori in controuersia, de qua certabatur, quam vnus stipulabatur, & alter restipulabatur; quæri iure potest quare nominata potius sit sponsio, quàm stipulatio. Responder Hotman. *in orat. Cicer. pro Quintio*, eum qui sponsione prouocabat alterum, prius spondere, quàm stipulari debuisse, cùm autem spopondisset, tunc stipulari solitum, aduersarium verò etiam ab illo restipulari, vt ille iterum sponderet, & eius sponsio ritè facta conceptaque videretur. Confirmat hanc suam coniecturam *ex* 7. *Verrin.* in qua habetur Verrem voluisse plagis cogere C. Seruilium, cùm ageret nemo, nemo postularet, nemo esset aduersarius, spondere tamé cum

lictore suo vt furtis quæstum faceret.

2 Sponsio itaque definiri potest, certæ pecuniæ, vel alterius rei facta promissio à litem intendente, ni veram causam habeat. Nomine litis significo quamcumque controuersiam & contentionem, siue sit in ordine ad iudicia, siue non, vt qui quidpiam affirmat, & de illa veritate contendit pignore deposito, vt qui vicerit illud ferat. Hinc vulgares illæ voces sponsione contendere, sponsione lacessere, prouocare aduersarium, vincere sponsione, vincere sponsionem. Hoc est quod vincenti in certamine propositum fuit obtinere: quia verò ea sponsio non fit nisi mutuo contendentium consensu, atque olim fiebat per stipulationem, & restipulationem; idcircò malè definitur à Delugo *disp.31.n.73.* & aliis, contractus in quo duo de veritate vel euentu alicuius rei contendentes sibi vicissim aliquid spondent, vt eius fiat qui veritatem fuerit assequutus. Non dissentit Stracca *tract. de sponsionib. 1. part.* Itali nominant *scomese*, Hispani *apuestas*, Azo *in rubric. C. de religios. & sumpt. fun. guadias*, Galli dicunt *gageure*, quasi depositionem pignorum: nam pignus nominamus *gage*. Dici etiam potest conuentio, & promissio, sed conditionalis, pendens videlicet ab aliqua conditione præterita, præsenti, vel futura: nempe si quidpiam sit, fuerit, aut futurum sit, de quo contenditur, estque illa promissio reciproca inter contendentes; si Turca mortuus est vti ego contendo, dabis mihi centum, si verò non sit mortuus, totidem ego præstabo tibi. Et ita in similibus aliis, vt disputat Santern. *tractat. de assecurat. & sponsion.* Neque hodie veterem stipulationis formulam in omni sponsione vsurpari necesse est, satisque fuerit vt conueniant contendentes de certa aliqua re, quæ vincenti in eo certamine danda sit à victo, qui si vicisset, eamdem abstulisset.

3 Tria genera sponsionum facit Stracca *1. part.* Primum cùm depositis apud aliquem pignoribus certatur, quod significatur *l.3. D. de aleatorib.* & *l. pen. D. de alea lusu*: & Macrob. *lib.3. capit.17.* dixit, *Nec moratus sponsione contendit, pignus custodiente Munatio Planco*: & *l.19. §. vlt. D. de præscript. verb.* depositi annuli ex conuentione à victore auferuntur. Docet denique Plin. *lib.33. cap.1.* annulorum pignoribus olim in sponsionibus certatum fuisse. Secundum sponsionis genus numerat Stracca quod fiebat interposita stipulatione, cùm quis certam pecuniam promittebat, nisi ita esset. Titius stipulatus est à Seio, si qua mihi nupserit, decem dotis nomine dare spondes; restipulatur Seius à Titio, si non nupseris decem dare spondes. Cuiusmodi sponsionum, & stipulationum varia exempla passim occurrunt in iure, & aliquot statim afferemus. Tertium genus sponsionis facit idem Stracca cùm ex pacto & interposita stipulatione certatur inæquali conditione & præmio. Si Petrus creetur Cardinalis dabis mihi ducenta, si non creetur dabo tibi centum. Qua ratione se aliquando sponsione certasse fatetur ipse Stracca. Verùm hoc tertium genus non mihi videtur differre à secundo, cùm in vtroque interponatur stipulatio, & inæqualitas illa conditionis, siue præmij victori in ea conuentione præstandi non possit afferre sufficientem diuersitatem ad eiusmodi distinctionem quodammodo specificam inuehendam.

4 Quare malim cum Budęo, Brissonio, & cæteris passim sponsiones in duo genera partiri. Primum erat litigatorum qui sponsionem certę pecuniæ faciebant quæ cederet eius lucro qui iudicio vicisset. Cuius rei causâ mutuæ & reciprocæ stipulationes interponi solebant, & coram recuperatoribus, aut alio iudice à Prætore dato disceptabatur. Erat autem decima pars rei controuersę in iudiciis priuatis, in publicis quinta apud Græcos, auctore Polluce, hoc est τὸ ἐπιδέκατον τοῦ τιμήματος τῆς δίκης, pœna temerè litigantium. Hoc igitur genus sponsionis erat veluti iudiciale, & in ordine ad lites, vel vt ait Budæus genus actionis apud antiquos, cui simile erat apud Athenienses παρακαταβολή. In priuatis igitur iudiciis & controuersiis ne qui calumniabantur, impunè ferient, moris erat vt qui litem intenderet, aduersarium certæ pecuniæ sponsione lacesseret, ni veram causam haberet, contraque is qui sponsione prouocabatur, aut fateri cogebatur, aut si inficiaretur, restipulari. Huius sponsionis exempla passim occurrunt apud Liuium & Ciceronem; nam 5. *Verrin.* sic vrget Verrem. *Quid cùm palam Syracusis maximo conuentu te audiente P. Rubrius Q. Apronium sponsione lacessiuit, ni Apronius dictitares te sibi in decumis esse socium, hac te vox non perculit? non perturbauit? tacuisti? sedasti etiam lites illorum, & ne sponsio fieret laborasti?* Et mox *Sponsio ni te Apronius in decumis socium esse dicat, prouincia tua est, abs te iudicium postulatur*: & iterum ibidem, *Cum eodem Apronio postea Scandilius Eques Romanus eamdem sponsionem de societate fecit, quam Rubrius facere voluerat, instituit, oppressit, facta est sponsio H. S. quinque millibus. Cœpit Scandilius recuperatores, aut iudicem postulare.* Valer. *libro 2. cap.3. Pertinaciùs*, inquit, *progressa contentione Valerius Luctatium prouocauit, non se petiturum triumphum, ni suo ductu Punica classis oppressa, nec dubitauit restipulari Luctatius. Itaque iudex conuenit inter eos Attilius Calatinus.* Similia habet Liuius, & de illa electione iudicis in causa sponsionis Cicero *lib.3. officior. Fimbriam Consularem audiebam de patre nostro puer iudicē Marco Luctatio fuisse Equiti Romano sanè honesto, cùm is sponsionem fecisset, ni vir bonus esset.*

Hæc porrò sponsio plerumque in interdictis fiebat, vnde Quintilian. *lib.7. cap.6. In sponsionibus* 5
quæ ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quæstio, sed tantùm possessionis, tamen non tantùm possedisse nos, sed etiam nostrum possedisse dicere oportebit. Illustre dabit exemplum Cicero *orat. pro Cæcina*, erat enim Cæcinna de fundo vi armata deiectus, propterea Prætor interdixerat de vi, id est, interdictum *vnde vi* concesserat; iusserat Ebutium, qui vim fecerat, restituere Cæcinnam in possessionem, cum autem Ebutius Prætoris edicto se satisfecisse diceret, Cæcinna autem se planè restitutum esse negaret, facta est spōsio ni Cæcinna restitutus ex edicto Prætoris esset. Quare sic explicat Cicero. *His rebus ita gestis P. Dolabella Prætor interdixit, vt est consuetudo de vi, hominibus armatis sine vlla exceptione, tantùm vt vnde deiecisset, restitueret. Restituisse se dixit, sponsio facta est. Hac de sponsione vobis iudicandum est.* Et inferius *Negas deici nisi qui possideat. Ostendo ex hoc interdicto de armatis hominibus, qui possit ostendere non possedisse eum qui deiectus sit, condemnari tamen sponsionis necesse est si fateatur esse deiectum.*

Obseruat præterea Budæus non modò in interdictis, sed etiam contra improbè negantes intentatam fuisse hanc actionem, sicque aut sponsionem 6
facere, aut fateri cogebantur, quod nuper etiā monebam, ostendique ex Liuio, vbi de Appio Claudio, qui Virginij filiam in seruitutem ex libertate addixerat.

Verba

Verba ſolemnia ſponſionis erant : *Iudicem tibi fero ni , &c.* Plaut. *in Ruden.*

——Cede qui ciun habeant indicem
Ni dolo malo inſtipulatus ſit , nunc etiam dum
Sim quinque & viginti annos natus.

Hæc actio vocabatur *ex ſponſo* , vel *ſponſu.* Cic. in *Quinctiana* : *Sponſionem Quinctius facere maluit, fecit , ſed iudicem C. Aquilij ſumpſit , ex ſponſo egit, in hoc ſumma iudicij cauſaque tota conſiſtit.*

Sponſio autem erat,vt priùs dixerat, ni bona ſua ex edicto P. Burreni Prætoris,dies 30. poſſeſſa non eſſent. Ex quibus omnibus colligit tandem Budæ. ſponſionem fuiſſe interdum acceſſionem,& appendiculam interdicti ; v.g. ſi Iudex edixerit de poſſeſſione deiectum in primis reſtituendum,& reus quidem dicat ſe omnia impleſſe , actor verò neget planè ſe reſtitutum , liticula quædam ſuboritur, poteſtque vnus litigator alterum ſponſione prouocare.

7 Alterius generis ſponſio eſt quam Budæus ludicram appellat , quæ communis & vulgaris eſt cum pignoribus aut pecunia depoſitis , aut etiam promiſſione , interpoſita , vel non interpoſita ſtipulatione certatur , vt *in l. ſi rem. D. de præſcript. verb.* nam tunc non datur actio ex ſponſo , ſed præſcriptis verbis, vt affirmat ibidem Vlpian. Celebris eſt illa ſponſio cuius meminit Plin. *libro* 19. *cap.* 35. vbi de vnionibus loquitur , quos Cleopatra vna cœna abſumere voluit, vt ſponſionem cum Antonio factam ipſa vinceret : & *lib.* 7. *cap.* 37. loquens de Aſclepiade Medico ; *Sponſione facta cum fortuna ne medicus crederetur , ſi vnquam inualidus fuiſſet.* Neque ſanè vnquam ægrotauit , ſed inquit Plin. *Et victor ſuprema ſenecta lapſu ſcalarum exanimatus eſt.* Paſſim denique hæc ſponſio & ſponſione concertatio vſurpatur, ſolemniſque & frequens eſt inter mercatores , vti Stracca & Santerna *in ſuis tractat. de ſponſionib.* obſeruant : quare & de illa diſputant , non de antiqua illa ſponſionis actione , quod idem nos præſtamus hoc loco.

8 Sacramentum affine fuit ſponſioni ; nam in poſſeſſionis quoque , & in proprietatis controuerſiis interponebatur , & erat certa & legitima pecuniæ ſumma , quæ ſacro loco deponebatur à litigantibus , vt iudicio victus ſua parte mulctaretur, quæ ſacris & ærario cederet , victor ſuam reciperet , vti ex Varrone & Sexto Pompeio certò Conijcimus. Sic igitur Varro *lib.* 4. *de ling. lat. Sacramentum à ſacro , qui petebat , & qui inficiabatur de aliis rebus* , id eſt in aliis cauſis , *vtrique quingentos æris ad Pontificem deponebant : in aliis rebus item certum alium legitimum numerum aſſium. Qui iudicio vicerat, ſuum ſacramentum à ſacro auferebat, victi ad ærarium redibat.* Sic Varronis locum emendandum exiſtimauit Hotman *in Quinctianam Tullij:* quod enim legitur in Varrone *ad pontem* pro *ad Pontificem* , inſcitia librariorum fecit qui notam *pont.* interpretati ſunt pontem , cùm apud Pontificem deponi ſolitum eam pecuniam ex Sexto Pompeio certiſſimum ſit : quamquàm aliqui pontes interpretantur menſulas altis pedibus impoſitas, quas inſtar pontium haberent. Sacramentum igitur à ſponſione differebat , quòd , vt diximus, ex Varrone , in ſacramento deponebantur in loco ſacro pecuniæ , & qui cauſâ cadebat, eius pecuniæ in ærarium referebantur. At in ſponſionibus non deponebantur , ſed tantùm interpoſita ſtipulatione promittebantur , vnde ex ſponſo agi eo iudicio dicebatur. Prætor verò qui iudicium dederat, victum ſponſionem ſoluere pro imperio cogebat. In cęteris omnibus ſimillima erat ſponſio ſacramento, cùm in iiſdem , vti monuimus , controuerſiis poſſeſſionis & proprietatis interponeretur, quod innumeris Tullij locis oſtenditur *lib.* 7. *familiar. ep.* 13. *Pugna ſi me amas , niſi quæ ſunt à me in ſecundo libro de Oratore per Antonij perſonam diſputata de ridiculis arguta apparebunt , vt ſacramento contendas mea non eſſe.* Et *lib.* 1. *de Orat.* §. 42. *Agerent tecum Pythagorei , quibuſcum tibi iuſto ſacramento contendere non liceret. Orat. pro Milon.* §. 75. *Iniuſtis iudiciis & ſacramentis fundos alienos petere.* Iuſtum porrò ſacramentum eius dicitur , qui verum probat quod ſacramento contendit : iniuſtum ſacramentum contrà eius eſt , qui non probat eſſe id de quo certant ſacramento. Sic ſacramentum in libertatem , eſt quo quis aſſeritur liber , in ſeruitutem, quo probatur eſſe ſeruus. Vides itaque ſacramento , vel ſponſione contendere , eſſe omninò idem , & eodem modo , iiſdemque controuerſiis , cum ſolo diſcrimine depoſitæ pecuniæ in loco ſacro , vel ſtipulatæ dumtaxat , & quòd in ſacramento victor auferebat quidem ſuam pecuniam è ſacro , non lucrabatur tamen pecuniam victi, ſed ea cedebat ærario,cuius vt neceſſitatibus occurreretur fuerat inſtitutum ſacramentum. In ſponſionibus autem victor ferebat ſponſionem, quod in vulgari ſponſione perpetuò ſeruatur , ſiue contendatur depoſitis pignoribus , & pecuniis, ſiue ſola promiſſione. Ad extremum ne quid omiſiſſe videar , obſeruo Papinianum *l.* 1. *D. de legib.* nominaſſe legem communem Reipublicæ ſponſionem , quod dixerat Demoſthen. *πόλεως συνθήκη κοινὴ* , vt *in l.* 2. *D. eod.* refertur ex *orat.* 1. *aduerſ. Ariſtogiton.* quod interpretatur Anton. Faber, quia quia lex ferebatur per interrogationem & reſponſionem , quaſi per ſtipulationem: roganti enim Conſuli reſpondebat populus *vti rogas* , atque ita ſpondebat , quò pertinet & illa Lycophrontis Sophiſtæ , apud Ariſtot. *lib.* 3. *politic. capit.* 6. definitio legis : Conuentum , & inter ipſos ciues quædam ſtipulatio , compromiſſio , & conſenſus populi.

ARTICVLVS II.

An & quomodo licita ſit ſponſio.

Ratio dubitandi. 1.
Licita eſt ſponſio ex ſua natura. 2.
Probatur. 3.
Prohiberi iure poterit. 4.
Et tunc erit illicita , non tamen inualida. 5.

QVærimus maximè de ſponſione communi, & vulgari , quam ludicram nominabat Budæus , & vſitatiſſima eſt inter mercatores , alióſue in quotidianis commerciis , & contentionibus, quod nuper monebant Stracca & Santerna *in ſuis tractatib.* Nam de ſponſione iudiciali , quæ appendicula quædam litis eſt , & ex qua datur actio ex ſponſo , non poteſt eſſe difficultas , cùm illa iure & legibus , atque antiquis Populi Romani legibus probetur.

Quoad vulgarem autem de qua modò diſputa- 1

mus;

mus; ratio dubitandi petitur ex eo quod æquè prohibeatur, atque ludus aleæ, nisi virtutis & honestatis causâ fiat, *l. 2. & 3. D. de aleatorib.* Secundò quia in his sponsionibus ferè semper committitur iniustitia, vel temeritas: nam vel vterque sponsione contendunt, & temeritas est exponere se fortunæ lubrico & incertitudini; vel vnus altero certior est, atque adeò non seruatur æqualitas in ea sponsione, vt patet; & qui non est certus, vel minùs certus, aut dubius, peccat temeritate, vel impotentis animi ferocia, atque præcipiti obstinatione, si cum ea incertitudine aduersus alium certet. Tertiò confirmatur, quia sponsio non fit nisi per stipulationem, cuius præcipua verba solemnia sunt, *spondes? spondeo.* Stipulatio autem non aliter obligationem parere potest, quàm si seriò ac certo iure facta sit, *l. 1. §. vltim. D. de obligat. & act.* Arqui nemo potest certò iudicare quid promitti debeat in re omninò incerta, & quæ ex futuro euentu pendeat. Quartò quia temerariæ & infaustæ plerumque sponsiones fiunt præcipiti animi impetu, qualis illius Cosmopolidis, qui sponsione vitæ certare voluit, ni veram interpretationem legis cuiusdam Zaleuci afferret. Apud Polybium *lib. 12.* Alcibiades sponsione prouocatus est à sociis ni Hipponicum Calliæ parentem, & virum Athenis honestissimum colapho violaret. Frine scortum nominatissimum certauit sponsione ni Xeocratem ad scelus alliceret, & amissa sponsione dixit se hominem non statuam existimasse Xenocratem, apud Valer. *lib. 4. cap. 3.* Indos etiam Reges ingenti auro spopondisse ni sui boues velocius currerent, teste Ælian. *lib. 1. de histor. animal. cap. 33.* Anglos quoque commisisse inter se gallos gallinacens, sponsione posita illi cuius gallus vinceret. Ita Laguna *in additionib. ad Dioscorid. lib. 2. cap. 43.* Olau. Magn. *lib. 1. cap. 4.* narrat in Scrifinnia incolas certare ascendere montes altissimos niuibus opertos, innixos quibusdam baculis, & de artis magisterio sponsione contendere. Vlfo & Rufo; apud Saxonem Grammaticum *lib. 9. historia Danica.* Contendunt pignoribus positis, quis liberalior & munificentior esset, an Goticus, siue Godefridus Daniæ Rex, an Goto Noruergiæ item Rex. Sponsionem vicit Rufo, qui pro Dann certabat, narratque idem Saxo *lib. 14.* Araldum quendam Irlandum Noruergia extorrem Erricum III. Daniæ Regem adiisse, & sponsione prouocasse pignore posito ni citiùs equis Regiis curreret, & duobus admissis in certamen, vterque priùs metam tenuisse. Carolus VI. sponsione quinque librarum auri contendit cum fratre suo Turonensium Duce, ni citiùs illo Montispessulo Parisios perueniret: quare cùm singuli vno tantùm Equite comitati simul equos conscendissent, Dux sponsionem vicit, qui quatriduo Regem præuertit. Celebris est illa sponsio Azonis nominatissimi Iurisconsulti, & Lotharij circa sensum *l. bene à Zenone, C. de quadr. præscript.* an omnia sint sub Principis imperio & dominio, vel sub imperio & non dominio: sponsionem & equum depositum sibi adiudicauit Imperator damnato Azone, vnde illud scomma.

Azo dixit equum, tulit Lotharius equum.

Alij dicunt Martinum & Bulgarum sponsionem fecisse, & Martinum qui pro Imperatore sententiam tulerat, vicisse. C. rcius sponsione mille aureorum prouocauit Iasonem ni potiore iure in causa de qua disceptabant, niteretur, vt narrat Alciat. *lib. de singular. certam. cap. 40.* vbi etiam *capit. 29.* narrat pinguem & obesum nescio quem sponsionem fecisse, ni velociùs iuuene quodam macilentiori curreret, dum æquali lance omnia peragerentur; quare deposito pignore petiit, vt tantùm ponderis adderetur aduersario, quanto propter abdomen ipse grauior illo erat; è contrario verò alter contendebat vt ille ventruosus tamdiu inedia, & fame maceraretur, vt subducto & compresso aqualiculo leuior factus æquali lance & conditione certare possent. Ex his omnibus quæ congessit Expilitæus *action. 4. forens.* & aliis, quæ facilè possent adiici, vides plerumque has ludicras sponsiones, esse vel temerarias, vel iniquas, & ex quibus plurima in Rempublicam possint incommoda deriuari, atque familiarum tum dissidia, tum dispendia. Eas sponsiones quibus spectatores in Circo contendebant ni factiones quibus fauebant vicissent, damnat Iuuenalis *satyra 11.* vt quæ totam turbarent Romam.

Et totam hodie Romam Circus capit, & fragor aurem
Percutit, euentum viridis quo colligo panni.
Nam si deficeret, mœstam, attonitamque videres
Hanc vrbem veluti Cannarum in puluere victis
Consulibus, spectent iuuenes quos clamor, & audax
Sponsio, quos culta decet assedisse puella.

Quare Tertullian. *libro de spectac. capit. 16.* *Aspice populum ad id spectaculum iam tum furore venientem, iam tumultuosum, iam cæcum, iam de sponsionibus concitatum, &c. Inde maledicta conuitia sine iustitia, odij etiam suffragia sine merito amoris.* Martial. *lib. 11. Epig. 1.*

Sed cùm sponsio fabulæque lassæ
De Scorpo fuerint, & Incitato.

Fuit Scorpus nobilis agitator, de quo sæpius alibi Martial. Incitatus, equus quem tanti fecit Caligula, vt ei Consulatum destinarit. Sueton. *c. 55. Caligul.*

Ad extremum adde sponsiones fieri nonnumquam cum damno proximi, cùm spondetur de futura alicuius morte, aut dignitate, aut de proprio vel alieno peccato, datur si quidem occasio tum alienæ mortis optandæ, tum etiam procurandæ, ac denique committendi sceleris ad lucrandam sponsionem, quæ omnia docent has sponsiones ludicras non esse ferendas; quare illas omninò damnaor Sylu. *verb. ludus, qu. 6.* vbi allegat Archidiac. qui negat esse ludum, cùm non fit ad recreandum, sed esse contractum innominatum ad lucrum turpe, cùm ex auaritia vel prodigalitate procedat: eadem, iisdemque ferè verbis habet Antonin. *1. part. tit. 1. cap. 23. §. 9.* Antoninum allegat & sequitur Gabriel *in 4. dist. 15. qu. 13. art. 3. dub. 8.* vbi vadiationem vocat hanc sponsionem, qua voce vtitur quoque Conrad. *de contract. qu. 71.* vbi fusè ex incommodis à nobis allatis eius turpitudinem demonstrare conatur.

2 Dicendum nihilominus est sponsionem etiam ludicram de qua loquimur hactenus, esse contractum ex sua natura & per se licitum, nisi in aliquo casu, & ex certis aliquibus causis lege & iure peculiari prohibeatur. Dixi ex sua natura & per se, nam si addatur aliqua malefica circumstantia, redderetur per illam illicitus, vti contingit in cæteris omnibus quæ per se mala non sunt, possint enim ex variis adiunctis corrumpi; quare sponsiones istas causâ honestatis factas non modò malas non esse, sed neque prohiberi fatentur passim DD.

DD. *in l.3. D. de aleatorib.* & *in l.19. §. fin. D. de præſcript. verb.* & *in l. à Titio, D. de verbor. obligat.* Sequuntur Siracca *de ſponſionib.2. part.* Couuar. *in regul. peccatum 2. part.§.4.numer.2. & 6.* Santerna *de aſſecurat. & ſponſion.* Paris de Puteo *tract. de ludo num.37.* Caccialupus *simili tract. num.14.* & qui alios dabit Scaccia *de commerc. §.3.qu.1. n.88.* Franciſcus Viuius *commun.op. opinion. 22.* Gomeſius *lib.1. variar. reſolut. cap.11. num.4.* Decius *conſil. 5.* ait eſſe communem ſententiam, & affert Th. *2.2. qu.32. art.7.* Caietan.& Hoſtienſ. *in cap. gemma mulier, de ſponſalib.* Gaſpardus Theſaurus *lib.1. qq. forenſium q.14.* Charondas *lib.10. reſponſ. capit.68.* Accedunt Theologi, Soto *de iuſtit. libro 4. q.5.art.2.* Azor *part.3. lib.11. de ſponſionib., capit.1. dub.1.* Molina *tract.2. diſput.508.* Salonius *in 2.2. qu. 5. de dominio. art.6. conc.1.* Medin. *de reſtitut. q.22. vbi de vadiatione.* Filluc. *tract. 37. capite 2. n.32.* Morla *in emporio iuris part.1. ad tit. de tranſact. in princip. n.7.* Saocb. *lib.1. conſil. cap.8. dubio 3.* Boninſegnius *tract. de ludo cap.15.* Delugo *de iuſtit. diſp.31. ſect.6.* Nauar. *cap.20. n.18.* quando fit ſine dolo, licèt dicat vt plurimùm obuiare liberalitati, & ea in re ſequi Caietan. quaſi iſti ſponſores vtantur ludo tanquam negotiatione ad lucrum. Leſſi. *lib.2. cap.26.n.3.* Rebell. *lib.16.q.vnic. de ſponſion.* Lopes *lib.2. de contract. cap.15.* Garcias *lib.2. de contract. cap.18.* Alcozet *de ludo capite 42. & 46.*

3 Hæc communiſſima ſententia facilè probatur, atque in primis *leg.3. D. de aleatorib. l. ſi rem, §. fin. D. de præſcript. verb.* ſponſiones probantur, daturque actio vel ex ſponſu, quando ſponſio iudicialis, vti exponebamus, fuit, vel in ſponſione ludicra ex præſcriptis verbis. Et *illa l.3.* qua vtebantur aduerſarij, in qua probantur tantùm ſponſiones virtutis gratiâ, ipſis minime fauet: nam in primis probat ſponſiones quæ fiunt virtutis causâ, deinde improbat tantùm, vti obſeruauit Couar. *l.c.* & Salas ſponſiones quæ fiunt circa corporis certamina, niſi illa fiant cauſâ exercendarum virium, aut virtutis corporalis inſtruendæ. Siquidem corporis certamina quæ fiunt causâ libidinis, odij, aut æmulationis, iure & ratione reprobantur, ac proinde ſponſiones circa talia certamina, cæteras verò ſponſiones quæ ſecluſo corporali certamine fiunt ſub futuro fortunæ euentu, non reprobat lex; quod euidenter oſtendit illa alia nuper citata lex *ſi rem, §. fin. de præſcript. verb. Planè ſi inhoneſta cauſa ſponſionis fuerit, ſui annuli dumtaxat repetitio erit.* Si igitur non fuerit inhoneſta cauſa ſponſionis, valebit ſponſio.

Secundò quia ſi quid obſtaret validitati huius contractus, eſſet conditio futuri incerti euentus, ſub qua fit ſponſio, Atqui certum in iure eſt ſtipulationes ſub conditione futura incerta validas eſſe, vti diximus *lib.2.* Et ſanè hæc ſponſio; ſi nauis ex Aſia venerit decem dare ſpondes? probatur *lege ſi quis ita ſtipulatus 129. D. de verbor. obligat.* Si Capitolium aſcenderis, ſi Rex Parthorum viuit centum millia dare ſpondes? *l. cùm ad præſens. D. de reb.credit.* licèt cōditio pro cauſa incerta ſit, & contrahentes eam ignorent. Cur igitur ſtipulatio & reſtipulatio reciproca circa contradictoriam conditionis futuræ, vel non futuræ æquè licita & valida non erit? vbinam amabò in iure reprobatur.

Tertiò hos contractus probant paſſim Senatus. De Pariſienſi teſtatur Mornac. *in citatam l. ſi rem, §. ſolent. D. de præſcript. verb.* De Gratiopolitano Expillæ. *act.4. forenſi*, vbi idem refert de Senatu Florentino, adducitque Magonum *in deciſion. Florent.8.* qui affirmat creari octo Iudices, qui ſoli de ſponſionibus cognoſcant. Iudicatum quoque Neapoli de his ſponſionibus, probatasque fuiſſe teſtatur Marth. de Afflict. *q.389.* alij de aliis Tribunalibus idem affirmant. Et ſanè vbique gentium vſurpantur eiuſmodi ſponſiones. De Romanis nuper diximus, conſtatque *ex cit. l. ſi rem*, datos ſponſionis causâ annulos, eamque fuiſſe vulgi conſuetudinem ait Plini. *lib.33. cap.1. Argumento eſt*, inquit, *conſuetudo vulgi ad ſponſiones, etiamnum annulo exiliente tracta ab eo tempore quo nondum erat hæc velocior.* De plerisque aliis nationibus, atque ipſis Regum ſponſionibus nuper aliqua dedimus. Apud Hebræos etiam & Paleſtinos eiuſmodi ſponſionum morem viguiſſe docet celebris ſponſio Samſonis cum Thamnatæis iuuenibus, ni propoſitum ab ipſo problema, ſiue ænigma explicarent.

Quartò denique demonſtratur à priori ſponſionum iſtarum æquitas; eſt enim ſponſio vti definiuimus nuper ex Lope *loc. cit.* & aliis, contractus duorum contendentium de re aliqua dubia, in quo victori certum aliquid præmij loco dandum eſt à victo. In eo verò contractu nulla prorſus apparet turpitudo; eſt enim æqualitas, cùm vterque ſponſor exponat ſe eiuſdem lucri captandi aut perdendi periculo; & quamuis finis illius ſponſionis faciendæ foret lucri cupiditas, inde non redditur illicita, cùm eiuſmodi cupiditas mala neceſſariò non ſit, & vti *lib.1. cap.1.* diſputauimus, liceat lucrum intendere, ſi aliundè non ſit malum, neque peruerſo modo captetur; incertitudo futuri euentus non vitiat contractum, vti iam oſtendimus, & de re nobis incerta paciſci licet, vt de iactu teſſeris & de ludo nuper quoque diximus. Quod verò aliqua ſequantur nonnumquam incommoda ratione materiæ de qua ſponſione certatur, id omninò accidentarium eſt ſponſioni ſecundùm ſe & naturam ſuam conſideratæ: neque enim negamus illam ex adiunctis aliquando vitiari. Confirmatur; nam ſponſio vel fit de re futura, & eſt æquale periculum contrahentis, vel de re præſenti aut præterita, quæ quidem eſt in ſe vera, vel falſa, dubia tamen de ipſa contendentibus, & vterque in ſua affirmatione decipi poteſt, ideóque eſt etiam æqualitas in æquali dubio veritatis, vel victoriæ.

Hunc itaque contractum Azor *cap.1. cit.* Filluc. *tract.37.n.20.* reducunt ad contractum innominatum do vt des, facio vt facias. Alij melius ad genus ludi à fortuna & caſu pendentis. Mallem ego facere proprium contractum, & nominatum ſponſionis; cùm ex eius definitione ſatis appareat ipſum à cæteris omnibus diſtingui, & prætereà proprium nomen habeat. Nam & ſponſio iudicialis ad ludum reduci nequit, & ſponſio ludrica conuenit quidem cum ludo, quòd ab euentu dubio pendeat, & in vtroque ſit contentio quædam & certamen, ſed in cæteris aliis differunt. In primis ratione materiæ, quæ eſt ſemper aliqua propoſitio quam vnus affirmat, alter negat: quare debent illæ propoſitiones eſſe contradictoriæ, ac proinde de eodem ſubiecto, & eodem ſenſu accipi, alioquin non eſſet contradictio: quare ſi ſpondentes diuerſo quodam ſenſu propoſitionem accipiant, nulla eſt ſponſio, quia non certant de eodem, quod omnes fatentur. Requiritur quoque dubium & incertitudo in contendentibus;

dentibus;

dentibus, alioquin non esset æqualitas, & denique honesta causa huius certaminis, vti iam monuimus.

4 Dicendum secundò est has sponsiones iure aliquando prohiberi in quibusdam casibus, notat enim Philippus Bignonius in legibus abrogatis Senatusconsulto Parisiensi 29. Martij 1563. sponsiones super mulieribus prægnantibus reiectas fuisse tanquam inhonestas, quod refert quoque P. Gregor. *lib.23. syntagmat. cap.3. num.6.* & Charond. *lib.7. respons. iuris, cap.130.* v. g. ni grauida sit, ni pariat masculum; cuius decreti causa fuit, quod obseruauit idem Gregor. ne propter eiusmodi sponsiones daretur occasio partus supponendi. Fauet quod habetur in legibus Mosaicis *cap.15.* vbi Moses dicit, *Nec consentiat venenariis impostoribus, qui dicunt quid conceptum habeat mulier, quoniam fabulæ seductoriæ sunt.* Itaque vetabatur inquiri quid vtero gestaret mulier per artes magicas & mathematicas, contra quas lata fuit illa lex.

Secundò prohibitæ sunt sponsiones de futuro Pontifice durante conclaui à Pio IV. *in bulla de reformatione conclauis super electione Romani Pontificis*, quæ incipit; *in eligendis Ecclesiarum Prælatis.* Anno 3. Pontificat. Eiusmodi porrò sponsiones nullas & irritas esse vult Pius, ipsosque sponsores puniendos arbitrio gubernatoris vrbis, & futuri Pontificis; ex qua pœna sapienter colligit Azor *cap.1. de sponsionib.* hanc prohibitionem non esse vniuersalem, neque extra Romam extendi, cùm extra illam spondentes nequeant puniri à gubernatore vrbis. Cùm verò Pontifex velit eas sponsiones esse nullas, lucrum per eas acquisitum nequit iure retineri, consuetudo tamen huic iuri derogauit, cùm non soleat fieri restitutio talis lucri, quod obseruat ibidem Azor.

Tertiò Gregor. X I V. *in Bulla, Cogit nos*, damnat certantes sponsione super vita aut morte vel futura creatione Pontificis, & siue viuente, siue mortuo Pontifice, & Sede vacante fiant eiusmodi sponsiones, excommunicatque ita spondentes, aut illis fauorem, consilium & auxilium præbentes, aut in suis terris tales sponsiones fieri permittentes, excommunicatione Sedi Apostolicæ reseruata. Idem prius edixerat Pius I V. in iam allata constitutione, quam Gregorius sua hac noua confirmat, ne videlicet harum stipulationum & sponsionum occasione viuentis Pontificis mors captetur, aut futuri electio mediis illicitis procuretur.

Quartò idem Gregorius similes sponsiones super futura electione Cardinalium illa ipsa constitutione citata prohibuit, erant enim Romæ frequentes. Illius vsus modum describit Azor, & ex illo Fillucius, erantque inæquales passim, nam Caius deponebat apud mercatorem centum nummos perdendos ni Petrus foret Cardinalis: vendebantur deinde sponsiones quæ crebra & iterata venditione crescebant, & prout plures erant & maior probabilitas futuræ creationis, eò pluris vendebantur, eratque ibi duplex contractus, vnus sponsionis per se licitus, alter venditionis etiam licitus, quo Titius v. g. vendit totum ius quod habet dubium & incertum lucrandi centum nummos posita electione futura Cardinalis. Possunt & in cæteris quibusdam aliis causis sponsiones eodem modo prohiberi.

5 Dicendum est tertiò sponsionem contra prohibitionem vel cum mala aliqua circumstantia, & contra honestatem factam, atque adeò illicitam, validam tamen esse, & lucrum ex ea factum retineri iure posse. Hanc assertionem tradunt Nauar. Lopes, Azor, Filluc. Delugo, Sanch. & cæteri nuper laudati, estque euidentissima ratio, quia omnis contractus illicitus non est eo ipso inualidus, & lex prohibens actum, non statim illum necessariò irritat. Itaque quæ fiunt contra legem prohibentem valida sunt, nisi ea lex fuerit irritans, & impediat translationem dominij, quod non contingit hoc loco, quamuis constitutio Pij V. & Gregorij. X I V. irritas & nullas esse velint sponsiones, quæ fiunt super electione Pontificis, illis tamen vsus & contraria consuetudo derogauit, & non obligant nisi Romæ, vbi si sint in viridi obseruantia, erit sponsio inualida, & qui eam vicerit, non acquiret dominium illius, quod acquiri nequit per contractum inualidum: quare in omnibus legibus sponsionem certo aliquo casu prohibentibus videndum erit, an simul illas irritent, & nullas esse decernant, an vel prohibeant solùm, vel irritandas esse à Iudice constituant. Simili ratione circumstantiæ maleficæ, ipsaque iniustitia, quæ corrumpunt contractum, nisi contra eius substantiam pugnent, non faciunt illum inualidum, sed illicitum dumtaxat; neque impediunt translationem dominij rei per eiusmodi contractum comparatæ, quamuis maneat obligatio reparandi damnum si quod ab altero è contrahentibus contra iustitiam illatum est. Quæ omnia certissima manent ex Principiis vniuersalibus, & à nobis sæpius demonstrata: neque in præsenti sponsionũ contractu quidpiã hac in parte singulare obseruandũ est. a

ARTICVLVS III.

Quæstiones Consectariæ.

CONS. I. *Quænam honesta causa ad sponsionem requiratur.*

II. *Quænam æqualitas requiratur in sponsionibus.*

III. *An cum pluribus seorsim, qui idem beneficium obtinere contendunt, liceat sponsionem facere.*

IV. *De quibusdam singularibus sponsionibus.*

V. *De aliis quibusdam contractibus sponsioni similibus.*

CIrca hunc contractum supersunt aliquæ ferè singulares difficultates, circa particulares quosdam casus, quæ tamen ex natura sponsionis hactenus explicata facili negotio definientur.

CONSECTARIVM I.

Quænam honesta causa ad licitam sponsionem requiratur.

Notationes. 1.

Sponsio de euentu futuro coniuncta cum damno proximi ex sua natura licita est. 2.

Quid de sponsione peccati ab alio committendi. 3.

Quid sponsio circa peccatum ab altero ex spondentibus

demtibus committendum.4.6.

Sponſio de beneficio Eccleſiaſtico obtinendo.5.

RAtio difficultatis eſt, quia nonnumquam certatur ſponſione circa rem aliquam malam, ſiue ſub conditione inhoneſta, & peccaminoſa, aut quæ peccandi occaſionem præbere poteſt, v. g. vincat qui largiùs bibet, aut plus comedet, aut ni quis occiderit Titium.

Suppono cauſam ſponſionis noo eſſe aliam quàm ipſammet conditionẽ ſub qua ſponſione certatur, & à cujus euentu pendet victoria litigantium, quod fuſiſſimè atque ex ipſomet iure & DD. oſtendit Stracca *de ſponſione 4. part.* vnde ſequitur ſponſionem fieri, aut non fieri causà honeſtatis, quę fit ſub conditione honeſta, aut inhoneſta, v.g. de peccato committendo. Prętereà conſirandum eſt in illo caſu an eiuſmodi ſponſio inducat ad peccatum committendum, an non, ſed de eo fiat tantùm ſponſio tamquam de aliquo alio quopiam euentu futuro ad quẽ ſponſio nihil planè confert: v. g. ſi quis ſponſionem feciſſet de futura Petri negatione, qoam in his circumſtantiis exiſtimaſſet, ſiue conieciſſet futuram, illa ſponſio oihil ad Petri oegationem contoliſſet. Quod ſi conditio illa ſponſionis ſit de damno futuro proximi, vt morte vel nece Petri, litis amiſſione, videndum ſimiliter erit, an ſponſio illa quidpiam conferat ad illud damnum, an tantùm ſit mera de certitudine, vel incertitudine illius euentus diſceptatio, cum victoria & lucro illius qui verum dixerit, ſiue diuinarit potiùs. Sicut ſi ſponſio fieret de appulſu nauis ex Aſia, quem ſponſione certantes ſua ſponſione neque accelerant, neque morantur.

2 Dico igitur primò ſponſionem, quæ ſit de effectu futuro coniũcto cum damno proximi: v.g. de morte Titij, aut nece ab eius hoſtibus iotra annum, vel amiſſione litis, non eſſe illicitam ex natura ſua. Ita Couarru. nuper laudatus contra alium Petrum Couarruuiam *de ludo part.1. capit.7.* qui damnat hanc ſponſionem, quam reliqui omnes, vt videbis apud Sanch. *dub.32. citato*, paſſim reiiciunt. Ratio nuper allata eſt, quia iſta ſponſio non magis influit ad mortem, aut necem Titij, aut amiſſionem litis, aliudve eiuſmodi damnum, quàm ad mortem Turcę, aut victoriam Pompei, ſi de ea tunc fuiſſet facta ſponſio Romæ; vel denique ad oauis appulſum ex Aſia. Neque dicas qui ſpondet moriturum Titium habere votum mortis eius, aut iode ſumere illius occaſionem: nam ſi ad lucrandam ſponſionem velit mortem Titij, aliudve aliquod damnum; peccat quidem, id tamen accidentariom prorſus eſt ipſi ſponſioni in ſeſe conſideratæ, alioqui damnandi eſſent cenſus vitalitij tanquam per ſe, & ex ſua natura mali, atque illiciti, quia qui ſoluit cenſum, habet occaſionem captandæ mortis cenſuarij, eius enim morte liberabitur onere ſoluẽdi cẽſualia. Si verò hæc ſponſio quapiam ratione in damoum proximi reuerà influeret, eſſet illicita ſponſio pro ratione huiuſmodi influxus maioris, aut minoris.

3 Dico ſecundò ſponſionem ſub conditione peccati committendi ab aliquo diſtincto ab ſpondentibus, non eſſe per ſe illicitam, v.g Titius occidet ſuum aduerſarium, fornicabitur, prodet arcem; quia vti iam monui illa ſponſio neque inducit Titium ad eiuſmodi peccata, neque in illa influit, non magis quàm ſi de futura ſiccitate, aot tempeſtate, aut ruina domus, obſidione vrbis, & aliis eiuſmodi ſponſio fieret. Qui tamen ad vincendum ſponſione Titij ſcelus deſideraret, ad illud ipſum impelleret, occaſionem illi ſuppeditaret, aliave ratione cauſa eius moralis quodammodo eſſet, peccaret omninò. Si tamen vinceret, lucrum non teneretur reſtituere, quod monent laudati DD. quia illud validè comparauit, quamuis illicitè.

Dico tertiò ſponſionem circa peccatum committendum ab ipſis ſpondentibus illicitam aliquando eſſe, & ſemper periculoſam. Illicita quidem eſt illi qui affirmat ſe peccaturum: v. g. affirmat Titius ſe fornicaturum cum Caia, ego oego, & ſponſione certamus; illicita eſt ſponſio; qoia Titius habet propoſitum peccandi, quod ego ſponſiooe confirmo, ſpondeo enim Titio centum ſi peccet, & fornicetur, quod ſi non faciat ſpondet ille mihi alia centum, vel minorem quampiam ſummam. Itaque deſiderio lucrandi centum, & periculo perdendi ſummam aliam Titius incitatur ad fornicandum: quare exiſtimo cum Sanche me ne poſſe quidem acceptare ſponſionem, quam Titius ſui peccati futuri mihi facit; quod malè negauit Alcozer, quia eiuſmodi acceptatione confirmo Titium in voluntate peccandi, furandi, v.g. aut fornicandi; nulla tamen erit obligatio reſtituendi lucrum ex illa iniqua ſponſione partum: nam ſi Titius peccando vincat ſponſionem, validè illam acquirit, cùm eam valido contractu dederim, & non pro pretio futuri peccati, ſed futuro euentoi incerto me commiſerim, & quamuis eam mercedis loco dediſſem, turpiſque eſſet illa donatio, patrato oihilominus ſcelere, illam non teneretur Titius reſtituere, ſicut neque meretrix turpes ſuas mercedes, vti diximus aliàs *lib.1.* 4

Quando vnus ſpoodens dicit ſe non cõmiſſurum certum aliquod peccatũ, contraquàm alter affirmet, non eſt quidem illicita ſpooſio, quia per illam qoa negat quis ſe peccaturum, remouetur à peccato per eiuſmodi ſponſionem ſpe lucri, quod faciet ſi non peccet, & periculo damni quod iocurret, ſi peccet amiſſa ſponſione: eſt tamen periculoſa: oam alter qui peccatum affirmat, & illud optabit, & fortaſſis ad illud impellet ne vincatur ſponſione. 5

Hinc ſolues, ao liceat ſpenſiones facere pro obtinendo, vel non obtinendo beneficio Eccleſiaſtico à Petro: nam eam ſponſionẽ licitam quidem per ſe, periculoſam tamen dicit Lugo *diſp.31.n.77.* quia facilè prætextu ſponſionis tegi poteſt promiſſio procurandi beneficium Petro, quæ promiſſio lucri ad eam procurationenem ſimoniaca ſine dubio fuerit. Spondes mihi v. g. centum, ſi obtineas hoc beneficium. Ego ſpondeo 20. ſi non obtineas: videtur eſſe implicita promiſſio centum, ſi tibi procurem beneficium, atque ita palliabitur ſimonia, quod cauendum omninò eſt. 6

Consectarivm II.

Quęnã ęqualitas requiratur in ſpõſionibus,

Status quæſtionis.1.

Inæqualitas rei promiſſæ.2.

Inæqualitas certitudinis.3.4.5 6.

CVm ſponſio ſit contractus quo de aliqua veritare, vel euentu futuro contendentes ſibi inuicem quidpiam ſpondẽt quod victori cedat; neceſſe omninò eſt in eo reperiri æqualitatem inter contrahentes, alioquio violabitur iuſtitia. 1

Duplex porrò hoc loco reperiri poteſt inæqualitas. Prima eſt quoad rẽ quæ victori cedit: nam vous ſpondet v.g. centum, ni Callimachus fiat Cardinalis, alter ſpondet viginti dumtaxat ſi fiat Cardinalis. Altera inæqualitas eſt ratione dubij & certitudinis rei de qua pugnatur, quia vnus eſt magis cer-

tus, aut minus dubius, quàm alter de veritate, aut euentu futuro, de quo pugnatur. Quærimus igitur an in sponsione reperiri debeat vtraque illa æqualitas, & quomodo.

2 Quod attinet ad primam illam æqualitatem rei depositæ, siue promissæ, solet quidem illa ab vtroque conspondente promitti vincenti, siue verum dicenti, quando verò est inæqualis, & vnus spondet centum ni hoc sit, alter decem si hoc sit, quomodo se de creatione cuiusdam Cardinalis spopondisse refert Stracca 3.*part.* vult Molina *tract.* 2.*disp.* 508. & ipsum sequutus Delugo *disp.* 31.*n.* 75. pro ratione maioris aut minoris probabilitatis, quam habet vnus spondens, debere ipsum plus aut minus deponere, ita vt excessus summæ quam spondet, superet summam quam alter spondet pro excessu probabilitatis, quam habet præ aduersario. Sed quæri potest an ea proportio perpetuò seruanda sit. Quidni enim ego volens spondere possum centum pro decem, cui enim facio iniuriam nisi mihi ipsi, neque prodigus sum, aut temerarius qui ea ponam me periculo perdendi centum ad lucranda decem; id enim facere possum vel ex quadam animi magnificentia, vel ob tenuitatem alterius spondentis; cui amissio decem grauior & importunior erit, quàm mihi perditio centum. Deinde faueo alteri spondenti, qui sapienter ea ponit se periculo perdendi decem ad lucrandum centum. Nam hac inæqualitate mouetur ad spondendum, quod non faceret, periculo maiorem summam amittendi. Quare non video cur hæc inæqualitas quando à liberè spondentibus ponitur, violet iustitiam hoc loco, & cur reiicienda sit, & sequor plures Iurisconsultos quos adducit Stracca loco statim notando. Cur enim vis mihi spondere centum, qui nolo spondere nisi decem, neque plura periculo incerti euentus committere. Qui tamen vel fraudibus, vel alia quapiam ratione incitaret alterum vt sponderet centum, cùm tamen ipse nollet spondere nisi decem, peccaret ratione fraudis adhibitæ, & quod per fraudem acquisiisset reddere teneretur, sicut in aliis ludis lucrum per fraudem, & dolum comparatum restituẽdum esse dicebamus *cap. superiori*. Non displiceret etiam quod fusiùs habet Stracca 5.*part.* §.*quæro igitur*: vbi læsio fuerit ex illa inæqualitate supra dimidium iusti pretij dubij euentus, locum esse rescissioni, vti etiam contingit in transactionibus.

3 Quod attinet ad æqualitatem certitudinis de veritate vel futuro euentu super quo contendentes spondent; affirmant primò DD. nuper laudati, eum qui certus omninò est de re, vel per scientiã, vel per experientiam, aliamve cognitionem quæ nullum, ipsi dubium relinquat, v.g. diuinam reuelationem, non posse spondere cum alio, quia est omnimoda inter ipsos inæqualitas, & vnus certus est de lucro, nulloque periculo se exponit, cui alter se exponit, & quod omninò atque infallibiliter incurret.

4 Affirmant secundò eum Molin. *disp. cit.* cum qui initio sponsionis certus sibi prorsus esse videbatur de veritate rei, deinde propter obstinatum animum aduersarij, incipit & ipse dubitare, ne deceptus sit, cùm decipi potuerit, & reipsa fuerit aliàs deceptus, posse spondere, atque lucrum ex ea sponsione retinere, quia ratione illius dubij æquali periculo se exposuit: aut exponere se existimauit.

Affirmant tertiò eũ qui existimans se esse certum de veritate rei, spõdet, peccare quidem, si tamẽ deinde aduertat se fuisse deceptum circa eã certitudinẽ, eius enim motiua minus idonea erũt, quàm existimabat, & res illa de qua spondebat tota incerta est, quãuis illi certa appareret, poterit lucrũ factũ retinere; quia totus ille contractus iustus fuit in se, & æquale periculũ vterque spõdẽs incurrit quãuis vnus nullũ se subire periculũ existimaret, quod fusiùs explicat Molin. & Sanch. *lib.* 1.*consil.c.* 8.*dub* 13.*n.* 9.

5 Affirmant quartò Nauar. Lopes, Medina nuper adducti, & qui eos sequitur Sanch. Villal. *tom.* 2. *tract.* 28.*difficult.* 6.*n.* 2. Diana 4.*part.tract.* 4. *resolut.* 186. qui alios dabit, eum qui certus de veritate rei mouet aduersarium de ea certitudine, atque ita illum ab sponsione deterrere conatur, qui tamen præfractè & non obstante certitudine sibi denuntiata, sponsione certare vult, posse retinere lucrum, quia nullam victo fecit iniuriã; sibi enim, & suæ temeritati debet imputare quod voluerit spondere, licèt monitus se certò perditurum sponsionem.

Hoc tamen sapienter negant Alcoz. & Garcias 6 relati à Sanch. *n.* 10. Molin. *cit. disp.* 508 probabiliusque putat Filluc. *tract.* 37. *cap.* 2. *n.* 24. & omninò Delugo *d.* 31. *n.* 82. qui id euidenter probat; quia sponsio venditio quædam est, aut ad illam accedit, in ea autem debet esse æqualitas inter rem venditam, & pretium; in sponsione igitur æqualitas esse debet inter id quod inuicem datur, & accipitur à contendentibus: nam vterque dat aduersario, & vicissim ab illo accipit ius ad lucrandam sponsionem si vera fuerit pars contradictionis, quam affirmat, hoc autem vel ius, vel spes lucrandi quæ datur, & vicissim accipitur, debet esse æqualis & vera vel in se, vel in existimatione prudenti, & non temeraria, alioquin committitur iniustitia. Nam si vnus accipit verum ius, & veram spem lucri de quo agitur, & dat tantùm sciens ius falsum, & inane, quamuis verũ existimetur ab aduersario, reuerà non contrahit æqualiter; sicut si sciens venderet gemmam falsam, quam tamen emptor existimat esse veram, peccaret cõtra iustitiam, licèt monuisset emptorem de falsitate gemmæ, ipseque pertinaciter contenderet esse veram. Nam si vendat tanquam veram, vendet illam supra iustum eius valorem, neque error emptoris posset illum excessum pretij iustum reddere, qui proinde à venditore retineri non posset, nisi constaret emptorem voluisse illum gratis condonare, quod facilè credi non debet. Cùm igitur scias ius & spem lucrandi sponsionem, quam das alteri spondenti, esse falsam, & inanem, licèt ille veram existimet, etiam de falsitate monitus, non potes illam inanem spem eodem pretio vendere; quo veram venderes: quare sicut venditio gẽmę quę à vendente & emente existimatur proba, si deinde certò cõstet esse falsam, fuit inualida, & vel rescindenda est, vel ad æqualitatem diminuto pretio reducenda. Si autem venditor sciat esse falsam, vitium illud intrinsecum manifestare debet emptori, ne emat vt verã, qui tamen si perseueret in sua opinione, & vt verã velit emere, nõ potest tamẽ vẽditor eodẽ pretio vendere, vt iã monuimus. Si denique vterque dubitet de veritate, vẽdi poterit imminuto pretio pro ratione dubij, valebitq; cõtractus, quãuis deinde cõperiatur veritas; quia fuit cõtractus fortunæ, & vterque contrahẽs ęquali periculo se exposuit. Eadẽ itaq; ratione in spõsione, in qua venditur ius dubiũ, & vterq; spõdẽs ęquali periculo se obiicit; quare qui scit ius illud esse falsũ quod vẽdit alteri, nõ potest pro illo accipere ius certũ ad idẽ lucrũ, etiã petẽte & nõ credẽte aduersario, nisi certò constet eũ gratis donare quod vix vnquã præsumere licebit. Quę de hac equalitate certitudinis ad licitã spõsionẽ necessaria diximus, multo magis excludũt dolum & fraudẽ, vt qui scit Lucretiam peperisse, & prouocat sponsione alium ignarum illius partus. Vide Straccam 5. *part.* §. *item quæ-*

ro Vincentius, & §. *illud postremò*, vbi ostendit esse locum exceptioni de dolo.

CONSECTARIVM III.

An liceat cum pluribus seorsim circa beneficij, vel officij quod singuli expectant, obtentionem, sponsione certare.

RAtio dubitandi est quia luctum sponsionis tibi certū est: si enim ita cum tribus seorsim agas, vt cum vnoquoq; spondeas, quod non eligetur, cùm vnus tantùm ex illis eligi possit, certò lucraberis à duobus, & vnā tantùm sponsioné amittere poteris. Hunc contractū illicitū dicunt Villalob. *to.1.tr.28. difficult.6.n.3.* & alij cum Diana 4 *part. tract.4. resol.185.* quia licèt isti singuli contractus sint liciti, simul tamen sumpti tollunt æqualitatem, & qui ita spopondit, debet duobus lucrum restituere, & repetere à tertio quod ipsi soluerat.

Resp. tamen cum Sanche *c.8.dub.16.* & Delugo *disp.31.n.87.* hos contractus singulos esse iustos, neque ex eo quod simul fiant de eadem re, & sese committentur reddi iniustos, cùm ex ea concomitantia vnus non vitiet alium, neque cōmittatur vlla iniustitia: quod enim patitur vel damnū, vel iniuriam Petrus, quòd super eadē re, super qua sponsione cum illo certaueram, sponsioné cum alio fecerim; num quidpiam inde ipse amittit? An ius impeditur, aut minuitur? An eo quod ab alio quidpiā lucrari possum, ipse caret iure lucrandi à me si vincat sponsione? Plurima alia congerit Lugo, & sapienter arguit quod aduersarij volebant restituendo esse duobus lucrum factū, & repetendū quod datū fuerat tertio; quandoquidem enim valida fuit sponsio, non datur locus restitutioni aut repetitioni lucri, quod verum esse: etiamsi foret illicita sponsio, vt nuper monebamus.

CONSECTARIVM IV.

De singularibus quibusdam sponsionibus.

PRimò Titius sponsione decē aureorum prouocauit Caium ni melius illo saltaret, aut curreret, Caius deinde non vult currere & saltare: quid iuris erit? an vicit sponsionem Titius? Ita docet Azor *3.part.lib.11.de sponsion.c.1.* & Filluc. *tr.37.c.2.n.28.* quia per Caium stat ne impleatur conditio, ac proinde soluere debet Titio, qui censetur implesse conditioné. Delugo *disp.31.n.89.* distinguit an illa spōsio facta fuerit per modum ludi duntaxat, an per modum veræ & propriæ spōsionis; quia licèt ludēs non possit incepto ludo ab ipso resilire, saltem ante finitam vnam sortem, nondum tamen incepto ludo possunt nō ludere, nec aliter sese obligare velle præsumuntur. At verò sponsione factā, cùm ea consensu perficiatur, non potest vnus ab ea altero inuito resilire. Si itaque isti sese prouocant inuicem ad saltum, aut cursum per modum ludi, præmiu vel pœna additis, possunt ante inchoatum cursum, aut saltum nolle currere vel saltare. At verò si conuenerint per modum veræ sponsionis, qua certent de velocitate cursus, vel saltus, eadem ratione qua pugnarent de veritate rei, & futuro euentu, non possunt altero inuito à sponsione resilire, & qui resiliet amittet sponsionem, quod volebant Azor & Filluc. consentit Stracca *5. part. §. item quæro facta est sponsio.*

Secundò spondet Titius se datutum Sempronio decem, si hoc anno moriatur Pontifex, Sempronius verò centum stipulatur si non moriatur. Hæc sponsio Florētię *à valētissimis Doctoribus consultata*, probata fuit apud Paul. de Castr. *in l. a Titio D. de verb. oblig.* qui tamen ad illam respondere noluit, ne probare cogeretur turpitudinem, quam in ipsa contineri existimabat; sed cùm cōditionis euētus habeatur pro causa, illa inhonesta non est, cùm mors omnibus certa sit, licèt dies incertus, neque periculum vllum sit ne ea sponsio in mortē Pontificis influat, vnde Stracca *5. part. de spōsion.* ait maius fore dubiū de sponsione super morte hominis alicuius priuati, maximè inimici. Sed tūc expendendū erit, an timeri debeat aliquis influxus sponsionis in illam mortem, vt de eius honestate, aut inhonestate pronuntietur.

Tertiò similes istas sponsiones probat *ead. part.* Stracca, si Dux Saxoniæ hoc anno excidet Principatu, si capietur ab Imperatore ille Dux, aut Argentina, vel Vlma, Imperator veniet ante Kalendas Maias in Italiam, &c. cras pluet.

Quartò, improbat autem hanc sponsionem inter ludētes alea & taxillis, quod plura puncta quàm decem feret, aut non feret, quia sponsio in ludis non permittitur nisi honestatis causā ludi fiant. Verùm hinc habetur prohiberi has sp̄onsiones lege positiua, non autem esse per se malas. Deinde illa lex agit dumtaxat de ludis circa certamina corporis, quæ solius virtutis causā fieri permittit, vti nuper cum ipsomet Stracca interpretabamur; quare hanc sponsionem æquè probat Decius, vti fatetur ipse Stracca, atque si sponderem decem sub conditione, ni tali die nauis appulerit ex Asia: quare similem sponsioné inter ludi spectatores, ni Meuius, aut Sempronius vincat, reiicit Stracca, nos verò propter eandem rationem admittimus. Eam autem quæ fit ab aliquo si luserit, & à muliere si maritus futurus consuetudinem cum alia habuerit, legitimas cum eodem Stracca censeo.

Quintò hęc spōsio, promitto decē si mea nauis salua cum suis mercibus venerit, sin minus tu promittis mihi valorē mercium, probatur à Paulo de Castro *in l. naui. D. locati*, & ab Stracca, quia spondentes incurrunt æquale periculū. Verùm hac de re *c. sequenti, de assecurat.* Erit autem quæstio quandonā censeatur nauis potiū tenuisse: Sicut etiam cùm spondetur, si Minetua masculum pepererit, quā sponsionē nuper valere diximus. Si pepererit hermaphroditum, quæstio erit vter vicerit spousione, respondetque Stracca æstimandum esse vter sexus præualeat, quod difficile tamen definire posse in partu existimarim, ideóque neutrum vicisse, & sponsionem ex insperato euentu reddi nullam dixerim.

CONSECTARIVM V.

De aliis quibusdam contractibus sponsioni similibus.

PRimò Titius accipit à Caio centum aureos eo pacto vt reddat ducentos, si inter duos annos Roma redierit incolumis, vel vxorem duxerit, vel sacris fuerit initiatus.

Resp. hunc contractum esse licitum & iustum: nam ex futuri euentus certitudine contrahentes æquale periculum, idem perdendi vel lucrandi subeunt. Caius enim qui dedit Titio centum, acquiret ducenta si Titius redierit saluus, vel vxorem duxerit, vel sacerdos factus fuerit intra tempus definitum. Si verò Titius non redierit, Caius amittit centum quos dederat Titio, qui illos sibi acquirit. Hæc autem omnia incerta sunt, & alliquatenus etiam libera Titio; æquale igitur

vtriusque contrahentis periculum est. Ideóque non potest fingi hoc loco iniustitia, neque etiam mutuum, vti aliqui existimarunt, quia reuerà Titius non accipit mutuò à Caio centum, illi cum altero tantò reddendos absolutè, sed sub conditione incerta, & futuro quodam euentu, in quo sicut Titius est in periculo reddendi ducenta, ac proinde amittendi centum, ita & Caius est in eodem periculo amittendi illa centum quę dederat Titio. Itaque species quædam sponsionis est hoc loco quam probant Azor & Filluc. locis citatis.

Secundò Titius dat centum Aureos Caio ea conditione, vt si post annum vixerit Titius, Caius illi reddat centum & decem, si verò mortuus fuerit, reddat dumtaxat octoginta quinque, & reliquos quindecim sibi retineat. Hunc contractum communem esse in Anglia testatur Azor, & à quibusdam improbari tanquam vsurarium ex mutuo palliato, vel tanquam illicitæ & inæqualis societatis, cùm maxima pars capitalis alteri socio perire non possit. Ipse verò affirmat in primis non esse mutuum, cùm Caius non teneatur tantumdem reddere quantum accepit, sed sub conditione si vixerit Titius, si enim moriatur, retinebit sibi quindecim quæ acceperat, & reddit tantùm octoginta quinque hæredi Titij. Non est etiam contractus societatis, cùm nihil in commune conferant contrahentes, neque societatem super negotiatione, vel officio, vel alia quapiam re ineant, sed est contractus innominatus, & sortis, cui se exponit Titius, & Caius, & euentui æquè incerto vel perdendi, vel lucrandi. Si enim Titius intra annum moritur, amittit quindecim, quæ acquirit Caius; si verò Titius vixerit, acquirit decem quæ Caius perdit, sed ille prudenter exponit se periculo perdendi decem vt lucretur quindecim; & Titius potiùs imprudenter agere videtur, qui se exponit periculo amittendi quindecim, vt lucretur decem, quia tamen probabilius existimat se victurum per annum cùm se vegetum & robustum sentiat, idcircò periculo perdendi plura se exponit, atque ita seruatur æqualitas in eiusmodi sponsione.

CAPVT XI.

De contractu assecurationis.

HVNC contractum cùm ex incerto euentu pendeat, & vt loquuntur, fortuna quodammodo regatur, iure meritò subiicimus tractationi de ludo & sponsionibus, in quibus includitur incerta aliqua conditio, & dubius euentus futurus, ipsique contrahentes æquali sese periculo perdendi exponunt, vti docuimus.

ARTICVLVS PRIMVS.
Quid sit assecuratio, & an licitè fiat.

ASsecuratio est auersio periculi: quia enim aliquis alterius periculum auertit ab illo, & in se recipit, & quia alterum securum & immunem facit, siue reddit, eiusmodi conuentio dicitur vulgari voce assecuratio. Sic securum facere dicimur aliquem cauêdo quod à nobis petiit *l. 1. D. qui satisdare cogant.* & quamuis ea vox omnem cõuentionem, qua præstatur periculum, significet, restricta tamen ferè est ad auertenda pericula in trãsuehendis mercibus, atque adeò à mercatoribus ad cõmercio rum securitatem passim vsurpata eiusmodi auersio periculi quod ferè nunquam deest. Si enim nauigandum sit, quàm amabò frequentes sunt casus maris, vti loquitur Tacitus *lib. 15. annal.* & enumerat Plin. *lib. 2. cap 46. & in proœm. lib. 14.* Propert. *lib. 2. eleg. 6.* aliique, quæ tamen omnia pericula subit auidus mercator. Horat. *lib. 2. ode 13.*

Quod quisque vitet numquam homini satis
Cautum est in horas, nauita Bosphorum
Penus perhorrescit, neque vltra
Cæca timet aliunde fata.

Et *ode 16.*

Scandit æratas vitiosa naues
Cura, nec turmas equitum relinquit
Ocyor ceruis, & agente Nimbo,
Ocyor Euro.

Vide & *lib. 3. ode. 1.* Neque solum mare periculis expositum est; ipsa terra vix minoribus paucioribusque laborat. Audi non bonum hominem Petronium *in satyrico*; *Non sola mortalibus maria hanc fidê præstant, illum bellantem arma decipiunt, illum Diis vota reddentem Penatum suorum ruina sepelit: ille vehiculo lapsus properantem spiritum excussit; cibus auidum strangulauit, abstinentem frugalitas. Si benè calculum ponas, vbique naufragium est*: quare Hesiod. *lib. 1.*

πλείη μὲν γὰρ γαῖα κακῶν, πλείη δὲ θάλασσα.

Plena est terra malis, & plenum est æquor iisdem. Et Seneca. *Ludit de suis fortuna muneribꝰ, & quæ dedit aufert, quæ abstulit reddit, nec vtiquã tutius est illam experiri quàm cùm locum iniuria non habet.* Quãdo igitur locus est iniuriæ propter pericula quæ in quibusdam negotiis agitandis vulgò reperiuntur, magis timenda est illa sortis, & fortunæ, vt ita loquar, inconstantia, vel vt veriùs loquar incertus, & infœlix rerum euentus. Idcircò varias rationes auertendi periculi excogitauit necessitas. Quia verò præcipuum & maximè infestum commerciis periculum contingit in trasuectione mercium, idcircò tandem excogitata est hæc conuentio, quas vnus præstat alium securum, & totum periculum in se auertit, ac recipit. Itaque definitur assecuratio; conuentio de præstanda indemnitate rei, vel mercium transferendarum pro certo pretio. Vel contractus idemnitatis pro certo pretio. Quæ tamen definitiones angustiores mihi videntur, quare hæc communior præferri solet. Est igitur assecuratio contractus, quo quis vel gratis vel propter pretium obligatur præstare rei alienæ periculum, ita vt illius æstimationem, vel compensationem, si perierit, dare teneatur. Dixi *gratis vel certo pretio*, quia quamuis postremum communiter fiat maximè inter mercatores, ideó-

que

que reducatur inter contractus onerosos, poterit tamẽ & aliquando gratis suscipi illa præstatio alieni periculi, eritque gratuita quędam donatio. Quare vtramque eam assecurationem siue per conuentionem gratuitam, siue per onerosam fiat, complecti nostra definitione placuit, quamuis de hac posttema solùm disputaturi simus hoc loco: cùm prior illa nullam singularem difficultatem patiatur.

3 Hunc porrò contractum hodie receptissimum, veteribus olim incognitum fuisse notat Grotius *lib. 2. de iure belli & pacis, cap. 12. n. 3.* cùm tamen non obscura vestigia suscepti periculi vel damni ex certa conuentione reperiamus apud veteres scriptores: nam Liu. *lib. 23.* ait impetratum esse, vt quæ in naues imposuissent ad exercitum Hispalensem deferenda *ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent.* Et *lib. 25.* refert insignem fraudem naufragia mentientium. Sueton. *in Claudio c. 18.* narrat Claudium in arctioris annonæ difficultate explicanda, nihil non excogitasse. *Nam & negotiatoribus certa lucra proposuit, suscepto in se damno si cui quid per tẽpestates accidisset.* Hodie propter longinquiores in oras remotissimas nauigationes frequens est hic contractus, & inde eius originem ante ducentos annos non malè repetit Stypmanus *de iure maritimo part. 4. cap. 7. à n. 9.*

4 Huius contractus materia proxima est periculum, vel obligatio ad periculum præstandum. Materia verò remota sunt res quæ periclitantur, & à quibus periculum auertere se obligat assecurator, & pro hatum rerum diuersitate diuersas assecurationis species aliqui constituunt. Nam præter merces trãsuehendas aliæ quoque res possunt assecurari, quoties in periculo sunt, vt pecunia per loca periculosa transuehenda, lucrum in nundinis, ex Molina *tract. 2. disp. 507.* & Soto *lib. 6. de iustit. q. 7.* libertas si periculum sit captiuitatis, vt cùm quis per loca hostium, aut infesta latrociniis iter facturus est, imò & ipsa vita hominis, v. g. Episcopi, vel beneficiarij; quod contra Archidiac. quem allegat & sequitur Sylu. *verb. assecuratio q. 4.* affirmat Azor *3. par. lib. 11. de assecurat. c. 1. dub. 8.* & cæteri deinceps cum Garcia *lib. 2. de contract. cap. 15.* Soto *l. c.* Molin. *disp. 507. n. 12.* Bonac. *disp. 3. de restit. q. 9. p. 3.* De Lugo *disp. 31. n. 103.* quia seruatur æqualitas, cùm contrahentes æquali periculo, & damno se exponãt, sitque etiam Reipublicæ vtilis. Si enim filiofamilias mutuò dem pecuniam, isleque præmoriatur patri suo, meam pecuniam amittam si velit vti beneficio Macedoniani, quam recuperabo si meus mutuatarius sit patri suo superstes. Cur igitur mihi non licebit ea tantùm conditione mutuare, vt mihi mercator, vel quis alius vitã ipsius post obitum patris mihi assecuret. Idem contingit cùm quis electo Episcopo, aut beneficiario pecunias mutuò dat ad soluendas bullas. Nam si ante eas obtentas, aut aliquam beneficij possessionem obeat, incurrit periculum non recuperandi pecuniam mutuatitiam. Itaque iure postulabit, vt quis eius vitam assecuret per aliquot annos post obtentum Episcopatum, aliudve beneficium. Itáque vulgò Romæ fieri testatur Lugo *loc. cit.* Neque verum est ex eo contractu dari occasionem captandæ mortis, si enim id contingat aliquando, non ex natura ipsius contractus, sed ex malitia contrahentium accidit, alioquin donationes causâ mortis, testamenta, & legata probanda non essent, cùm ex iis simile quid oriri possit. Quod verò dicunt totam hanc assecurationem fieri ex lucri cupiditate, inane est; nam nisi lucrum illud sit illicitum, & turpe, non reddet contractum illicitum. Deinde hîc non tam est lucri cupiditas, quàm vitatio damni, quod incurrere quis periclitatur, nisi sibi de illo caueri curet, periculum eiusmodi certo pretio redimendo, & res suas ea ratione in tuto collocando, quod quis licitum esse inficiabitur?

5 Cuiusmodi verò contractus censendus sit, disputant DD. nam Sylu. *verb. negotium q. 5.* reducit ad cõtractum innominatũ, do vt facias, vel do, vt facias; nã Titius dat Caio certã pecuniam, si nauis tutò perueniat in Indiam, & nisi perueniat damni æstimationem dabit Caius. Conrad. *de contract. q. 71.* allegans Laurentium de Rodolphis, reuocat ad locationem, quia Caius qui Titium securum reddit de naui in Indiam peruentura, locat illi suam operam in eiusmodi naui seruanda. Garcias adducens Albernotium, ait esse fideiussionis quandam speciem: nam dominus rei assecuratę est instar creditoris, & is cui fideiubetur res assecurata est instar debiti in manu debitoris, estque res veluti obligata peruenire in Indiam. Denique assecurator instar fideiussoris obligat se tanquam pro debitore si res assecurata salua non perueniat. Veriùs tamen Molina *disp. 507. n. 1.* Lugo *disp. 31. n. 93.* Lessius *lib. 2. cap. 28. dub. 4.* Filluc. *tract. 27. cap. 1.* & alij passim volunt esse venditionem, in qua certo pretio venditur susceptio periculi, siue obligatio ad illud præstandum; ideóque dirigi debet regulis emptionis & venditionis, estque contractus bonæ fidei, & solo consensu perficitur instar emptionis & venditionis, vti explicat Molina.

6 Ex quibus constat huiusce contractus honestas, quam vnus Conrad. *q. 71.* malè omninò negat, eo quod falsò æstimet esse locationem, in qua assecurator locat suas operas ad saluam constituendam nauim, aut res alias; cùm tamen sæpissimè domi maneat otiosus, nullamque adhibeat operã, neque quis eius loco. Non potest itaque suæ operæ pretiũ recipere, nisi in re illa conseruanda laboret, aut aliis id mandet, qui eius nomine laborent: existimatque Conrad. committi iniustitiam, & confirmat, quia captatio illa lucri nihil omninò honesti confert, & turpis est, & Reipublicæ inutilis. Verùm neque in hoc contractu locatio operarum est, vti diximus; nemo enim ignorat eum qui Vlissipone præstat securam nauim soluentem in Indiam, perstare in Lusitania, neque nautas aut remiges conducere, qui in transuehenda naui laborent, & tamen suscipere obligationem præstandi periculi & damni, si quod accidat naui. Itaque nullã hîc speciẽ locationis fingere licet, sed vti iam monuimus, vera venditio est talis obligationis, & cautionis, vẽdique posse periculum, & eius cautionem diximus sępius, & constat etiam ex nuper disputatis de sponsione, neque est sola captatio lucri, aut iniqua; quandoquidem lucrum illud, si quod accidat, queritur ęquali periculo. Denique inutilis non est Reipublicæ hic contractus, cùm reddat secura commercia, atque adeò frequentia, quod totum maximè interesse Reipublicæ nemo non nouit. Denique huius contractus æquitas ostenditur à priori. In eo siquidem seruatur omnimoda æqualitas inter contrahentes, qui æquali lucro & damno exponuntur. Assecurans quidem soluendi maius interesse pro minori, aut lucrandi totum illud minus interesse: dominus autem rei assecuratæ amittendi pretiũ quod soluit, aut obtinendi pro illo longè maius interesse ab assecuratore. Atque ita fit commutatio vnius periculi ac commodi cui vnus se exponit pro periculo alio ac commodo, cui alter se exponit, atque ita seruatur æqualitas proportione quadam, spectatis vtrimque variis circumstantiis occurrentibus. Ita sapiẽter Molin. *n. 4.* Prætereà praxis vsitata in

in omnibus emporiis, maximè maritimis, cõfirmat huius contractus æqualitatem: nam Vlissipone ponitur mensa publica assecurantium, cui præficitur authoritate regia Notarius ad eiusmodi contractus celebrandos, teste Molina *disp. citata 507. n. 1.* quod idem Hispali, Genuæ, cæterisque similibus in locis factitari suspicatur. Addit Santerna *1 part. n. 5.* nullo iure esse prohibitum huiusmodi contractum; susceptionem autem periculi alieni non facere per se conuentionem aliquam illicitam, nisi aliunde illicita sit, vti pluribus ex iure ostendit, qualis ista nõ est, cùm in ea sit æqualitas, vti docuimus. Malè verò à quibusdam obiicitur *cap. nauiganti, de vsuris*; in eo enim agitur de pecunia mutuatitia quam ipsemet mutuò dans assecurat pretio accepto, hîc verò non est mutuum, vt sapienter respondet Santerna. Verùm *de capite nauiganti*, nos fusissimè disputauimus *in opere de vsuris lib. 2. cap. 4. art. 3.*

7 Porrò ad hanc æquitatem debet pretiũ esse æquale susceptioni periculi, quod non nisi prudentum arbitrio vel recepta consuetudine definiri potest, neque enim in indiuisibili consistit, sed crescit aut decrescit, pro maiori, aut minori periculo quod præstandum suscipitur, quod etiam ex variis adiunctis æstimandum erit.

Secundò debet abesse omnis fraus, & dolus, qualis erit primò si assecurator sciat rem pro qua assecurãda pretium recipit, iam ad portum peruenisse, tũc enim illa obligatio nulla est, nulloque pretio digna, quare si receptum quid fuerit, restituendum erit. Secundò quando quis petit assecurari rem suã, quam certo scit iam periisse, nõ potest petere eius æstimationem sibi restitui, & si eam recipit, reddere debet, atque omnia damna quæ ex eo contractu incurrit assecurator. Tertiò qui petit sibi assecurari merces, quas non habebat, non potest, si nauis pereat, illarum pretium ab assecuratore petere, si sciebat se nõ habere; si enim reuerà habebat, sed iam perierant, ipseque ignorabat, videtur esse contractus sortis, & validam putat assecurationem Rebell. *2. part. lib. 16. q. vnic. n. 7.* Si plus mercium quam reuerà existat, assecuretur, non valet assecuratio nisi pro mercibus quæ extant.

Quartò qui nulla habet bona vnde soluat pretium rei si pereat, & tamen illam assecurat vt pretium accipiat si non pereat, si verò pereat sit aufugiturus, non potest tale pretium suscipere, aut retinere; dolus siquidẽ manifestè dedit causam contractui. Quod si assecurator habeat tantùm in bonis quingenta, & assecuret mille, non poterit accipere nisi medium pretium totius assecurationis ex Reb. *l. c. n. 11.* & Bonac. *disp. 3. de restit. q. 9. p. 3.*

ARTICVLVS II.

Regulæ vniuersales circa obligationem assecurationis.

Status quæstionis. 1.
Prima regula, seruanda maris consuetudo. 2.
Quid ad illam consuetudinem exigatur. 3.
In quibus seruanda ea consuetudo. 4.
Secunda regula, verba conuentionis attendenda 5.
Explicatio singularum quæstionum. 6.
An hæc conuentio obliget ad quosuis casus. 7.
Quid si perierint merces culpa domini, vel nautæ. 8.
Quid si ab vna naui in aliam merces transferantur. 9.

CErtissimum est ex hoc contractu assecuratorẽ obligari ad æstimationem mercium, aliarumque rerum, de quarum periculo cauit, repræsentandam, si perierint; dominum verò rerum assecuratarum obligari ad pretium, quod pro illa auersione periculi promisit, siue res perditæ fuerint, siue incolumes peruenerint. Ita enim conuentio ipsa fert, & dominus quidem exponit se periculo perdendi illius pretij, vt vitet periculum perdendi res suas, quas maioris facit: assecurator autem spe lucrandi pretium conuentum exponit se periculo perdendi æstimationem rerum assecuratarum: cuius conuentionis æquitatem nuper demonstrauimus, quare ab vtroque contrahente omninò seruanda est: quia tamen circa huius obligationis extensionem ac restrictionem plurimæ difficultates occurrere solent, duas vniuersales regulas tradere placet, ex quibus singulares quæstiones explicabis. 1

Prima regula est, hac in parte in hisque conuentionibus earumque praxi & intelligentia seruandam esse maris consuetudinem receptam, siue vsum receptum inter ipsos mercatores, qui mari suas merces vehi curant, de ipsarumque assecuratione conueniunt, nisi aliunde in aliqua particulari conuentione manifesta appareat iniquitas. Dixi consuetudinem maris, non excludo tamen consuetudinem receptam in aliarum rerum assecuratione, & sapientum vsu etiam probatam, aut saltem non reprobatam, sed ago præcipuè de assecuratione aduersùs casus maris, quia ista frequentior est propter maiora pericula, vti aduertit Santerna *3. part. n. 1.* Ratio nostræ regulæ est quia vniuersalis consuetudo quæ neque pugnat cum iure, neque est reprobata, vim habet legis, imò derogat ipsi legi, si aliunde non cõtineat iniquitatem, vt alibi diximus, & omnes fatentur. Sic consuetudo ciuitatis seruanda dicitur, *Authent. de vsu nau. §. fin.* & *in l. deprecatio 9. D. ad l. Rhod. de iactu*, Imperator Antonin. fatetur legem esse dominam maris, & controuersias nauticas ex l. Rhodia, vbi non repugnarit cõstitutionibus principalibus, definiri iubet. Legem illam maris quidni interpretemur consuetudinem, & vsum seruari in mari solitum, quod fert quoque vox *νόμος*, ex qua Rhodij suam legem nauticam collegerant, *obseruatque* Mornac. *in hanc l. citatam*, partem maximam legum, quibus hodie in Gallia ad res maritimas vtimur, depromptam esse ex libro Consulatus qui ætate S. Ludouici scriptus est, in quo sine dubio quod in rebus maritimis seruari soleret annotabatur. Ait denique quondam à Massiliensibus plurimas leges nauticas instar Rhodiarum conditas fuisse, quas hodie ignoramus, eo quod vel iniuria temporũ, vel hominum ignauia perierint. Extat quidem Petri Garsiæ libellus, quo leges quasdam Olonnensium enumerat, quare testatur idem Mornac. Senatum Parisiensem, quoties occurrit quæstio, de qua ambiguè cautum sit edictis nauticis, solere decisionem illius ac iudicium ad mercatores negotiationibus marinis assuetos remittere. Vides igitur quanta sit in controuersiis maritimis definiendis consuetudi-
3 nis communis, & probatæ vis, vt & in omnibus aliis negotiis. Neque sanè leges municipales aliud ferè sunt quàm antiquę consuetudines scripto mandatę, quod nomen etiã in nostra Gallia retinent. Est verò peculiaris etiam aliqua ratio cur in hoc contractu assecurationis attendenda sit consuetudo maris. Cùm enim, quod nuper monebamus, vix à ducentis annis in oris maritimis cœperit hic contractus frequen

frequentiùs celebrari,nullas antiquiores de ipso leges habemus, neque etiam nouas, nisi certarum gentium peculiares,vt quasdam Hollandicas, quæ neque cæteris communes sunt, neque statim aut collectæ,aut editæ,nisi post longum vsum nauigationum, quare ex illa consuetudine suas ipsi leges scripserunt. Denique sapienter obseruat Santerna *2. part. num. 2.* cùm istæ assecurationes fiant ferè inter ipsos mercatores,attendendum potiùs esse ad æquitatem quam ad subtilitates iuris, atque adeò iudicandum ex eadem æquitate.

3 Monet quoque idem Doctor ad hanc consuetudinem necessarium esse,vt consuetudo introducatur ab iis qui habent iurisdictionem & potestatem statuendi circa illud de quo est cõsuetudo,imò & quod fiat animo introducendi consuetudinem, ideoque quando assecuratores dicunt aliquid de consuetudine fieri, teneri ostendere esse introductam a Curia mercatorum, quæ habear potestatem statuendi ea quæ ad ipsos mercatores spectant. Quæ omnia ex iure probare contendit,sed frustra.Nam ad consuetudinem requiritur quidem, vt quod consuetudine inducitur,potuerit lege constitui,non tamè vt constituatur ab habente potestatem constituendi legẽ de hac ipsa re;tunc enim ipse primus deberet consuetudinem inducere,quod non faceret nisi vel exẽplo vel statuto. Hoc posterum lex quædam esset, primum verò non sufficeret, neque Principis actus statim inducunt consuetudinem,quæ sæpè à violatione legis incipit. Itaque sufficit si Princeps, qui posset legem de re quapiam condere, sciat aliquam consuetudinem circa illam induci ipso vsu,& seruari,idque ferat,ac dissimulet,vti fusiùs in nostra sciẽtia Canonica disputantes de iure consuetudinario docemus. Hæcquidem consuetudo firmior, & æquior etiam est, quando Senatus & Curiæ secundùm illam consuetudinem iudicant.Itaque si Curia mercatorum quidpiam circa consuetudinem in assecurationibus seruandum iudicet, signum certissimum erit benè stabilitæ consuetudinis.Placet quod monet iterum Santerna *ibid. n. 7. & 8.* duplicẽ esse in his assecurationibus consuetudinem, particularẽ vnam,quæ in aliquo loco dumtaxat seruatur, vt in Hollandia,aut in Lusitania; aliam quæ in pluribus iisque diuersarum regionum emporiis, quæ idcircò generalis consuetudo dici potest:vtraque verò dum passim & vsurpatur,& probatur, tenenda est, nisi aliter in conuentione pacifcantur. Verùm non licebit passim particularem consuetudinem ab vno loco ad alium extendere, maximè si in diuersis locis contrarius sit vsus,licebit tamen ostendere consuetudinis alicuius æquitatem,& assecurationis factæ ex eo quod in alio loco eadem vsurpatur passim,& æqua habeatur.

4 Est porrò maximè consuetudo maris,vt loquuntur,attendenda circa istas assecurationes in constituendo pretio periculi,quod suscipit assecurator, & æstimatione mercium,quas securas reddit; cùm enim non consistant in indiuisibili, habeantque varios gradus,infimum,medium,& summum, mutenturque,crescant, & decrescant pro variis circumstantiis,definiri non possunt nisi vel lege,vel consuetudine, siue prudenti mercatorum æstimatione,siue vsu fori, vel in casu quodam particulari, de quo & leges,& cõsuetudo silent,boni & æqui viri iudicio.

Secunda regula generalis est verba contractus 5 assecurationis, & mentem contrahentium esse attendenda ad dignoscendam obligationem reciprocam quæ ex eiusmodi contractu nascitur.Hec regula certissima est, & in cæteris omnibus contractibus æquè seruanda,cùm actus nunquam operentur præter intentionem agentium, ideoque circa hunc contractum præscriptæ sunt aliquæ formulæ in Hollandia, & alibi: vnam integram refert Loccenius *lib. 2. de iure maritimo cap. 5. n. 6.* Exprimere oportet nomen nautæ, nauis, locum vbi onerata est, & quò nauigare velit, definire mercium qualitatem, quantitatem,numerum, mensuram coram testibus & Notario.Si verò tormenta & apparatum bellicũ vel carinam ipsam volueris assecurare,hæc omnia ante discessum à peritis æstimari curandum est,quæ tamen æstimatio inquit Loccenius,non præiudicabit auersori periculi,si probare possit illam ex affectu,collusione,aut alia mala arte maiorem æquo factam esse.Itaque ex formula & verbis conceptis assecurationis, obligatio contrahentium diiudicanda erit,& videndum quomodo verba illa pro subiectã materia, legibus nauticis, siue consuetudine maris, communi hominum sensu,atque ipso etiã iure capienda sint,an amplianda, an restringenda, an in propria significatione, an quodammodo improprianda.

Hinc fit primò vt si dominus dicatse habere 6 merces in naui pro mille,quas assecurat alter,& tamen aut nullæ sint in naui merces,aut non tot,non valeat ea assecuratio respectu domini mercis,cui si pereat nauis,nihil debebit assecurator,valebit tamẽ in fauorem assecuratoris cui debetur pretium periculi quod suscepit,& si iam illud recipit,non tenebitur illud restituere,ita pluribus Santerna *3. part. à n. 10.* quia assecurator reuerà subiit periculum. Igitur illi merces conuentæ debentur:non tenetur tamen ad æstimationem mercium quæ non erant: nam si lego rem quæ est in tali loco,& ibi non reperiatur, non valet legatum, quasi legatum sine corpus quod non est in rerum natura,& stipulatio rerum quæ nõ sunt,valere potest. Neque sanè assecurator fuisset contracturus de æstimatione rerum, quas sciuisset non existere in naui: quæ omnia ex iure probat Santerna.

Secundò si in naui alienas merces, aut illicitas pro suis & licitis dominus posuerit, & assecurator id ignorans de periculo cauerit, non poterit dominus aduersus ipsum ad æstimationem agere, quia in dolo fuit. E contrario tamen si nauis salua perueneri t, pretium debebitur assecuranti, qui bona fide pactus est.Santerna *4. part. numer. 13. & seq.* & *num. 42. & seq.*

Tertiò non licet in fraudem primi assecuratoris, aut assecurati ab altero deinde postulare assecurationem inscio primo assecuratore, in diuersis,aut pluribus locis, quod si secùs fieret bona fide & citrã fraudem,primam assecurationem pro omnibus bonis sufficientem solam ratã esse volunt, ordination. Antuerpiens. *art. 14. & 15.* & vltimus assecurator tantùm in auersione periculi quantùm primus, siue sit lucrum, siue damnum, feret.

Quartò assecuratio sumit initium à tempore,quo merces sunt in naualibus,vt inde imponãtur naui,& durat vsque dum in portu destinato sint exoneratæ, nisi aliud conuenerit, aut aliter lege definitum sit. Exoneratio non differtur vltra quindecim dies,neq; plures tenet; nisi quædam obstacula obiiciantur.

Quintò quoties assecuratio ab vno portu ad aliũ facta fuit,absque mercium exonerandarum mentione in terram,inchoabitur à tempore impositarũ naui mercium, & finietur dum saluæ destinatum portum ingressæ fuerint, ibique per 24. horas ad anchoras steterint, quod consuetudine à mercatoribus inductum videtur; quia nauis in ipso quoque portu, & eius ostio periclitari dicitur *l. 4. D. ad l. Rhod. de iactu*, & Propert. *lib. 3. Eleg. 6. fallit portus*

tus & ipse fidem. Narratque Tacitus *lib. 15. annal.* ducentas fermè naues in ipso portu Tiberis vi tempestatis absorptas imperante Nerone.

Sextò assecuratio non refertur ad præteritum, sed futurum periculum, & damnum, quandoquidem susceptio præteriti periculi, & rerum iam deperditarum promissa securitas ex iure cõmuni nulla est, quia res de qua fit promissio securitatis, non existit quo tempore fit promissio, aut non est in nostro commercio: quare si fiat aliqua cõuentio erit aleę, & vana sponsio, plerumque fundata super inopinata, & inconsulta captione alterius contrahentis, ideóque tanquam Reipublicę damnosa & inconsultus contractus reprobatur à iure, si puta sit & causam non habet. Nam si fraus omnis absit & captio, & conditionem tanquam causam adiectam habeat, valebit, vti nuper dicebamus disputantes de sponsione.

7 Septimò assecurator qui ex pactis conuentis se vniuersim ad pericula maris vel nauigationis obligauit, tenetur de quouis casu etiam improuiso, nisi culpâ domini mercium, vel nauis acciderit: quare si à tempestate, à mari, ab hostibus, prædonibus, repræsaliis, aliisque vsitatis & insutatis modis euenerint citra fraudem & culpam contrahentium, aut domini mercium, vel nauis, vt dixi, assecuratoris damno erunt. Ita Grotius. *introd. iur. Holland. part. 24.* quare si dominus ille non fecerit quod diligens & cautus curator faceret, si quid per moram & negligentiam admiserit, de illo ipso tenebitur, non assecurator. Ideóque si assecurator cauerit de periculo, illo tempore, quo minus periculosa erat nauigatio, & nauarchus, vel dominus nauis absque graui causa nauigationem distulerit in aliud tempus parum opportunum, obortaque tempestate naues cum mercibus perierint, aut à piratis, qui tempore stipulationis non habebant infestum mare, captæ fuerint, præstabit periculum nauarchus, vel nauis dominus, quia mora cuique sua nocere debet ex *regul. iur. in 6.* Si nauarchus contra pactum mutauerit destinatum iter absque necessitate, liceri causâ, inscio vel inuito assecuratore; si sciens mare infestum piratis, & hostibus, nolente assecuratore, illumque casum excipiente nauigauerit, si nauem non direxit ad eum portum de quo conuenerat; si nauem onerauit mercibus illicitis, quæ deinde idcircò publicatæ sunt; de eis omnibus non tenebitur assecurator, sed nauis dominus, quod etiam disputasse me memini *lib. 2. cap. 1. vbi de obligat. nautarum.* Quod idem dicendum erit si nauis gubernator nulla tempestate, aut necessitate adactus, sed proprio consilio directum cursum omittens, compulsus deinde fuerit iactum facere, de illo tenebitur, non assecurator, qui non se obligauit nisi ad pericula quæ via ordinaria contingunt, vel si extraordinaria sunt ex necessitate, non culpa nautarum accidunt.

Octauò in cauendo periculo quandoque speciales casus exprimuntur, & tunc ad non expressa non obligatur qui de periculo cauit: aliàs principalibus casibus annumeratis adiicitur clausula generalis, & illa ad omne periculum obligat. Aliquãdo conuentioni generali de suscipiendo omni periculo subiiciuntur exceptiones aliquorum, vt incursus piratarum, aut alij similes, possũt enim variæ exceptiones plures aut pauciores adhiberi, ex pactis conuentis.

Nonò assecuratio simpliciter facta de prima nauigatione erit intelligẽda. Santerna *3. part. n. 30.* quia sermo simpliciter prolatus de vno & primo intelligendus est, *argum. l. 69. §. 1. D. de verbor signific.*

8 Decimò si is cui præstatur periculum sua fraude fecerit vt res in naui perirent, & mentitus fuerit naufragio periisse, vel casu, vt qui cauit, damnum subeat, nonmodò ad illud ipse tenetur, sed etiam propter dolum admissum puniendus est. Hoc olim dolo publicani Romani Posthumius & L. Pomponius vsi sunt: nam cùm Populus Roman. cauisset deperieulo à vi tẽpestatis in rebus portatis ad exercitũ Romanum, mentiti sunt naufragia, & nuntiauerunt quæ ipsorum fraude facta fuerant, casu euenisse. Nam in veteres quassatasq; naues rebus parui pretij impositis, eas in alto merserunt, exceptis in præparatas scaphas nautis, cuius fraudis seuerus vindex fuit populus. Ita Liuius *lib. 25.*

Vndecimò assecurator tenetur ex iactu mercium, quia iactus & perditio propter casum ęquiparantur. Ita Santerna *4. part. n. 44.* quia tamen in iactu locus est contributioni de qua diximus *lib. 2. c. 1.* subleuatur ea contributione assecurator.

Duodecimò si in ipsa naui corruptę fuerint merces culpa magistri nauis, quia vel eas non benè recondidit, vel non diligenter seruauit, ideóque ab humore vitiatæ, vel à muribus corrosæ sunt, tenebitur nauarchus, non assecurator, qui tamen obligabitur si à procella, vel tempestate humidæ corruptæ fuerint.

Decimotertiò non tenetur de culpa gubernatoris assecurator, sed ipse dominus nauis, qui illam non idoneo gubernatori commiserit contra Santern. *4. part. n. 17.* qui tamen probandus est quando qui cauit de periculo, obligauit se generaliter ad omnes casus, etiam culpâ nautæ datos.

Decimoquartò quæstio est an quando merces in 9 eadem nauigatione transferuntur ab vna naui in aliam, si nouissima pereat, teneatur de illo damno assecurator: quæ definienda est ex formula cõuentionis. Si enim in ea meminerit nouissimæ nauis, tenebitur, & non aliter. Si tamen merces translatæ fuerint in scapham causâ leuandæ nauis, quæ flumen vel portum subire non poterat, & scapha perierit, æstimabitur ille casus perinde ac si in ipsa naui contigisset *argum. l. nauis. D. ad l. Rhod. de iactu.* Quare si promissor cauerit de damno donec ad portum perueneri nauis, tenebitur: quod si alia de causa exonerata in scapham fuerit nauis, & scapha perierit, non tenebitur assecurator. Vide Santern. *2. part. n. 36. & seq.*

Decimoquintò si nauis cum pretiosis mercibus exoticis alicubi detineatur ab aliquibus, dominus nauis vel mercium sex menses, aut etiam in remotioribus locis annum expectare debet, antequam eiusmodi nauis pro deperdita habeatur, & publicetur. Saluæ autẽ merces aliæ imponentur alteri naui ad prosequendum iter; quod intelligendum est de mercibus non vsu consumptibilibus, aut ipso tẽpore deterendis, tunc enim tam diutinum tempus expectandum non erit vt fruges deperditæ habeantur.

Plura de his apud Santern. & in statutis Hollandieis, Antuerpiens. aliisque. Hæc pauca nostro instituto sufficiunt, singula enim priuataque regionũ statuta & iura persequi nõ debemus, nec possumus.

ARTICVLVS III.

Quæstiones consectariæ.

CONS. I. *Quale dubium de euentu futuro requiratur ad equalitatẽ huius contractus.*

II. *Casus singulares.*

EX tradita Doctrina vniuersali paucæ quædam difficultates quæ supersunt, non difficulter explicabuntur.

CONSECT.

CONSECTARIVM I.

Quale dubium de euentu futuro requiratur ad æquitatem contractus aſſecurationis.

CONueniunt omnes ad aſſecurationis æquitatẽ neceſſariò requiri dubium aliquod de euentu futuro, aut periculo, qui enim certus eſt nullum eſſe periculũ nequit pro ſuſceptione illius periculi pretium accipere, neque etiam æſtimationem mercių dominus, ſi nullas habeat, quia omnia nuper monuimus, eo quod ſit apertus dolus qui cauſam dat contractui; quare reſtituendum erit decepto quod ab illo fuerit acceptum, & omnia damna & expenſæ ea de cauſa factæ reparandæ. Ex quibus etiam ſequitur pro maiori aut minori incertitudine periculi minuendum, aut augendum eſſe pretium, nam ſi aſſecurans non eſt quidem certus rem quam aſſecurat iam eſſe in tuto, ſciat tamen magna ex parte ceſſaſſe periculum, quod ignorat dominus illius, vel ſi dominus habeat coniecturam aliquam de iactura ſuæ rei, quam ſecuram reddi poſtulat ab eo qui totã iacturam ſuſcipit, debebunt pretium aſſecurationis & æſtimationis mercium pro quantitate maioris aut minoris periculi conſtituere, aut etiam reſtituere, vt inter contrahentes ſeruetur æqualitas neceſſaria.

Quæſtio tamẽ eſt, an vbi nauigatio propter frequentes tempeſtates periculoſa eſt, ideóque cõmune & ſolitum aſſecurationis pretium magnum eſt, poſſit qui vel ex Aſtrologia ſcit non fore tẽpeſtates, vel non fore piratas didicit ex ſuis amicis, aliave ratione certus redditur non futura pericula, quæ timentur, poſſit inquam nihilominus accipere pretiũ illud ordinarium. Id enim affirmat Leſſi. *lib.2.c.28. n.27.* quem plures alij ſequuntur; quia illa obligatio præſtandi periculi vulgò tanti æſtimatur, & priuata occultaque notitia nõ minuit communem æſtimationem. Quare diximus aliàs poſſe vendi merces cõmuni pretio ab eo qui ſcit proximam fore abundantiam, minuendumque idcircò pretium, quia monitus fuit ab amico de appulſu nauis.

Quod ſi hoc cõcedamus, æquè licebit accipere cõmune pretium ſecuritatis, licèt certus ſis rem illam iam eſſe in tuto poſitam; quod tamen negant iſti DD, cum Leſſio, cùm in vtroque nullum reipſa periculum ſit, licèt eſſe exiſtimetur: nam in primo caſu res ſunt in mro, in altero verò nullæ erunt tempeſtates, eaſque cauſæ naturales certò, imò, & neceſſariò impedient, & pyratæ non habebunt infeſtũ iter, idque certò ſcis: quare æquè in hoc caſu dolus erit, cùm paciſcaris de periculo, quod certò ſcis non futurum, iſque dolus dat cauſam contractui, ob quã quam vnam rationem Leſſius volebat in priori caſu contractum fore iniquum. Neque dicas pretium accipi non pro periculo, ſed pro obligatione præſtãdi periculi, quæ obligatio tãti æſtimatur, quia idem continget in priori caſu in quo ſcis nauim eſſe in tuto, & extra periculum: nam obligatio ad illud periculum tanti æſtimatur, quamdiu cõmuniter ignoratur: quare ſapienter dixit Lugo *diſp.31.num.97. & 98.* in vtroque illo caſu contractum eſſe iniuſtũ, ſi certò ſciatur nullum eſſe periculum, quacumque ratione habeatur illa certitudo: nam aliquando exiſtimatur eſſe certitudo quæ tamen nulla eſt, eo quod nitatur ratione fallaci, vt contingit in notitia quæ per Aſtrologiam habetur, quæ fallaciſſima eſt, neq; ſufficit viro prudenti ad diſcutiendum omnem tempeſtatis metũ, ideóque vera eſt opinio Leſſij ſi agamus de periculo tempeſtatis, quam non eſſe futuram ex Aſtrologia nobis perſuadeamus. Cùm enim ſit adhuc periculum, & illud timere prudentes debeãt, poterit iniri pactum de illo cauendo à viro prudẽti, & pretium ordinarium capi. Nos verò loquimur de notitia certa, qua ſcitur nullum eſſe periculum, contendimuſque de illo cauendo non poſſe aliquẽ paciſci, & eam ob cauſam pretium accipere. Eſtq; euidens ratio à priori; cùm enim hic contractus aſſecurationis ſit quædã venditio, vti diximus *art.1.* nõ poteſt eſſe vera venditio non exiſtente abſolutè materia quæ venditur, vel non exiſtente intrinſecè tali, qualis venditur, vnde fit vt venditor teneatur manifeſtare vitium intrinſecum, & ſubſtantiale rei vẽditæ, licèt occultum ſit, & ob eam ignorantiam tãti communiter æſtimetur, quanti illam vendit: quare ſi gemma aliqua communiter exiſtimetur vera, & magni pretij, non poteſt tamen venditor, qui nouit illam eſſe falſam, illo communi & magno pretio vendere, cùm reuerà propter defectum intrinſecum quo laborat, non tanti valeat, & vẽditor id nouerit. Atqui materia venditionis quæ reperitur in aſſecuratione, eſt periculum quod præſtandum ſuſcipitur, quod vel nullũ eſt, vel aliud omninò intrinſecè ab eo quod apparet; quia vel maius, vel minus eſt, idq; ſcit vendens. Peccat igitur ſi vendat periculum quod non eſt, vel quale intrinſecè non eſt, & committit iniuſtitiam, neque proinde iniuſtum pretium retinere poterit. Quod autem aliqui dicunt materiã huius contractus non eſſe periculum, ſed obligationẽ ad periculũ, non fauet. Nam illa obligatio non emitur, niſi quia incertũ eſt an futurum ſit periculũ, & obligatio ad periculũ quod nullum eſt, nulla & inanis eſt, neque pretio digna, & qui ſciret nullum eſſe periculũ, non paciſceretur de obligatione illud præſtandi: Et reuerà intrinſecè diuerſa eſt obligatio ad maius periculum ab obligatione ad minus, quare dum vitium intrinſecum illius obligationis occultatur ſcienter à vendente, qui æquale pretiũ accipit atque ſi careret illo vitio, peccat contra iuſtitiam.

Ex quibus vides diſcrimen inter hanc venditionem, & illam qua venduntur merces currenti & cõmuni pretio ab eo qui ſcit illud minuendũ eſſe propter copiam, quam appulſus nauis inuehet, quia in hoc caſu non occultatur vitium aliquod intrinſecũ mercium, quæ neque deteriores, neque meliores intrinſecè fiunt propter copiam, & raritatem, quãuis inde minuatur vel augeatur commune pretiũ, quod quamdiu non mutatur, & merces eædem intrinſecè perſeuerant, neque illarum valor intrinſecus mutatur, licebit valorem extrinſecum, quamdiu perſeuerat, accipere, licèt quis ſciat ex aliqua circumſtantia extrinſeca mutandum eſſe.

Quæres an qui ex certa reuelatione ſciret nauim non eſſe ſubmergendam, neque ab hoſtibus capiendam, poſſit illam cõmuni & ſolito pretio aſſecurare.

Reſp. diſtinguendum eſſe, ſi enim ſciret ille nullum fore periculum, nullas procellas, nullum hoſtẽ, non poſſet pro præſtãdo periculo, quod nullum eſt, paciſci; ſi verò habeat dumtaxat reuelationem de vitãdo periculo, naufragio, hoſtibus, poſſet cõmune pretium accipere, quia reipſa periculum eſt, neque proinde in huius venditionis materia & re pro qua pretium accipitur, eſt vllus defectus intrinſecus, aut falſitas, neque futurus euentus tollit periculum euẽtus contrarij, pretiũque accipitur pro periculo euẽtus, non pro ipſo euẽtu, alioquin ſi nauis periret, pretium deberet æquati illi damno, atque ita dominus mercis nihil lucraretur aſſecuratione, quam æquali pretio emiſſet: ſi verò nauis ſalua appellat, nihil deberetur aſſecuratori, qui pactus fuerat pro euentu infauſto ſi accidiſſet.

CONSECT.

CONSECTARIVM II.

Aliqui casus singulares.

CAius petit assecurationē mercium quæ ex India deuehuntur naui S. Georgij, Sempronius præstat illam securitatem certo pretio, appellit nauis salua & integra, sed sine Caij merc[...]us, quæ ad ipsum transmissę non sunt, & in India perstiterunt; quid Iuris, debeturne Sempronio securitatis pretiū.

Resp. distinguendum esse; si enim ambo bona fide contraxerunt, quia Caius existimabat suas illas merces sibi ex India, illa naui transmittendas, non debetur pretium vllum Sempronio assecuranti, imò si illud accepit, debebit restituere, quia contractus ille fuit nullus defectu materiæ contrahentiū, quippe intentio conditionata erat si merces mitterentur. Non debet etiam quidquam soluere, licèt nauis periisset, quia non cauit periculū nauis, nisi quatenus Caij merces vehebat. Ita Molin. *disp.* 507. *n.* 7. atque ita à Senatu Lusitano iudicatum fuisse refert Santerna.

Si verò qui petit assecurationē mentitur se mittere aut expectare merces, quod tamen falsum est; vel hoc ipsum scit assecurator, vel nescit, & fallitur. Si primum, valet contractus, & reducitur ad sponsionem, vt ait Sotus *lib* 6. *de iustit. q.* 7. *art.* 1. & Molina *disp.* 507. *n.* 8. v. g. si hæc nauis salua appulerit ex India dabo tibi duo millia, si perierit dabis mihi quatuor millia quibus æstimo meas merces: vbi vide, nomine assecurationis fieri sponsionem, quod censet etiam Less. *cap.* 28. *n.* 28. & Lugo *disp.* 31. *n.* 101. Quod si assecurator existimet merces mitti ex India, quod fingebat mercator, ni super nauis salute sponsionem faceret, negat Sotus contractum esse validum, cùm dolus causam ipsi dederit. Molina verò ita quidem in foro externo iudicandum esse dicit, valere tamen in foro interno si dominus qui fingebat merces esse, omnem curam & diligentiā adhibuerit vt nauis salua perueniret, quia tunc dolus non dedit causam contractui. Nam assecurator eodem modo contraxisset, etiamsi sciuisset nullas esse merces, sed tamen omnem curam & diligentiā impenderit exhibendam circa salutem nauis, cùm nihil sui intersit siue sint, siue non sint in ea merces. Quando itaque qui petit securitatem domi manet, nec ad ipsum, eiusve ministros cura nauis pertinet, sed ad eius dominum cui naulum soluit; non potest iure præsumi velle decipere ad captandum lucrum ex illa fictione, siue plures dicat esse merces quàm reipsa sint, imò neque si nullæ existent contraquàm ipse affirmet. Itaque valebit assecuratio. Placet distinctio De Lugo *num.* 101. si enim deceptio sit circa substantiam mercium, quia nullæ sunt merces, cùm tamen fingantur esse, nullus erit contractus assecurationis defectu materiæ, in vtroque foro. Si autem fictio fiat circa valorem mercium, valida erit assecuratio, quia quantum augetur vel minuitur valor, tantùm augetur aut minuitur pretiū assecurationis.

Secundò plures sunt in naui merces, quarum vnā tantùm partem quis assecurat, quid fiet si vna pars mercium pereat. Molina *n.* 9. respondet, si designata sit pars certa mercium, illa saluâ, licèt reliquę pereant ad nihil teneri assecuratorem, si verò illa pereat, debebit eius valorem soluere. Si verò non fuerit pars certa designata, sed assecuretur media para mercium, pereunte media parte debebit assecurator soluere medium pereuntis: v. g. si assecuret duo millia aureorum, & pereāt omnes merces, soluet integros duos mille aureos, si pereat media pars illarum omnium mercium quæ æstimantur lex mille aureis, soluet solùm mille aureos, Id tamen difficile existimat Lugo *n.* 102. mihi contrahentium intentio & animus inquirendus aut coniectandus esse videtur.

Tertiò plures sunt assecuratores, quorum singuli pro sola parte dumtaxat assecurant, & dimidium mercium perit; quid fiet.

Respondet Lessius *cap.* 28. *n.* 30. si partes singulorum fuerint designatæ, certum videtur illos solùm teneri, quorum partes periere, sed si partes non fuerint designatæ, tenebuntur omnes pro rata contribuere ad partem quæ periit; v. g. si æstimentur merces octoginta millibus aureorum, & quatuor sunt assecuratores, quorum singuli partem quartam assecurant, siue decem millium æstimationem, dimidium autem mercium periit, singuli debebunt conferre decem millia.

Quartò Titius assecurat merces Caij illi cum aliis sociis communes, censeturne omnes illas assecurasse, an solam Caij partem. Hoc postremum iudicasse Lusitanum Senatum refert ex aliis Rebell. 2. *part. lib.* 16. *q. de assecurat. n.* 14. qui sapienter aduertit hanc definitionem Senatus intelligendā esse quando Titius non assecurauit expressè eas omnes tanquam Caij proprias; ita vt ex modo conuentionis intelligatur super omnibus illis initum fuisse contractum.

Quintò vbi res aliqua vendenda aut locanda sub hasta exponitur, vt in redemptione vectigaliū, solent in Hispania ad calefaciēdum forum promittere certam summam illi qui primus pretium auxerit, ita vt si non sit alius qui denuò pretium augeat, res illi addicatur qui pretium auxit. Quæritur an hic contractus sit iustus: ita sentiunt Azor 3. *part. lib.* 11. *c. de assecur. dub.* 3. Filluc. *tract.* 37. *cap.* 1. *n.* 17. Bonac. *disp.* 3. *de restitut. q.* 9. *punct.* 4. *sub fin.* quia vterque contrahēs exponit se periculo lucrandi & perdendi: & præterea dominus securus redditur de iusto pretio, assecurator pro onere assecurationis iustum etiam pretium capit.

Sextò quærit Molina *disp.* 507. *citata n.* 13. quid censendum sit de æquitate contractus Hispali celebrari soliti. Dant aliqui soluentibus in nouum orbem pecuniam cum vsuris quinquaginta, aut sexaginta in singula centenaria, hac conditione vt si certa quædam nauis quæ designatur, & in nouum orbem soluit, perierit, pereat quoque & tota sors & vsuræ omnes ei qui pecuniam dedit: sin verò salua perueniat, restituatur illi & sua sors, & illæ vsuræ quinquaginta, aut sexaginta in singula centenaria, vel aliæ maiores minoresve, de quibus conueniunt. Idcircò vocant hunc contractum concessionem pecuniæ ad damnum, & periculum nauis. *à daño sobre tal naue.* Præterea solet illa sors Hispali assecurari pretio octo, aut nouem in centum. Damnant aliqui hunc contractum, quia qui eam pecuniam dant minus ex ea lucrarentur, si ex ea merces mitterent in nouum orbem, incurrerentque æquale capitalis periculum, imò & maius; quia mercium abundantia ibi vilesceret: quare non videtur quo iure tam ingens lucrum 50. aut 60. in singula centena facere valeant. Alij probant eiusmodi contractum, cùm in eo reperiatur sponsio; si nauis appellat, aut ni appellat in Indiam, ac proinde sese exponit vterque contrahens sorti & fortunæ. Quamuis autem adiiciatur assecuratio, illa non violat contractū sponsionis; ęquè enim possum assecurare lucrū quod ex sponsione à casu futuro incerto pendet, atque merces incerta nauigatione deuectas. Sanè Molina damnat tantùm propter inæqualitatem dāni, & periculi, quod tandem dicit ad æqualitatem

reduci

reduci poſſe. Alios ſingulares caſus videbis apud Santernam 3. & 4. *part. de aſſecurationib.* quos quia ex magna parte ad forum externum pertinent, dimittimus, reliqui verò facilè ex iis quæ diſputauimus hactenus colligentur.

CAPVT XII.

De mutuo.

DE hoc contractu fuſiſſimè diſputauimus *in opere de vſuris, lib. 1. per quinque priora capita*, & *cap. 2.* demonſtrauimus contra Salmaſium mutuū eſſe veram alienationem pecuniæ mutuatitiæ, quod heterodoxus ille pluribus diuerſis in opuſculis perpetuò negat, vt inde doceat ſuam illam hæreſim de vſura natutaliter licita, cùm vſus, ſiue vſionis rei ſuæ mercedem iure repetat mutuator, quia non alienauit à ſe pecuniam quam mutuò dedit, ſed eius adhuc dominium retinet, vſumque dumtaxat pacta mercede vendidit, quod falſiſſimum eſſe demonſtrauimus *cap. deinde* 3. De obligatione ex contractu mutui, in mutuum dante & accipiente, per vniuerſales regulas, atque quamplurima conſectaria diſputauimus, tum de actione ex mutuo conſurgente, ac demùm de perſonis quæ mutuò dare & accipere poſſunt, ita vt illi tractationi nihil ampliùs adiiciendum occurrat hoc loco.

CAPVT XIII.

De contractu vſurario.

DE vſuris toto & pleno opere pridem diſputauimus, neque quidpiam alicuius momenti prætermiſſum à nobis vllus quæri iure poterit, cùm non modò manifeſtas vſuras proſecuti fuerimus, ſed & latentes, atque aliorum legitimorum contractuū ſpecie velatas inquiſierimus, & immanis feræ abſtruſa quæque cubilia ſagaci diligentia luſtrauerimus. Cauſas etiam quæ nonnumquam in mutuo vſuras capere permittunt, *toto lib. 2.* explicuimus, & tractationem de en quod intereſt ſubiecimus, quare nihil ſupereſſe exiſtimamus tradendum hoc loco.

CAPVT XIV.

De commodato.

DE hoc contractu egimus *lib. 3. operis de vſuris, c. 4.* tum eius naturam, tum commodatarij, & commodantis obligationes, & iura expoſuimus, & denique quænam in eo iniuſtitiæ, vel vſuræ labes reperiri poſſit aperuimus.

CAPVT XV.

De precario.

DE hoc quoque contractu *lib. eodem c. 5.* tractauimus paucis, eo quod affinitas quam habet cum cōmodato fuſiorem diſputationem non deſideraret, perſpecta ſemel commodati natura ; & obligationibus.

CAPVT XVI.

De depoſito.

PLures mitto difficultates quas continet tam cōtractus depoſiti, quàm commodati, idcircò longiorem diſputationē de illo inſtituimus *citato lib. 3. operis noſtri de vſuris, c. 6.* & eas omnes maxima cura ac perſpicuitate ni fallor, explicuimus.

CAPVT XVII.

De pignoribus, & hypothecis.

DE illis ſunt longiores Doctorum tractatus, & in vtroque foro frequētes difficultates, quas omnes breuiori cōpendio certa ac ſcientifica methodo more noſtro explicuimus *lib. 3. cap. 7. per 13. articulos* ita vt nihil ampliùs ab aliis deſiderare iure poſſis.

CAPVT XVIII.

De locationibus.

HVnc quoque contractū cuius quotidianus vſus eſt, per plures articulos expoſuimus, *cap. 8. lib. 3. citato*, non ſine noua aliqua, niſi fallimur, luce.

CAPVT XIX.

De emphyteuſi.

QVia præſtationes animæ facilè vſuras tegere poſſunt, idcircò in opere noſtro de vſuris de variis huiuſmodi præſtationibus agere debuimus, vt ſi quæ in illis aliquando laterent vſuræ & fraudes, aperiremus, quod *toto lib. 4.* præſtitimus, atque in primis de emphyteuſi *cap. 1.*

CAPVT XX.

De libello & precaria.

QVia duo iſti contractus magnam affinitatem habere videtur cum emphyteuſi, de illis quoque diſputare placuit eodem *lib. cap. 2.* vbi precariarum Eccleſiaſticarum materiam prorſus obſcuram, ex veteribus moribus maximè Gallicanis illuſtriùs explicuimus per plures articulos.

CAPVT XXI.

De feudis.

SIue feudorum originem à Romanis, ſiue à Francis repetamus, hodie vſitatiſſima illa ſunt, pariuntque diuerſa iura & obligationes inter patronos & clientes, ſiue inter dominos & vaſſallos, eſtque nobile illud inter cætera commercium, quod omitti in hac vniuerſali tractatione de rerum humanarum negotiatione non debet, ſed ea opera ptidem functi ſumus *lib. 4. de vſuris, cap. 3.* Vbi quæ à nobis deſiderari poſſet diuite manu dedimus.

CAPVT XXII.

De laudemiis.

LAudemia debentur à nouo vaſſallo & emphyteuta, dum emphyteuſim vel feudum acquirit, quaſi beneficij agnoſcendi cauſâ ; quare eius cognitionem ad definienda iura dominorum, & genus illud commercij quod cum nouis emphyteutis vel vaſſallis habent, neceſſariam eſſe nemo non videt; inde enim quamplurimæ & quotidianæ quæſtiones etiam quoad forum internum, excitantur ; eas explicuimus *cap. 4. lib. 4. citat.* vbi fuſiſſimè

fusissimè laudemia tractauimus, & plurimas fraudes retegimus.

CAPVT XXIII.

De contractu dotali.

CVm Respublica non stet nisi coniugiis, nullum est frequentius commercium quàm matrimoniorum, in quo duo contractus implicantur. Primus est ipsiusmet matrimonij, quod est mutua traditio corporum, qui contractus quia à Christo ad rationem Sacraméti eleuatus est, illius tractatio ad disputationem de sacramentis reiici solet, quem morem nos quoque sequemur. Alter cótractus illi ferè perpetuò coniunctus, est contractus dotalis qui ad commercia merè humana & politica pertinet, neque vllam sacram rationé continet, quare ad hanc tractationem de humana vniuersa negotiatione pertinet, ideóque de illo nobis agendũ foret hoc loco, sed occupauit hunc laborem tractatus de vsuris, eo quod crebra sit in iure mentio dotaliũ vsurarum, quas non poteramus explicare, nisi explicata dotis siue contractus dotalis natura, qua de causa totam huius contractus tractationé fusissimè tradidimus *lib.4. cit. cap. V. per XXVIII. articulos*, quibus nihil amplius adiicere habeo.

CAPVT XXIV.

De censibus.

HOc commercium per contractum census vbique volgatissimum est & innumeras valdè implexas difficultates complectitur, quare sine eius explicatione non possumus instituto quod hoc opere suscepimus, satisfacere, nisi iam id fuissemus executi; cùm enim heterodoxi, qui vsurarũ æquitaté præfractè tuentur, passim obiiciant censos in vicem vsurarum à Pontificiis substitutos fuisse, qui vt fucũ facerent populis præscripto vsurarum inuidioso nomine, rem ipsam retinuerint, ipsique palam vsuram exerceant quam se dánare simulant, eam calũniam amoliri debuimus disputáies de vsuris, neq; id facere cómodè potuimus nisi ageremus de contractu cẽsuali, quod abundè & plena manu præstitimus *lib.4. toties citato cap.VI. per XXVII. articulos.*

CAPVT XXV.

De variis montibus pietatis.

QVia census sæpè constituuntur in quibusdam vt vocant montibus in Italia celeberrimis, in quibus certa pecuniæ summa deponitur, vt publicis necessitatibus cósulatur illius mutuatione, cũ certis quibusdã & legibus & conditionibus de quibus an æquæ, vel iniquæ essent, & vsurariæ diu dubitatum fuit; quare de ipsis egimus *lib.4. citato, de vsuris c.7.* & quomodo fraus & iniquitas in ipsis cauenda esset docuimus.

CAPVT XXVI.

De cambiis.

IMplicatissima est tractatio de cambiis, vti monet Scaccia, & tamen necessaria, cùm maxima commerciorum pars cambiis agitetur, quare diligẽter pertractanda fuit; verùm quia in illo cõtractu facilis est ad vsurã via, vt passim moneñ DD. ideóque dixit Alciat. in *l. vsure in fin. D. de verb. signific.* plures impunè falso cambij nomine medio in foro latrocinari, non potuimus igitur in opere de vsuris à cambiorũ tractatione abstinere, neque visum fuit eam tantùm materiam libare & perstringere, sed plenissimè pertractare, quod non indiligenter exequi conati sumus *lib.5. illius operis cap.2. toto benè longo.*

CAPVT XXVII.

De societatibus.

QVàm frequentes sint societates duorum vel plurium ad commercia nemo nescit, ideóque de contractu societatis passim disputant DD. qui de cómerciis agunt, cùm eius cognitio necessaria prorsus sit; quia verò aliqui damnant quasdam societates tanquam iniquas, imò & fænetatitias, quæ tamẽ omnis labis immunes prorsus sunt, de toto societatis contractu plenè egimus disputantes de vsuris *lib.5. cap.2.*

CAPVT XXVIII.

De negotiatione quadam fori Lugdunensis.

ILla consistit in tradenda pecunia mercatori, qui eam dicta die cũ certo lucro integrã restituat: hęc negotiatio pręteriri à nobis nõ debuit, qui Lugduni scribimus, & de illa crebrò consulimur. Qyia tamen aliqui ipsam priuatim & publicè tanquam vsurariã magna totius Ciuitatis commotione damnabant, nos vt illam tueremur opus de vsuris suscepimus, & explicata fusissimè illarum natura, tandem extremo libro hanc negotiandi formam labis omnis vsurariæ expertem demonstrauimus, neque ex eo tẽpore quidpiam aduersùs traditam eo loco doctrinã nobis obiectum fuit; quare in ea recoquenda disputatione aut diluẽdis denuò aduersariorum rationibus immorati nihil attinet.

Habes omnes negotiandi formas & humana cómercia hactenus explicata vel hoc, vel opere de vsuris & cómerciis nuper edito, ex iisque si quæ sint aliæ singulares, facillimè de illarum æquitate aut iniquitate iudicare certò & liquidò poteris.

LIBER QVINTVS

De impletione obligationis ex humanis commerciis ortæ.

CERTVM est ex singulis pactis, contractibus, & commerciis humanis nasci in pucifcentibus & contrahentibus obligutionem ad aliquid dandum, vel faciendum, cui ius aliquod respondeat: siue illa obligationes & iura sint reciproca & mutua, siue non sint, vti aliquando contingit, neque vllus dubitat eam ipsam obligationem esse complendam, nisi ius alterius violare velimus, quod deinde reparare obligamur. Has verò obligationes & iura in singulis pactis & contractibus, superioribus libris explicuimus, ex iisque satis constare videtur quid dandum, faciendúmve sit ad eiusmodi obligationem implendam: quia tamen varia sunt obligationum species, cùm alia sit naturalis, alia ciuilis, alia vtramque illam complectatur, diuersarumque illarum obligationum diuersi quoque sint effectus, quod fusiùs explicuimus lib. 1. de vsuris & commerc. cap. 3. art. 1. *& hoc ipso opere* lib. superiori cap. 1. art. 5. & art. 6. toto, *quia prætereà ius alterius correspondens obligationi qua tenemur, diuersum est; unum aliquod oritur ex ipso facto, siue ex ipsa re, & non ex contractu; aliud autem ex ipso tantùm contractu: vnum præsupponitur ante contractum, vt illud quod quisque habet ne in sua re aut iure violetur; aliud per contractum acquiritur: deinde est aliquod ius commune & publicum, aliud nobis priuatum & singulare: quoddam est reparandum læsum, aliud non lædendum: varij quoque sunt modi adimplendu obligationis; plures etiam aliquando causa quæ ab ea liberant, siue excusant, elidunt, vel suspendunt; quædam obligationes sponte explentur, quædam coactè, quando reus à creditore cogitur authoritate Iudicis & Prætoris apud quem agit; vnde est vulgare diuerbium;* actionem nasci ex obligatione, *ciuili nempe, quare de actione egimus* lib. superiori cap. 1. art. 5. *& in singulis commerciis ac contractibus exposita obligatione quam pariunt, diximus aliquid pro nostro instituto de actione quæ ex eiusmodi obligatione nascitur; prætereà non solùm contractus, sed & semicontractus, & pacta quædam tacita generant suas quoque obligationes, & denique quædam pertinens ad iustitiam commutatiuam, quædam ad distributiuam; vnde videas circa implesionem obligationis in omnibus humanis commerciis, quæ tractamus, innumeras excitari difficultates, quas non possumus omittere, nisi mancam & diminutam nostram tractationem esse velimus. Vt itaque innumeras istas quæstiones certa quadam methodo explicemus, disputabimus hoc & sequenti libro, de solutionibus quibus impletur obligatio, quam pactis & conuentionibus contraximus. Deinde de satisfactione & restitutione, quæ ius alterius à nobis læsum reparamus, & de obligatione quam ratione delicti, & maleficij cōtrahimus subeunda pœna. Quia verò hæc tum solutionis, tum restitutionis obligatio nonnunquam eliditur præscriptione, de illa quoque disputabimus; & cùm sæpiùs ad solutionem, vel ad restitutionem obligatus illam implere recuset, aut contendat ea se minimè teneri, ideóque Prætoris authoritas imploranda esset, disputabimus de iudiciis, in quibus cuiusque ius tum priuatum, tum publicum agitatur, & deffenditur. Subiiciemus deinde tractationem de quibusdam obligationibus, quæ oriuntur ex quasi contractu, vt contingit in hærede, legatario, tutore, fideicommissario, quare de testamentis disputabimus, quibus nonnulla de obligationibus iustitia distributiua adiiciemus; & denique, quia omnia commertia de quibus hactenus toto hoc opere diximus, versantur in acquirendo, vel retinendo dominio, de illo ad pleniorem totius suscepti etiam longioris tractationis notitiam quidpiam dicemus, atque ita habebis quidquid ad commercia humana, & iustitiam quæ illa regit, pertinet, non indiligenter opinor explicata.*

CAPVT I.

De solutionibus.

SOLVTIONEM accipio hoc loco pro liberatione obligationis, nam *l. liberationis 47. D. de verb. sign.* liberationis verbum eamdem vim habet, quam solutionis, & solutionis quoque vox sumitur pro omni modo, quo tollitur obligatio *l. solutio 54. D. eod. Solutionis verbum*, inquit Paul. *pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur quàm ad numorum solutionem*: quamuis si propriè loqui velimus, ex solutione sequatur liberatio, sicut ex contractu obligatio, inquit Cuiac. *in C. de solut.* Solutio est causa, liberatio effectus; solutio facti, liberatio iuris; solutio species tollendæ obligationis; liberatio iuris: nam & aliis quàm solutione modis plerisque liberatio contingit ipso iure, vel per exceptionem, veluti nouatione, pacto, transactione, donatione, compensatione, capitis diminutione, debitoris acceptilatione, oblatione pecuniæ, confusione, venditione pignoris, apocha, interitu rei sine culpa debitoris, & aliis similibus, quorum præcipuos attingemus; alij enim vel per se conspicui sunt, & alibi à nobis expositi, neque religiosiores erimus hac disputatione in vsurpanda voce solutionis, quam modò in strictiori, modò in ampliori significatione pro qualibet liberatione obligationis contractæ sumemus.

Moneo ad extremum plurima quæ à nobis dicentur hoc loco communia fore restitutioni propter affinitatem quam cum illa habet, cùm vtraque sit impletio obligationis, qua tenemur ius alterius vel non lædere, vel si læsimus reparare. Et quamuis omnis solutio non sit restitutio, omnis tamen restitutio, solutio quædam est, & liberatio obligationis, qua vel ex facto, vel ex contractu tenemur. Itaque quæ dicemus de modo, loco, ordine, & tempore faciendæ solutionis, de persona soluente, & demùm de causis excusantibus à solutione, æquè de restitutione intelligenda erunt. Itaque passim nomine solutionis & restitutionis in istis quæstionibus vtemur.

ARTICVLVS I.

Quid sit solutio.

Definitio. 1.
Necessitas. 2.
Effectus. 3.
An & quomodo solutio pignus liberet. 4.
Alij effectus. 5.

SOlutio est, inquit Cuiac. *in Cod. de solution.* præstatio eius quod debetur, vel alterius rei æstimatæ volenti creditori facta, vel ei qui exigendi à debitore, vel alio nomine debitoris, habet potestatem: quæ definitio paulò amplior est, continet enim omnes eius causas, nempe materialem; assignat enim quid soluendum sit, nimirum id quod debetur, siue in indiuiduo, siue quidpiam aliud secundum debitam æstimationem, si creditor consentiat. Docet deinde cui facienda sit solutio, creditori scilicet, vel illi, qui ab eo habet potestatem exigendi debitum: demùm à debitore aut alio quopiam eius nomine solutionem exhibendam dicit; quæ tria capita definitionis istius plurimas complectuntur difficultates, reliqua disputatione fusiùs agitandas; cùm tamen in definitionibus non nisi certa rei definitæ natura comprehendi debeat, cùm nihil certius, constantiúsque sit rei natura, quam explicat definitio: quare vt ab omnibus istis controuersiis subinde mouendis abstineamus, simpliciùs definiri potest solutio; Exhibitio eius quod debetur creditori. Sic Vlpian. *l. 175. D. de verb. sign.* solutionis, verbo, satisfactionem omnem accipiendam esse vult, rationem reddit: *Soluere dicimus*, inquit, *eum qui id facit quod facere promisit*; contractu nimirum, & pacto. Quia verò omnis obligatio non nascitur ex solo contractu, vt monebamus initio, verbum *promisit* commuta in *tenetur*, & vniuersalem definitionem habebis; nempe soluere eum qui id facit ad quod tenetur alicui, quam obligationem nominamus passim debitum, quidquid autem sit de hac confusione vocum solutionis, liberationis & similium, & de ipsarum strictiori, latiorique significatione, satis erit nostro instituto, solutionem esse præstationem eius quod debetur alteri, per quam debitor liberatur à debito. 1

Est porrò solutio actus iustitiæ commutatiuæ, nemine prorsus dissentiente, quod monet Pet. Nauarra *lib. 2. de restitut. cap. 2. difficul. 2. n. 10.* Cùm enim constituat æqualitatem inter ius alienum & obligationem illi correspondentem, non potest nisi ad iustitiam commutatiuam pertinere, cuius obiectum est ius, prout significat iustum, seu æquale alteri debitum, quod commensurat secundum proportionem Arithmeticam, vti diximus aliàs, & iterum monebimus inferius: an verò solutio pertineat aliquando ad iustitiam distributiuam, difficultas aliqua est; ita enim sentit Pet. Nauarra *lib. 1.* quia qui in distributione bonorum communium aliquem prætermisit, aut non distribuit, ex proportione geometrica, pro ratione dignitatis, & meritorum, violauit sine dubio iustitiam distributiuam, quam reparat deinde præstatione eius, quod debitum fuit iuri alterius, eáque reparatio non potest pertinere nisi ad iustitiam distributiuam, cùm vitium emendetur dumtaxat per actus virtu-

tis

tis illi oppositæ, vt intemperantia per temperantiam, iufidelitas per fidem, atque ita de cæteris. Igitur iniustitia distributiua reparabitur per actus oppositos iustitiæ distributiuæ. Verùm in ea distributione iniqua fuisse violatum aliquod ius vel commutatiuum, vel qnod ex commutatiuo descendit, ostendemus inferiùs, vbi de restitutione, de qua maximè excitatur ista difficultas, disputabimus.

2 Necessaria porrò est solutio non quidem necessitate medij, cùm non sit instituta à Christo tanquam medium ordinatum ad gratiam, & acquirendam salutem, quam sine illa consequi non liceat, sed necessitate præcepti. Cùm enim iure naturali teneamur ius cuiusque integrum seruare, tenemur quoque præstare qnod à nobis ius alterius exigit; quare hanc necessitatem agnoscunt, & priorem illam medij sapienter reiiciunt S. Thom. 2.2. *q.*62. *art.*2. Adrian. *in* 4. *de restitut. q.* 1. P. Nauar. *lib.* 1. *de restitut. cap.* 1. *n.* 9. Rebell. 2. *part. lib.* 1. *q.* 1. Layman. *lib.* 3. *sect.* 5. *tract.* 2. *cap.* 2. Ferdin. à Castro Palao *disp.* 1. *de iustit. punct.* 18. §. 1. *n.* 5. qui aliique idem de restitutione docent, cum illius & solutionis eadem hac in parte sit ratio; vna siquidem ius alienum integrum seruat, altera læsum reparat, vti dicemus inferiùs.

Hoc porrò præceptum affirmatiuum est ex S. Thom. *q. cit. art.* 8. & Nauar. *cap.* 17. *Enchirid. n.* 21. Molin. *tract.* 2. *disp.* 714. Lessi. *lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 48. Rebell. Layman. & Ferdinand. *locis citatis*, contra Adrianum, & Nauarram nuper relatos, qui negatiuum esse contendunt, eo quod contineatur præcepto Decalogi non furandi, quod fit alienum retinendo. Verùm cùm positiua res præcipiatur, nempe præstatio & executio alicuius rei, quamuis verbis negatiuis, nemo dixerit solutionem debiti quæ primò & per se præcipitur, esse quid negatiuum, vnde etiam fit vt non semper & vbique obliget, cùm diuersæ sint causæ excusantes à solutione, imò & à restitutione, cùm tamen præcepta negatiua semper, & pro semper, vt loquuntur, seruanda sint, nihilque ab eorum obseruatione excuset.

3 Effectus solutionis diuersi sunt. In primis enim tollit obligationem, & liberat debitorem, *Inst. quib. mod. tollit. obligat. in princ. Tollitur omnis obligatio solutione eius quod debetur.* Consentit *l. verborum* 107. *in princ. D. de solution.* Secundò solutione facta debitor potest chirographum suum condicere, vel actione ad exhibendum repetere, *l. vlt. C. ad exhibendum.* Imò & omnia instrumenta ad eum contractum pertinentia reddi & exhiberi debent, vt edicit *eadem lex. & lex. secunda C. de condictione ex lege.* Tertiò pignus quoque soluto debito reddendum est, quia pro eo erat obligatum, *l. iterum liberatur* §. 1. *D. quibus mod. pign. soluitur, l. si is* 11. §. 1. *D. de pignorib. & hypothec. l. solutum* 11. §. *si in sortem, D. de pignor. action. l. debitor* 40. §. *fin. D. eod. l. creditor* 20. *C. de pignor. l.* 3. *C. de luitione pignoris, l. neque* 9. *C. de pignor. action. l. pignoris* 12. *C. eod.* Quod verum est etiamsi quis pro me soluerit, ignorante me, creditori meo, nam tunc mihi acquiritur actio pignoratitia *l. si pro* 40. *D. de solution. & l. Paulus* 22. §. *fin. D. eod. l. si fundus* 16. §. *in vindicatione, vers. si verò possideat. D. de pignorib. & hypothec.* Quod verum est etiamsi fideiussor pignora authoritate Prætoris possideret; nam vbi hæres debitoris paratus erit soluere creditoribus, fideiussorem cogendum esse restituere pignora respondit Modestin. *in l. fideiussor* 10. *in princ. D. de pignorib. & hypothec.* Debet tamen ad hanc pignoris repetitionem esse solutum totum debitum, & non pars dumtaxat, *l. si rem* 9. §. *omnis, D. de pignor. action. l. in executione* 85. §. *item si ita, D. de verbor. obligat. l.* 2. *C. debitorem venditionem, l. heredes* 25. §. *idem iuris, vers. idem obseruatur, D. familia erciscunda, l.* 2. *C. de fideiussorib. & mandat.* Imò non cogitur creditor qui plures res in pignus accepit, vnam liberare nisi accepto vniuerso quantum debetur, inquit *l. qui pignori* 19. *D. de pignor. & hypothec.* quare neque si debitor pignus à creditore emerit, quæ emptio nulla est, cùm nemo rem suam emat, vt aliàs diximus, si pignus petat, ei non totum debitum offerenti, creditor pignoris possessionem restituere minimè cogetur *l. debitor* 40. *D. de pignor. action.* quare & hæres particius nisi totum debitum exoluat, suam portionem ex pignoribus recipere non poterit *l. si necessarias* 8. §. *si vnus, D. de pignorat. action. l.* 1. *C. de luitione pignor. & l. vnus* 16. *C. de distract. pignor.* vbi dicitur creditorem eo casu non priuari facultate distrahendi res obligatas.

Tertius effectus solutionis est, vt creditor eas omnes actiones, quas habet ex ea obligatione, cuius nomine solutio facta est, soluenti cedere teneatur, *l. Stichum* 95. §. *si mandatu, D. de solution. l. his consequenter* 18. §. *filiusfamilias, D. familia erciscunda*, vbi & alibi plura huius rei exempla traduntur. Si tamen soluens non ante, nec in ipsa solutione, sed tantùm post aliquod interuallum actionem sibi cedi petierit, licèt ei actio cedatur à creditore, ea cessione nihil agetur, ideóque non tenetur ad eam cedendam *l. Modestinus* 76. *D. de solution.* 4

Quartò solutione transfertur dominium, nec reuocari potest *l. successio* 10. *C. de solutionib.* nisi minor viginti quinque annis aliud pro alio in solutum dederit.

Quintò aliquando ex vna eademque solutione liberatio contingit vnius, & obligatio alterius *l. in numerationibus* 44. §. *item si vsusfructus, D. de solution. Si vsusfructus*, inquit Marcianus, *pecunia numerata legatus fuerit, euenit vt vna numeratione liberetur heres ex testamento, & obliget sibi legatarium: tantumdem est etsi damnatus fuerit* (hæres nimirum) *alicui vendere, vel locare: nam vendendo vel locando liberatur ex testamento heres, & obligat sibi legatarium.*

Sextò sublata principali obligatione tolluntur 5 accessoriæ, itaque liberantur adpromissores, hypothecæ, pignora, fideiussores, vti iam diximus.

Septimò vno reo promittendi liberato, liberatur & alter, *l.* 2. *D. de duob. reis*, nisi fortassis persona tantùm liberetur, & obligatio non tollatur *l. vlt. D. de duobus reis*, vbi; *Cùm duo eamdem pecuniam deberent, si vnus capitis diminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur, multum enim interest vtrum res ipsa soluatur, an persona liberetur, cùm persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus, & ideò si aqua & igni interdictum est alicui, fideiussor postea ab eo datus, tenetur.* Sunt & alia exempla passim obuia in iure.

ARTICVLVS II.

Quid, cui, & à quo soluendum sit.

1 PRimum caput facilè definitur; statim siquidem apparet soluendum esse quod debetur, illud autem est aliquando res, alias summa quæpiam pecuniæ, aliàs factum aliquod, vt ædificatio domus, opera, quidquid autem debetur, exhibendum omninò est, vt dixi, neque licet inuito creditore recusare operas, vel factum, & loco illarum soluere interesse, vt malè censuit Anton. Gomez *tom. 2. variar. cap.* 10. *n.* 20. Gutierrez *de iuram. part.* 1. *c.* 39. *n.* 1. & alij quidā iuris periti, quos reiiciūt Ferd. à Castro. Palao disp. 1. *de iust. punct.* 18. *paragrap.* 1. *num.* 6. vbi ostendit communem illam Iurisperitorum sententiam tot restrictiones ipsis etiam authoribus pati, vt nullo fere casu seruari debeat. Sequutus verò est Ferdinandum Molina *disp.* 562. *num.* 4. *tract.* 2. quamuis sit liberum creditori, quando debitor est in mora culpabili, petere interesse, & iure etiam Canonico debitor facti compelli potest ad solum factum, *ex cap.* 1. & *cap. qualiter, de pactis.* Si tamen debitor debeat aliquid tantùm alternatiuè, hoc est disiunctiuè, & alterutrum ex duobus, quod libuerit tradet, vbi verò alterutrum sciens tradiderit in solutionem, nefas erit illud repetere, vt alterum exhibeat, nisi in eo error interuenisset *l. cùm is qui* 32. *D. de condict. indebiti*; de qua re disputauimus *libro* 2. *cap.* 2. *art.* 5.

2 Quoties id quod debetur non est determinatum in indiuiduo, sed tantùm in specie, obligatio est indefinita, & cadit in omnia indiuidua illius speciei, & non tantùm in vnum aliquod, quia propositio indefinita æquiualet, & propositiones de disiuncto extremo continent sub disiunctione omnia illa indiuidua. Itaque sicut obligatio disiunctiua cadit æquè primo in omnia indiuidua, quæ sub disiunctione exhiberi possunt; ita etiam obligatio indefinita, quod non satis aduerterint Iurisperiti: licebit itaque debenti rem indeterminatam in indiuiduo, quod libuerit indiuiduum intra eandem speciem contentum exhibere creditori, modò non eligat vilissimum, sed quod saltem bonitate sit mediocre. Sed de his obligationibus fusè diximus *lib.* 2. *cap.* 1. *art.* 6.

3 Rem porò in indiuiduo determinatam omnino debet tradere debitor, neque aliam substituere poterit inuito creditore, *l.* 2. *§ mutui, in fine, D. si certum petatur, l. qui res suas* 98. *§. Romæ, D. de solution. l. si cùm aurum* 50. *D. eod. Si cùm aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum æs soluendo non liberabor, sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci, petentem autem aurum exceptione submouebo, si non reddas æs quod accepisti. l. cum à quo* 16. *C. de solution. Eum à quo mutuam pecuniam sumpsisti, in solutum, nolentem accipere nomen debitoris tui, compelli iuris ratio non permittit.* Atque hanc certissimam regulam iuris fusiùs ostendimus *in opere de vsuris lib.* 1. *cap.* 3. *art.* 3. maximè, *n.* 12. Vbi tamen occurrere moralis impossibilitas reddendi rem debitam à me, quia periit, siue quia haberi nequit, vt dum quis debet aurum quod nequit recuperare, habet tamen fundum, quem offert; æstimatio rei debitæ secundùm Iudicis arbitrium præstanda erit, & creditor cogendus ad hanc accipiendam. Ex *Authent. autem nihil de solution. quæ est* 6. *Nouella* 4. *c.* 3. cui tamen constitutioni posse renunciari à contrahentibus existimauit Gutier. *de iuram.* 1. *part. cap.* 29. *n.* 3. quia hoc beneficium exorbitat à iure communi, quod præscribit vnum pro alio non posse solui; quare eius beneficij renunciatione redimus ad ius commune, ideóque probanda est eiusmodi renunciatio, quod idem censet de iuramento quo quis se obstrinxit soluturum se in pecunia; & non in alia re, inuito creditore; tunc enim non posse illum vti beneficio constitutionis Iustinianeæ vult Gutier. ibidem, quem reiiciunt Fachinæ. *libro* 16. *capite* 63. Ferdinand. *disput.* 1. *de iustit. punct.* 18. §. 2. *n.* 4. & alij qui sapienter aduertunt eam renunciationem in tali casu fore iniquam, cùm ex ea obligetur debitor ad non soluendum debitum, quia obligatur ad non vtendum modo solutionis qui ipsi tantùm possibilis est tunc, & ad vsurpandum modum sibi prorsus impossibilem, nempe in pecunia numerata, quam neque habet, neque habere posse supponitur. Qua eadem ratione obligationem iuramenti præstiti licet impugnare, nisi velimus iuramentum esse vinculum iniquitatis. Deinde hæc renunciatio nocet ipsi quoque creditori, qui si solutionem in re specifica sibi fieri velit, & beneficio Nouellæ debitorem suum vti non posse propter renunciationem ab illo factam, suum debitum recuperare non poterit neque quoad specificam formam, propter debitoris impossibilitatem, neque in alia forma æquiualente & iusta æstimatione, propter renunciationem factam, & iuramentum præstitum.

Debet prætereà solui solidum debitum, & non 4
pars duntaxat inuito creditore, si debitum sit diuisibile, vti contingit in pecunia, & aliis quæ functionem accipiunt, & in partes secari possunt, quod & ius naturale persuadet propter incommoda non leuia, quæ partiales solutiones afferunt creditori. Eadem quoque mens est iuris ciuilis. Verùm de hac controuersia disputauimus *lib.* 1. *de vsuris, cap.* 3. *art.* 4. *confect.* 1. vbi & assignauimus casus in quibus creditor partiales solutiones aliquando recusare nequit, quænam etiam sit mens iuris ciuilis. Adi locum illum, & præterea Fachinæ. *libro* 10. *cap.* 59. Anton. Gomez *tom.* 2. *variar. cap.* 10. *n.* 5. Ferdinand. à Castro Palao *puncto* 18. *citato* §. 3. & quæ nuper *libro* 2. diximus *cap.* 2. de contractibus diuiduis, & indiuiduis, *artic.* 7.

Quia verò nonnonquam idem debitor pluri- 5
bus debitis vni & eidem creditori obstrictus est, & solutio quam facit, non potest omnibus illis satisfacere, quæritur quodnam ex illis debitis extingui censendum sit.

Resp. distinguendum esse: nam vel debitor designat tacitè, vel expressè debitum à quo vult ea solutione liberari, vel non designat. In priori casu si solutum fuerit debitum, quod debitor designarit

rit, id enim est in eius arbitrio *l. 1. in princ. D. de solution. l. Paulus* 101. §. 1. & *l. creditor* 102. §. *cùm de sorte, l. vbi fideiussor, D. eod.* & quamuis eiusmodi solutio non sufficiat exhauriendo illo debito, atque adeò sit partialis tantùm, illi tamen soli, & non aliis applicanda erit, ex voluntate debitoris: quare si illam rem reiiciat creditor, poterit depositione, & oblatione satisfacere debitor, ideóque solutum manebit periculo creditoris, vti dicemus inferiùs, *art. penultimo*. Quando verò debitor non designat debitum, cui sola sua solutione satisfacere vult, neque eius mens ex variis circumstantiis conijcei satis potest, illud censeri debet esse solutum quod grauiorem causam habet. Ita Gomez *tom. 2. cap.* 10. *n.* 5. Menoch. *de arbitrar. cent.* 5. *casu* 93. Molina *disput.* 565 Ferdinand. à Castro *disp. 1. de iust. punct.* 18. § 5. *n.* 2. estque manifestissimum ius, nam *l. caterum* 3. *D. de solutionib.* ita pronunciat Vlpian. *In duriorē causam creditor semper videtur sibi debere accepto ferre: ita eum & in suo constituere nomine.* & *l. 1. D. eod.* idem monuerat: *Æquissimum visum est creditorem ita agere rem debitoris vt suam gereret.* Permittitur ergo creditori constituere *in quod solutum velit (nempe si debitor non exposuerit) dummodo sic constituerit, vt in re sua constitueret.* Et vt paulò ante dixerat, *in id constituat, in quo si ipse debeat, esset soluturus; id est in debitum, quod non est in controuersia, aut in illud quod quis pro alio fideiusserat, aut cuius dies nondum aduenerat*: quare cùm creditor ipse esset soluturus in grauiorem causam, in eam quoque solutum accepto ferre debet; tota itaque difficultas est in definienda quænam grauior causa existimanda sit, quod ex pluribus iuribus colligere licet, dum in singulis casibus in quam causam potius solutum censendum sit definiunt. Primò quidem potiùs solutum dici debet in causam, cuius dies, vel conditio euenit, quàm in eam cuius adhuc conditio pendet, vel dum nondum aduenit, *l. caterum* 3. *D. de solution.* Rationem reddit Iulianus *in l. cum ex pluribus* 103. *D. eod.* quia ex ea causa soluisse videri debet debitor, ex qua tunc cùm soluebat compelli poterat ad solutionem; quod poterat si dies aduenerat, & conditio, non verò si neque conditio posita adhuc erat, neque venerat dies. Secundò potiùs est debitum, quod suo quàm alieno nomine debetur l. *& magis* 4. & *l. cum ex pluribus* 97. *D. de solution.* Tertiò quod sub pœna, quàm quod sine pœna debetur *l. 4. & l. si quidem, in fine, & l. 97. D. de solution.* cùm autem diuersæ sunt pœnæ, illud solutum accepto ferendum erit in debitum quod est sub grauiori pœna. Quartò potiùs debitum quod cum fideiussore quàm quod sine fideiussore debetur *l. 4. & l. in his* 5. *in princ. D. de solution.* Quintò eodem modo solutum potiùs dicendum est quod sub pignore, quàm quod sine illo debetur *l. 97. D. de solution.* Sextò quod in causa famosa debetur potiùs solutum est, quàm quod ex non famosa, *l. siquidem in princ.* & *l. 97. D. de solution.* & *l. si in duabus* 104. *D. de regul. iur.* Septimò causa iudicati durior habetur ex Pomponio *l. 7. citata D. de solution.* Octauò antiquior quoque causa præponenda est minùs antiquæ. *l. nihil* 5. *in princ. D. de solution.* & *l. 97.* eiusque exemplum ponitur *l. 89. §. fin. D. eod.* aliàs *l. pupilli* 96. *l. creditor* 102. *D. eod.* Nonò in vsuram prius quàm in sortem solutum accepto ferendum est. *l. in his* 5. §. *Imperator. D. de solution. & l. cùm ex fortis* 39. *in prin. D. de pignorat. act. l. si vsuras* 11. *c. de vsur. l. 1. in fine. C. de solut.* & *l. Titia* 48 §. *fin. D. eod.* Si tamen vtræ erant debitæ, solutæ in sortem eodem ex Antonini rescripto *l. 5. §. Imperator. D. de solutionib.* nisi tamen non ex solutione debitoris, sed ex distractione pignorum pecuniam creditor acceperit, vti ibidem vult Antoninus. Decimò si omnes causæ ex quibus debetur, pares sint, & neutra alteri præferenda, in omnes causas proportione id quod solutum est accepto ferri debebit, vti ex mente Pomponij Vlpianus ait *l. illud* 8. *D. de solution.* Vndecimò debitum quod habet strictiorem obligationem, præferendum est, cuiusmodi censetur debitum liquidum dubio; absolutum conditionato vel in diem. Denique existimarunt sæpiùs in hac grauitate causæ iudicio prudentum expensis omnibus circunstantiis standum omninò esse.

Altera quæstio erat à quonam facienda sit solutio, certumque est à debitore faciendam esse, vel 6
ab alio quopiam pro debitore, etiam ipso inuito; tunc enim liberabitur, si creditor solutionem acceperit, quod *manifesti iuris esse* dixit *l. manifesti* 17. *C. de solution. & l. nulla* 5. *C. eodem, l. qui mandat.* 56. *D. de solution. l. cùm de iussu* 64. *D. eod.* non debet autem ille qui pro alio soluit, suo nomine, sed debitoris soluere, alioquin illum non liberat *l. Papinianus* 28. *D. mandati, l. cum quis* 38. §. *de peculio, D. de solution* & *l. Paulus* 10. *D. eod l. si pœna* 19. §. *quamuis, D. de condiction. indebit.* Ratio est, quia constitutum est iure ciuili licere ignorantis, & inuiti conditionem meliorem facere, vt inquit Caius *l. soluere* 53. *D. de solutionib.* cui concinit *l. 23. l. si pro me* 40. *l. pupilli* 96. § *cum pupilla. D. de solution.* Ab hac tamen vniuersali regula excipitur obligatio, quæ non in dando, sed in faciendo consistit: eo enim casu alius quàm qui debet faciendo debitorem non liberat *l. inter artifices* 31. *D. de solution.* quæ rationem optimam reddit: *Inter artifices*, inquit, *longa differentia est, & ingenij, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis, & ideò si nauem à se fabricandam quis promisit, vel insulam ædificandam, fossámue faciendam, & hoc specialiter actum est, vt sub operis id perficiat, fideiussor ipse ædificans, vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum.*

Restat quærendum cui facienda sit solutio, neque quisquam dubitat faciendam primò esse cre- 7
ditori, vel vni alicui ex his, qui vnam cum illo personam efficiant, cuiusmodi in primis est procurator habens mandatum à creditore, vel generalis bonorum eius administrator, vel saltem negotij pro quo contractum est debitum. Secundò quilibet ad recipiendum debitum designatos, addunt & aliqui filium, famulum, domesticum, modò de illis nulla sit suspicio retenturos sibi debitum, aut non reddituros creditori; & præterea debitum illud sit in specie determinatum; si enim pereat, tunc creditori peribit, non tibi qui famulo creditoris quem notum habebas, & fidelem rebaris, quique præter tuam opinionem aufugit, tradidisti, neque ad æstimationem rei deperditæ teneberis, cùm ne leuissimam quidem culpam admiseris. Ita Ant. Gomes. *tom. 2. variar. cap. 7. n. 3.* Molin. *disp.* 296. & *disp.* 563. Ferdinand. à Castro *disp. 1. de instit. punct.* 18. §. 11. qui id etiam probāt *ex l. apud Labeonem* 20. §. *fin. D. de prescript. verbis*, & *l. eum qui* 10. §. 11. *D. commodati*, quam verò rectè, non expendo: obseruo dumtaxat hoc verum esse tantùm in debitis ex deposito, commodato, & aliis eiusmodi contractibus licitis: si enim sit debitum ex furto, aut aliquo iniquo contractu, non liberaberis, licèt famulo creditoris, aut suo seruo fideli æstimato, non habenti tamen speciale mandatum à creditore tradideris

dideris. Rationem reddit Ferdinand. quia cùm ex iniqua acceptione tenearis compensare totum damnum, quod ex illa creditori prouenit, quod hoc loco est priuatio suæ rei, illam ipsi debes omnino restituere, alioquin non reparas damnum quod intulisti. Neque illam traditionem factam alteri, ratam habere tenetur creditor: an verò si Confessario tradidisses, ipseque perfidè retineret adhuc obligeris, dicam inferiùs.

Denique quando debitum non est determinatum in indiuiduo, non liberaris, licèt alicui tradideris reddendum creditori, qui ipsi mandatum non dedit; quod sapienter monent laudati DD. quia debitum illud tuum est, in tuoque dominio, donec ad manus debitoris perueniat; si perit, igitur, tibi, tuoque damno perit.

8 Quæres an possis soluere creditori tui creditoris, eaque solutione libereris. Debes centum Caio, qui debet & ipse centum Sempronio, liberaberisne si soluas centum Sempronio.

Resp. distinguendum esse de foro conscientiæ, & foro externo: nam in foro conscientiæ, si debita ista sint eiusdem generis, hanc solutionem fieri posse per modum cuiusdem compensationis, existimo: v.g Sempronius creditor Caij, tibi cessit ius, quod aduersùs illum habebat; sicut enim si Caius cui debes centum, tibi vicissim alia centum deberet, posses vti compensatione per quam liberareris at omni obligatione soluendi, ita cùm Sempronius tibi cesserit illa centum, quæ ipsi debebat Caius, qui proinde iam factus est tuus creditor, & tibi debet centum, sicut tu illi, vteris cõpensatione æquali. Quando verò debita ista sunt diuersæ rationis, non est quidem locus compensationi, sed deposito, & pignori: si enim Caius tibi deberet centum, & illi vicissim deberes equum, non tenereris equum soluere Caio tibi debenti centum, donec ille tibi centum debita daret, sed equum loco pignoris retineres; cur non etiam poteris Sempronio dare centum quæ debet Caio in pignus eius quod ipsi vicissim debet Caius, illáque retinebit Sempronius instar pignoris, donec Caius soluat centum quæ illi debet, siue illud sit æquale, siue maius. Atque ita censent Sylu. *verb solutio num.* 4. & Angel. *verb. eod. num.* 13. Lessi. *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 60. Layman. *lib.* 3. *sect.* 5. *tract.* 1. *cap.* 9. *n.* 8. Ferdinand. à Castro *disp de iust. punct.* 18. §. 10. *n.* 1. Petrus Nauarra *lib.* 4. *de restit. cap.* 2. *n.* 20.

9 Verùm præterea quæritur an modus iste soluendi licitus sit, cùm enim non possim ipse propria authoritate recuperare meum debitum, quoties id implorato Iudicis auxilio, aliáue ratione facile illud obtinere possum, cur mihi licebit meum creditorem suis iuribus priuare, vt eius debita soluam ipso inuito; annè posses eius rem aufferre, vt illius quoque nomina dissolueres? aut si haberes quidpiam ab eo depositum, aut commodatum, possésne tua authoritate, ipsoque inuito in pignus dare suo creditori? Sanè si ista admitteremus, magna rerum omnium, aut solutionum, & commerciorum induceretur confusio. Quare distinguunt nuper laudati DD. inter debita eiusdẽ & diuersæ rationis. In primo casu probant hunc solutionis modum, eo quòd cùm soluis creditori tui creditoris id ipsum quod illi debet tuus creditor, & tu tuo creditori, nullam facis iniuriam: cùm eius negotium vtiliter geras, & præstes quod ipse præstare tenebatur, factáque eiusmodi solutione, tuus creditor factus est tuus debitor similis & æqualis omnino debiti, atque ita fit compensatio, cessatque vtrumque illud & mutuum debitum, neque iura prohibent aliam compensationem quàm inter creditorem & creditorem, non autem inter creditorem & debitorem; quod si ista debita diuersæ rationis existant, quia vnum consistit in rebus vsu consumptibilibus, non aliud, negant laudati DD. licitum esse hunc solutionis modum inuito meo creditore, quia ipsi aufferrem sua iura, vt alter suum debitum recuperaret. Addit Ferdinand. Layman. Molina *disput.* 743. *sub fin.* quando creditor mei creditoris, non potest suum debitum recuperare, posse illi me tradere meum debitum, vt ipse suum recuperare possit, quod opus charitatis est. Et prætereà cùm liceat vim vi repellere, & tu vim facias amico meo creditori tuo, non soluendo illi debitum, cur non potero ego illam repellere, non soluendo etiam tuum debitum? Denique cùm iste creditor possit à suo debitore creditore meo vti occulta compensatione, cur non potero ad id ipsum iuuare, atque soluere id quod eius debitori debeo? Cauendum tamen erit ne idem debitor, eiúsve hæredes rei huius ignari denuò soluant quod eius nomine solueram.

Quod attinet ad forum externum, hæc solutio facta creditori creditoris probatur *l. si opera* 6. *D. de doli mali except.* videturque reddi ratio *l. si quis, in princ. D. de regul. iur. Si quis obligatione liberatus sit, potest videri accepisse*: quod vt vides contingit huc loco. Huius solutionis varia exempla reperiuntur in iure, vnum quidem *l. liber* 15. *in fin. D. de negotiis gestis*; aliud *l. solutum* 11. §. *solutum, vers. vnde si domum. D. de pignorat. act.* Tertium exemplum dabit *l. si libertus* 20. §. 1. *D. de bonis libertorum. Si Titio*, inquit, *legatum fuisset, eiusque fidei commissum vt patrono restitueret, denegatur legatorum actio Titio, si patrono pro debita parte à scripto harede erit satisfactum.* Quartum exemplum reperitur *in l. si debitor* 16. *D. de doli mali exception.* Quintum *l. pupillus* 66. *in princ. D. de solution.* Sextum denique *l. mortuo* 15. *in princ. D. de statuliber.* Hæc tamen omnia iura quibus videtur probari, liberari eum qui soluit creditori sui creditoris, existimant DD. intelligenda tantùm esse quando debita ex eadem causa prouenniunt; vt si conduxi domum à te, quam tu similiter ab alio conduxisti: si factus es ex mea causa debitor Caio, quia ab illo negotia mea gerendo mutuum accepisti, possum soluere Titio & Caio. Ita Sylu. *verb. solutio n.* 4. Molin. *disp* 743. Layman. *lib.* 3. *tract. eod. cap.* 6. *n.* 8. Ferdin. à Cast. *punct.* 18. *cit.* §. 10. *n.* 3. & alij Bartolũ sequuti in *l. solutum* 11. *D. de pignor. actione*, & glossam *Institut. quibus mod. tollat. obligat. vers. solutio fiat*: nostrum non est litem hanc merè ciuilem dirimere.

ARTICVLVS III.

Quo ordine sit facienda solutio.

Quis ordo seruandus quando creditores sunt æqualis iuris. 1.

Quis quando debita sunt incerta. 2.

Quid quando rerum debitarum dominium nondum est in debitorem translatum. 3.

An res restituenda sit primo loco venditori, vel eius pretium. 4.

Expensæ funeris prius soluenda. 5. 6.

An

1 HÆc quæstio plures complectitur difficultates propter creditorum diuersitatem, diuersáque ipsorum iura, quare diuersa debita consideranda sunt, & cum iure creditorum comparanda; nam quando plures sunt creditores, & debitor est omnibus soluendo, si omnes æquè solutionem vrgeant, habeantque æquale ius, non videtur vllus alius ordo seruandus, quàm vt omnibus soluatur, neque vnus queri poterit sibi alium præferri, cùm omnes sint æqualis iuris, & omnibus satisfiat. Est autem grauis difficultas quando plures sunt creditores quibus bona debitoris non sufficiunt, quis ordo, seruandus sit; tunc verò distinguendi sunt creditores personales à realibus. Hi dicũtur qui habẽt actionem in re, vel ad rem debitoris; personales autem habent directè ius & actionem in personam debitoris, non autem in eius bona, nisi indirectè. Deinde alia sunt debita certa, quorum creditores sciuntur, alia incerta quorum creditores ignorantur, etiam si rem debitam esse constet. Præterea quædam debita nascuntur ex delicto, alia ex contractu, seu oneroso, seu gratuito; quædam sunt priuilegiata; quædam habent adiunctam hypothecam, aut pignus, alia non habent, sed nuda sunt. Denique debetur aliquando res determinata in indiuiduo, seu vt loquuntur Iuristæ in specie, aliàs indeterminata, & solùm in genere determinata, quæ res quandoque extat apud debitorem, quandoque periit, aut distracta est. Denique creditor aliquando rei debitæ dominium semper retinet, aliàs in debitorem fuit translatum: quæ omnia consideranda sunt in ordine & modo faciendæ solutionis.

2 Primò itaque debitorum ita incertorum, vt dubites verum debeas, an non, nulla facienda est solutio necessariò, quia in dubio melior est conditio possidentis: quam communem regulam in omni virtutum materia, sed maximè iustitiæ, veram esse aliàs ostendimus. Debitum incertum tantùm ratione creditoris ex duobus aut tribus, aut cui ex communitate debeatur diuidendum est pro ratione dubij; si enim æquale est dubium, æqualiter diuidatur, si dubium sit inæquale, ei danda erit maior pars de quo minus erit dubium. Ex creditorum etiam incertorum consensu poterit forte vni totum applicari; vbi tamen facta solutione constitarit deinde quisnam esset verus creditor, debent alij partes quas acceperunt restituere, debitor autem ad nihil tenetur, cùm seruauerit soluendo iustitiam eo modo quo potuit. Ita Caiet. 2. 2. *qu.* 62. *art.* 5. *ad* 3. Lessius *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 32. Rebell. 1. *p. lib.* 2. *qu.* 12. *n.* 17. Molina *disp.* 745. Petrus Nauarra *lib.* 4. *de rest. cap.* 9. *n.* 2. & alij. Res debita incerto domino, si in sua specie aliena est, restitui debet iis, quibus debentur incerta, de quibus infra *disput. de dominio incertorum*; & vtrum retineri possint, an debeantur pauperibus; quia creditoribus satisfaciendum est ex bonis debitoris, non ex alienis, quæ proinde primo loco à bonis debitoris segreganda sunt. Quando autem res debitæ non sunt in sua specie alienæ, ex illis tunc facienda erit priùs solutio certorum debitorũ, quàm incertorum: ita volunt Caietan. *verb. restitutio, cap.* 8. & alij passim, qui dicunt debitorem teneri iure naturæ ex iustitia prius satisfacere creditoribus certis, quàm incertis, de iis bonis quorum dominium habet. Imò non tenetur iure naturæ soluere creditoribus incertis omninò, cùm illis solutio fieri non possit. Et quamuis daremus incerta deberi pauperibus, id tantùm esset ex lege positiua, ex Vasq. *cap.* 11. *de restit. n.* 9. & Lessi. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 5. & aliis; non autem iure naturæ, cùm talia incerta non soluendo, nemini in particulari faciat iniuriam, vti quando non soluit certa debita. Et quamuis ex eodem iure naturæ possint eiusmodi incerta retineri & de illis satisfieri certis etiam creditoribus, non tenetur tamen nisi de suis soluere, quare posset omnia illa incerta dare pauperibus, etiamsi illis seclusis creditores certi nihil essent habituri. Vbi tamen illa bona incerta fient ipsius debitoris, quocumque titulo etiam paupertatis, de illis obligabitur satisfacere suis creditoribus certis, vt patet, & tradit Molina *disp.* 760. *n.* 3. & Lugo *disput.* 20. *de iustitia, num.* 11. In hac tamen sententia communi, quædam difficilia sunt: & quidem quando res aliena extat in specie apud debitorem, fateor non teneri ex illa soluere creditori certo, imò neque potest antequam fiat ipsius debitoris, cùm incertus ille creditor retineat suæ rei dominium, neque de illa disponere possit debitor, eius possessor, nisi ex præsumpta domini voluntate, vti statim apparet. Verùm quando debitor non habet apud se in specie rem alienam creditoris incerti, poterit quidem ex quibuscumque suis bonis soluere suo creditori certo, quæ si tamen non sufficiant ad debita incerta diluenda, non poterit reddere se impotentem ad eiusmodi debita soluenda per solutionem debitorum certorum, quamdiu manebit obligatio soluendi debita incerta, quod manifestum videtur. Cum enim hoc casu debitor maneat obligatus ad vtramque solutionem, nempe debitorum incertorum, æquè atque certorum, nulla ratio est cur vnam potiùs impleat, quàm alteram cum damno & iniuria sui creditoris, licet incerti, cui numquam deinde poterit soluere: & quæ rationes passim afferri solent ad confirmandã prælationem creditorum certorum, omninò inanes sunt, vti fusiùs expendit Lug. *disp.* 20. *sect.* 1. & Molina *disput.* 106. *num.* 2. qui omninò negat hanc prælationem, cùm eius nulla ratio appareat, siue ex iure humano, siue ex iure naturali; quia creditores isti siue certi, siue incerti, ius habent æquale, cui non cedunt, neque cedere præsumũtur, nõ est ergo cur vnus alteri præferatur, aut postponatur. Itaque si quæ facienda est hoc casu prælatio, illa petenda erit ex præsumptione, vel æqua interpretatione voluntatis creditoris incerti, quæ ex diuersis circunstantiis petenda erit iudicio prudentum, ex quibus etiam præsumitur à Principe, quoties circa bonorum incertorum restitutionem quidpiam constituit; itaque nonnunquam rationabiliter præsumitur creditorem incertum velle sua debita expendi in vsus pios, & aliquando seruari & retineri apud possessorem bonæ fidei, aliquando applicari pauperibus, aliquando etiam quando non possunt omnia debita certa sol-

ui, præsumere licet ipsum velle ea primo loco solui, vt debitor grauatus tunc liberetur à vexatione aliorum creditorum, estque rationabilis admodum illa præsumptio, quia est opus illud honestum ac pium est, & creditor seruat integrum suum debitum recuperandum, cùm vel debitor redierit in pinguiorem fortunam, vel sufficientia alia eius bona reperientur. Atque hac præsumptione vtuntur qui docent ordinariè debita certa præferenda esse incertis, nisi sint eæ circunstantiæ quæ aliud suadeant, vt si propinquus debitoris longè distantis, quem Vasq. *cap. 11. de restit. n. 4.* incerto comparat, plurimum indigeret, sapienter præsumeremus ipsum malle debitum suum applicari suo fratri, vel cognato indigenti, quàm certo creditori soluendo: hæc verò præsumptio sumi poterit, quamuis multò rarius, etiam circa rem creditoris extantem in specie apud suum debitorem, velle nimirum illam restitui vel fratri indigenti, vel subleuando ipsimet debitori suo grauato, vti ostendit Lug. *n. 7. & 8.* & nos etiam dicemus cùm de dominio incertorum, an ipse possessor possit sibi illa tanquam pauperi applicare.

3 Secundò soluenda sunt primo loco ea quorum dominium non fuit adhuc in debitorem translatum, sed manet apud creditorem: quare si res debita sit fisci, minoris, Ecclesiæ, & extet adhuc inter bona debitoris, aut ipsa est restituenda, aut soluendum eius pretium, quia illius rei non est translatum dominium nisi reipsa soluatur pretium, vt obseruat Panorm. *in c. cum olim, de officio delegati* & DD. *in l. à diuo Pio 15. § sed si emptor, D. de re iudicata*, & *in l. si curator 5. D. de iure fisci, in illa glossa*, quare ea res vbicumque fuerit, & quibuscumque vendita vindicari poterit à fisco, minore & Ecclesia.

4 Præterea sequitur rem restituendam venditori, aut pretium eius loco soluendum, si debitor neque pignus, neque fideiussorem dederit, neque pretium in præsenti obtulerit, neque venditor pretium pro soluto habens, fidem emptoris sequutus fuerit; quia nondum in eo casu translatum est dominium, etsi res tradita fuerit emptori & debitori, vt perspicuè habetur §. *vendita, Inst. de rerum diuisione, l. quod vendidi 19. D. de contrah. emption.* quod malè negauit Nauar. *cap. 17. num. 49.* quare nisi solutum fuerit pretium, res vbicumque fuerit vindicari poterit, *l. procuratoris 5. § sed si dedit 18. D. de tributoria action.* neque quoties emptori rem tradit venditor nullo accepto pignore, aut fideiussione dicitur fidem sequutus emptoris, quo casu rem statim fieri emptoris dicitur *locis citatis*, quia fidem sequi emptoris, nuda ipsius promissione est contentum, perinde ac si solutum esset, quod Vlpianus *lege procuratoris citata* dixit *in creditũ abire*, & Pomponius *in l. quod vendidisti §. etiam, cit.* fidem habere emptori sine vlla satisdatione, imò etiam quando aliquo ex istis modis dominium translatum fuerit in emptorem. Si res extet apud ipsum venditorem, habere illum iure prælationis vt res vendita ipsi restituatur, vel primo loco eius soluatur pretium, existimat probabilius Caiet. *verb. restitutio cap. 8.* Nauar. *c. 17. n. 49.* Rebel. *lib. 2. q. 19. n. 2.* Less. *cap. 15. n. 11.* Bonac. *disp. 1. de restit. q. 8. p. 2. n. 8.* contra Couarr. *lib. 1. variar. cap. 7. num. 3.* Molin. *disp. 536. num. 31.* Vasquez *opusc. de restit. cap. 11. dub. 1. num. 9.* Lugo *disp. 20. num. 17.* & Petrum Nauarr. *lib. 4. de restitut. cap. 4. num. 39.* Ferdin. à Castro *dispnt. 1. de iust. punct. 18. §. 14. num. 5.* Layman. *lib. 3. tract. 2. cap. 11. num. 2.* quia non patitur æquitas naturalis vt res venditoris adhuc extans apud emptorem aliis tradatur, & venditor tum re sua, tum pretio eius careat: & sicut qui locauit domum suam alteri, omnia in illa inuecta & illata sibi obligata habet pro pretio locationis *l. 2. D. ex quibus causis pign. vel hypoth. tac. contr.* multò potiori iure res vendita manet hypothecata pro pretio, neque certè alia conditione videtur venditor transtulisse dominium, retinendo sibi videlicet ius recurrendi ad rem suam, si non soluatur pretium: quæ autem afferuntur à Couarr. docent tantùm non esse hoc loco perfectam hypothecã ratione cuius retineatur ius in rem obligatam apud quemcumque tandem illa extet, sed imperfectam tantùm, quæ det ius non plenum, sed diminutum, & solùm quandiu res apud emptorem extat, tamdiu enim manet obligata venditori, & non amplius: hypothecæ autem speciali iure positiuo inductæ, perfectæ sunt, & dant plenum ius in rem hypothecatam, quæ huic imperfectæ hypothecæ præferenda omnino est: hanc duplicis hypothecæ distinctionem pluribus reiicit Vasq. & Lugo *locis citatis*, & imperfectam illam qua venditor sibi ius in rem venditam reseruat, quamdiu apud emptorem extabit, ratione cuius præferendum esse diximus cæteris creditoribus, fictitiam dicunt, quia vel hæc hypotheca inducta est à lege, vel iure naturæ; primum dici nequit, cùm non modò non proferatur vlla lex id statuens, sed potius hæc hypotheca irregularis legibus repugnet. Secundum quoque falsum est, neque affirmatur à nostræ sententiæ Doctoribus, alioqoin eiusmodi hypotheca reperiretur in omni venditione, quæ sæpius inutilis esset, saltem in venditione rerum vsu consumptibilium. Itaque colligi non potest hæc hypotheca nisi ex tacita voluntate venditoris, qui non vult absolutè transferre dominium rei venditæ, in emptorem, nisi vel soluto pretio, vel accepto pignore, aut fideiussore, vel ipsius fidem sequendo, quare retinet sibi ius in illam rem quamdiu extabit apud emptorem. Itaque quod de venditione rerum vsu consumptibilium obiiciebatur, inane est, si enim res eiusmodi extent adhuc, & nondum consumptæ sint, manebunt venditori obligatæ pro pretio: quare probant aduersarij non fuisse illam voluntatem venditoris, sed absolutè dominium in emptorem, cum obligatione soluendi sibi pretij transtulisse: quod probant quia eiusmodi hypotheca inutilis esset ad securitatem solutionis, propter quam tamen solam, illam inducimus, quia cùm emptor possit rem emptam statim alienare vel consumere, & venditor possit agere contra tertium possessorem, vt nos ipsi fatemur, limitata & imperfecta hypotheca, quam sibi retinuit, ipsi inutilis fuerit.

Respondeo tamen hanc imperfectam hypothecam, licèt non præstet venditori omnimodam securitatem pretij sibi debiti, præstare tamen aliquam, eamque non contemnendam. Cùm enim merces emptæ non statim distrahantur quamdiu manent apud emptorem, estque periculum ne soluendo non sit, poterit emptor reali etiam actione agere, & sibi vindicare suas merces, vti sæpius fit, ex more fori Lugdunensis, quod statim monebo: quare frustra obiicit Vasq. licèt venditor vellet expresè rem venditam sibi obligatam manere pro pretio, non esse præferendum aliis creditoribus hypothecariis anterioribus, vel priuilegiatis. Respondeo enim non præferri cæteris creditoribus hoc casu venditorem, nisi circa hanc rem à se venditam, cum hac conditione; neque propterea

derogat

derogat creditoribus priuilegiatis à iure, cùm potuerit absque violatione legis, & priuilegij quibusdam facti, hanc conditionem venditioni suæ rei ponere, & liberum ipsi fuerit vendere, vel non vendere, & vel absolutè, vel conditionatè. Maneat igitur ex quadam æquitate naturali sepienter colligi venditorem voluisse suem rem sibi obligatem manere vsque ad solutionem pretij, quamdiu apud emprorem extabit; non potuit enim, neque debuit retinere perfectam hypothecem in ille, & habere sibi obligatem epud quemcumque elium possessotem reperietur; sic enim esset magna commerciorum omnium perturbatio. Neque quis certus vnquam foret de dominio rei è se empiæ, etiam persoluto pretio, quia si venditor à quo illam emit, non satisfecisset suo venditori, posset tertius ille venditor ab isto secundo, aut etiem tertio emprore illam tamquam sibi obligatem repetere, megno mercimoniorum damno.

Quod dico de venditione & emptione, idem seruata proportione dicendum est de eliis contractibus onerosis; in illis enim omnibus translatio dominij pendet ab intentione tradentis rem, eodem modo quo in venditione & emptione; sicut enim in venditione veodens non vult expresse aliquando transferre dominium absolutè, nisi accepto pretio, aliàs vult etiam absolutè ante solutionem, aliàs præsumitur oon velle nisi cum tacite illa intentione retinendi sibi ius in rem venditem, saltem quemdiu extebit epud emptorem, vti explicuimus, idem prorsus contingit in cæteris contractibus onerosis, in quibus traditur res, eiusque dominium cum aliquo titulo oneroso, & vnus non intendit se obligere donec alter contrahens se obliget, neque censeri debet ebsolutè tradidisse rem, donec alter quod suum est & ipse perfecerit. Itaque idem de commutationibus hac in parte dicendum esse quod in venditione & emptione censet sapienter de Lugo *disp.20.n.23.* Ferdinand. *disp.4. de iustit. punct.18. §.14.* & alij contra Molin. *disp.396.*

5 Ex his porrò colliges æquitatem iuris vindicationis, siue repetitionis mercis à se venditæ, quod in foro nostro Lugdunensi, ex antiquo more seruatur; vocentqoe *droict de suitte.* Ius consequentiæ, siue consequutionis; quia nimirum venditor perpetuò suam venditam mercem sequitur, & si illam iouenjat iure sibi illam vindicet, aut repetit omnibus eliis emptoris creditoribus exclusis. Titius ergo qui mercem aliqnam vendidit Caio, qui soluendo non est, etque adeò foro cedit, licèt Iudicis Conseruatoris authoritate omnes eius merces, libri rationum, & cætera omnie mobilia capiantur, vt inter creditores proportione seruata distribuentur, si Titius inquam certis notis suam mercem esse doceat, illam ex iure suo capiet vbicumque tandem reperiatur: atque cæteros omnes creditores excludet. Non enim existimant ee venditione translatum ita fuisse dominium eiusmodi mercis vt venditor nullum retineet ius in illam adhuc integram extantem epud emptorem, qui eius pretium nondum soluit. Atque hæc constans, & æquissima lex nostri fori consentit cum *art.176. & 177.* consuetudinie Parisiensis, de quibus Chopin. *lib.3. de morib. Paris. tit.3.n.8.* cuius moris, eam rationem quem nos ettulimus, reddit: *Sua enim rei*, inquit, *vindicatio in omnes tali suppetit venditori* (qui nimirum quasi recepturus ab emptore cominus pecunias distraxit mercimonia) *nedum crediti æris petitie in primum emptorem; quia credita merces non aliàs fiunt accipientis, quàm si vel pretium numeratum sit, vel satis ee nomine factum.* Addit deinde; *Quod si fidem habuit emptori venditor sine vlla satisdatione, & hec casu rei apud debitorem iniecta manu, potior manet venditor, illam pignorante,* quod docuisse se ait *in 3. volum. leg. Andegau. Vsquequaque enim alienator reliquis præfertur crediteribus in pretie rei suæ.* Citatque Alberic. & Speculetor. effertque solemne ertestrum Curiæ die 12. April. 1588. Aliem portò causem esse rei ad tertium iam titulo eliqoo translatæ, & æquè bona fide possessæ. *Cum enim mouentia iure pigneris sequi non liceat, inuerecundum est primi venditorie desiderium inuadi rem cupientis ob pretium ipsius, quod in creditam pecuniam transfusum sit.* Quibus verbis satisfacit obiectioni aduersariorũ, & explicat cur rem venditem non liceat à tertio possessore repetere primo venditori; quie pretium eius in creditam pecuniam transfusum est. Refert etiam Lotheringiæ morem, quo mercium propolis persecutorium ius est in illes, eorumque debitorem quemuis, pretij nomine non soluti, *Tit. de censib. artic. 17.* quod est nostrum hoc Lugdunensis fori ius.

6 Quarto loco soluenda prius sunt debita quæ ratione funeris debitoris contrecta sunt *l. impensæ 45. D. de religiosis & sumpt. fun.* vbi Mercian. *Impensa funeris semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere cùm bona soluendo non sunt.* Quidnam verò nomine impensæ funeris intelligendum sit, explicat Macer *in l. funeris sumptus 37. D. eodem,* nimirum, *quidquid corporis causa, veluti vnguentorum erogatum est, & pretium loci in quo defunctus humatus est, & si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi & vectura, & quidquid corporis causa antequam sepeliatur consumptum est;* & Vlpian. *in l. & si quis 14. §. funeris causa, D. eodem,* in his enumerer elationem mortoi, ἐκκομιδὴν dicunt Basilica, loci sepulturæ pretium, delationem mortui ex peregrino loco, cedeueris custodiam, vestitum, arcam, depositionem: de vnguendi cadauere more res obuie est, delatio cadauerum fiebet lectica, vt ex Asconio, Gellio & Marc. probat Lypsius *lib.1. electorum cap.19.* & honestum quidem eret exhaphoros, tenuiorum sandapila, cui subiecti saltem homines quatuor; quare vecturam, & vestigalia inter sumptus funeris numerabat Macer *in l. 37. eod. tit.* Nempe quæ in itenere dum ab vno loco in alium cadauer deferretur, soluebantur; quæ deinde sublata sont *l. vlt. Cod. eod.* quam ex Greco & *l. 59.* Basilic. refert Cuiac. *lib.6. obseruationum. cap.21.* Quod autem Vlpianus *l.14. citata ad custodiendum* & commendaodum corpus, dixit, referunt eam commendationem eliqui ad nænias, & præfictarum leudationes, quæ in eam rem conducebantur, quod temen iure displicet Cuiecio *lib.2. obseruat. cap.17.* qoia illis non commendabatur corpus mortui, sed ipse mortuus: neque satis aptè coniungi videntur impensæ commedationis impensæ custodiæ, quere mendum suspicatur, legendumque esse *commundandum.* Sic epud Colum. *lib.12. cap.18. Aqua eluenda sunt, & commundanda: & in l. argumento 10. §. ornamentorum, D. de aur. & arg. legat.* solebent enim mortuorum corpora lauare, abluere, pollinire, vnde & pollinctorum officium, imò & pollinctorum instituta negotiatio quædam *l.5. §. idem ait, D. de institor. act.* Retinenda tamen est vulgata lectio, vt vidit ipse Cuiacius, & dicendum, commendare eo loco non esse aliud quàm corpus deponere, donec iustæ sepulturæ tradatur, quod pluribus ostendere liceret. Vnde Paul. *in l. si quis 40. D. de religios.* ait locum, in quo tempore gratiæ corpus deponitur non quesi æterna sede donan-

dum

dum, ſed aliò transferendum, non fieri religioſum, ſed profanum manere; non enim conueniebat per quamlibet corporis illationem, locum fieri religioſum, cùm exinde ſit diuini iuris, non humani, & extra omne humanum commercium fiat, perpetuóque religionis vinculo teneatur. Plura eiuſmodi religioſa loca, quàm oporteret haberemus. Quia igitur fiebant aliquæ impenſæ in eiuſmodi depoſitione, & ipſæ quoque ad funebres ſumptus pertinebant, ficut & ſarcophagus Græcis σορὸς, qui dicitur arca *l. dum 39.* & arca lapidea *l. 7. D. de religioſ.* at hæc erat plebeium ſepulchri genus, Lucan. *lib. 8. Da vilem magno plebei funeris arcam*: & Horat. *conſerum vili portanda locabat in arca.* Corpus tamen Scipionis arca conditum legimus apud Senec. *epiſt. 17.* De hoc ſepeliendi more in arca vide Caſſiodor. *lib. 3. variar.* & Frontin. *de menſur. agror.* Sarcophagus porrò erat lapis in quo corpora quadrageſimo die abſumebantur exceptis dentibus, ipſi contrarius erat chermites, qui cadauera ſeruabat à putredine apud Plin. *lib. 2. cap. 46.* & *lib. 37. cap. 17.*

7 Erant præterea ſumptus in veſtiendo mortuo; nam vbi *in l. 37. D. de religioſ.* legitur *vectura*, Græci habent ϛολὰς, *& in l. 14. D. eodem* agitur de impenſis in marmor, & veſtem faciendis, & Baſilica habent κατὰ τὴν ἔνδυσιν, moſque erat cadauera honeſtiſſima veſte efferri, vulgi quidem communi & vulgata; Magiſtratuum toga prætexta, Cenſorum purpurea tota, imò & cum purpura crematos fuiſſe mortuos teſtatur Liu. *lib. 34.* apud Homer. tamen *odiſſe* *omnes* indiſtinctè hunc ritum vſurpabant: Καῖε δ' ἐν ᾖ ἐσθῆτι θεῶν ἠδ' ἀλείφατι πολλῷ. Crémaberis in veſte Deum. Virgil. Æneid. 6. *Tum membra toro defleta reponunt, purpureaſque ſuper veſtes velamina nota conijciunt.* Tacit. *lib. 3. Ann. Pro opibus loci veſtem vt odores, aliaque funerum ſolemnia cremabant.* Deinde tamen vetitum ornamenta cum corporibus condi, quod ſimpliciores factitabant *l. 14. cit. §. 5.* Verùm conditæ ſimul diuitiæ fuerunt cum cadaueribus; nam magnam auri vim ſepulchro Dauidis intulit Salomon, quod deinde tum Hircanus, tum Herodes eruit. Vide Ioſeph *lib. 15. cap. 16.* & *lib. 16. cap. 11.* & *lib. 5. de bello, cap. 12.* & huius moris ſepeliendi cum diuitiis mortuos meminit Gregor. *lib. 4. moral. cap. 5.* atque etiam Chriſtianos cum pretioſa veſte ſepultos ſignificat Hieronym. *in vita Paul. Cur & mortuos veſtros auratis veſtibus obuoluitis, an cadauera diuitum niſi in ſerico putreſcere neſciunt*: quin & hodie Epiſcopi cum veſtibus Pôtificiis, & Archiepiſcopi cum pallio tumulantur; qua de re Rebuff. *præfat. in titulum de ſentent. promiſſion.* inter hos verò ſumptus funebres non numerauit Vlpian. ſolitas compotationes, fortè quia fuerant lege X I I. Tabul. ſublatæ; verùm vti obiicit Cuiac. *lib. 11. obſeruat. c. 21.* ſublata quoque fuerat vnctura, & tamen neque illa, neque compotatione abſtinebant, deſcripſit illam Varro in Meleagris, vti refert Nonius: *funus exequiati lautè ad ſepulchrum antiquo more ſilicernium confecimus, id eſt,* περίδειπνον, *quo pranſi diſcedentes dicimus alius alij; vale.* Silicernium veteia gloſſemata interpretantur περίδειπνον λύχνος γὰρ αὐτοῖς ἐν τούτῳ οὐ θεμις; quòd fieret ſine lumine, eſſetque fluidum ἄλυχνια: nam ſicut natali die lucernas accendebant, mortuali, non accendebant, vt τὸ ἀντίστροφον τῆς γενέσεως καὶ τῆς τελευτῆς. In cippis tamen ſepulchrorum accendebant lucernas, cuiuſmodi plurimas fictiles quotidie reperiri conſtat in monumentis antiquis, indeque Laberius apud Gellium cippum vocat lucium, vti coniicit Scaliger in Feſtum, quod ex eo lucerna luceret. Sanè funebris cœna erat, quam & exequium nominauere. Silicernum etiam quaſi cœna ſilens, dixere veteres cernas pro cœnas, quod obſeruat Scaliger. Seruius *in Æned.* interpretatur, quaſi ſilicernũ epulas ſupra ſilicem poſitas, que peractis ſacrificiis ſenibus dabantur vt ſe citò morituros agnoſcerent, in ſepulchretis erant vſtrinæ, quæ ſepulchris ipſis applicabantur, ad quas culinæ erant, quas ἐσχάρας vocabant Græci, in his ſilicernium ſiue fenebris cœna coquebatur, quæ à pauperibus abſumebatur, vnde Catullus, *Rape de rogo cœnam.* Denique Donat. *in Terent.* cœnam eſſe ait, quæ inferretur diis manibus, dictumque ſilicernum quòd eam ſilentes cernant, id eſt vmbræ poſſideant, vel quòd qui hæc inferant, cernant, neque deguſtent: nam de his quæ libantur inferis quiſquis biberit, aut comederit funeſtatus dicitur, & ſenex ſilicernum, & ſilicernius quaſi iam ſepulchri ſui ſcilicet aſpiciens; aut qui dignus eſt pro quo ſilicernium paretur. Et ſicut qui in ergaſtulo eſt, dicitur ergaſtulus, ita qui ſilicernio proximus, nominatur ſilicernius.

Hæ igitur, ſimileſque impenſæ funebres erant, quæ definiri debebant arbitrio boni viri, ne aut maiores, aut minores eſſent, quàm aut dignitatis, aut facultatis defuncti ratio poſtularet, *l. 3. C. de religioſis,* & *l. 12. §. 5.* & *l. 14. §. 7. D. eod.* quo loco monet Vlpian. non modò dignitatem defuncti ſpectandam eſſe, ſed etiam cauſam, tempus & bonam fidem, cæteraſque circunſtantias, ex quibus ſumptus funeris creſcere aut minui neceſſe eſt: v. g. ſi defunctus quis fuerit in peregrinatione, multiſque diebus opus ſit ad corpus deferendum, ſi tempus incommodum ſit vt hyems, & cætera huiuſmodi expendenda erunt, in quibus tamen omnibus maximè deſideratur bona fides ab Vlpiano, *§. cit.* nimirum ne plus imputetur ſumptus nomine, quàm factum ſit, neque tantùm, quantùm factum eſt, ſi immodicè factum eſt, debet enim haberi ratio potiſſimùm facultatum eius in quem ſumptus fit, *& ipſius rei qua,* inquit Vlpian. *vltra modum ſine cauſa conſumitur.* Aliqui verò vel dolo malo mentiuntur ſe impendiſſe pluſquam impenderint, eoque prætextu lucrum improbum captant ex alieno damno, vel licèt reipſa totum illud impendant, excedunt tamen modum animo onerandæ hæreditatis. Imò neque ſi teſtator ipſe iubeat hos ſumptus fieri, qui iuſtam facultatum eius rationẽ excedant, ſequenda erit eius voluntas, vt dicitur *in citato §. 7.* ſicut neque ornamenta cum corporibus condi oportere dixerat *præcedenti §. 6.* idemque de veſtibus ſeribit ex Papinian. Marcian. *l. ſeruo alieno 113. §. vlt. D. de legat. 1.* vbi & idem dicit de aliis *quæ ſuperuacua ſunt*, hoc eſt ad corpus mortuum ſepeliendum aut conſeruandum nihil pertinent. Ratio eſt quia licèt voluntas teſtatoris pro lege ſeruanda ſit *l. verbis legis 120. D. de verb. ſign.*, ineptæ tamen defunctorum voluntates, qualis iſta eſſet, ſeruandæ non ſunt, vt monebat laudatus Marcian. quod non contingit in hoc tantùm caſu de veſtibus & aliis ornamentis cum cadauere ſepeliendis & faciendis funebribus impenſis, quæ iuſtum modum facultatum defuncti excedant, ſed in pluribus aliis caſibus quos enumerat Gotofred. *in notis ad l. 14. §. 7. D. de religioſis & ſumpt. fun.* quam verſamus. Hinc etiam fit, vt ſi quis monumentum ſepulchri extrui voluerit, hoc eſt vt Diuus Adrianus reſcripſit, monimentum aliquod loci in quo corpus conditum eſt, adeò amplum, vt in circuitu, *porticationes ædificari iuſſeris,* illius monumenti ſumptus non cenſeantur

tur funeris causa facti fuisse *l. 37. §. 1. D. de religiosis*, quia excedunt munimenti & monumenti terminos necessarios, cùm monumenta vel sunt ipsa cadauerum stabula, vti loquitur Tertullian. *lib. de Resurrection.* vel munimenta sepulchri, vt dicebat
7 Adrian. vel aliquid illustris memoriæ causâ positum, licèt aliquando corpus alibi sepultum esset, eratque cenotaphium. De monumento patri & fratribus à Simone Machabæo excitato vide *lib. 1. Machab. cap. 13.* in ipsis etiam sepulchris illustria quædam monumenta apponi solita certum est, quę Epictet. vocauit otiosi viatoris spectationem, in quæ, & expensas in his ædificandis fieri solitas inuehitur August. *conc. 2. ad Psalm. 48.* & Chrys. *homil. 17. in ep. ad Roman. cap. 10.* Tertull. *lib. de testimonio animæ*, sepulchtorum ambitione nomen seruari dicit. De inscriptionibus & titulis ad æternam memoriam appositis, vide Plin. *lib. 9. ep. 19.* & Mathæ. Marescall. *lib. de iuribus honorificis Ecclesiar. cap. 6.* vide & Spondan. *de cæmeteriis.* Cadaueris igitur est ipsummet sepulchrum, munimentum non exigit, nisi quæ ad muniendum conditorium, & sepulchrum necessaria sunt, non autem porticationes, vt loquitur citata lex, aut alia ornamenta, magnifica quidem, & illustria, sed quæ ad funus minimè pertinent, neque eius sumptibus ædificari debent. Quod autem dicitur ibi de munimento sepulchri, vocatur maceria *l. adde 73. §. 1. D. de contrah. emption.* Maceriis siquidem ad custodiam & tutelam includebantur sepulchra. Idque probat Brisson. ex variis inscriptionibus *lib. 2. selectar. cap. 6.* Adhibebantur & custodes, quibus etiam & custodiæ siue tutelæ fundi quidam adsignabantur, quod apud Gutheric. *lib. 2. cap. 30. & 31. de iure manium*, variæ inscriptiones docent; quarum hæc vna satis sit. *Huic monumento tutela nomine cedunt agri puri iugera decem, & taberna quæ proximè eum locum est.* Ex his omnibus vides quænam essent impensæ funeris, quas initio diximus primo loco soluendas esse, atque ex hæreditate deducendas ante omne aliud creditum *l. penult. D. de religios.* quare hoc debitum præcedit cœtera omnia credita, quibus defunctus fuerat obligatus: & quidem si de creditoribus chirographariis agamus, ratio aperta videtur. Cùm enim prælatio inter eos non tam ex tempore, quàm ex causa desumenda sit, vti monet Paul. *l. priuilegia, 32. D. de reb. authorit. iudic. possid.* causa verò funeris, & sumptuum eius causâ factorum, omnium fauorabilissima existimata sit, necesse est vt habeat priuilegium inter omnes creditores chirographarios, quod testatur Vlpian. *in l. quæsitum 13. D. eod.* quia nimirum habet causam maximè naturalem, & necessariam, tum in memoriam conditionis humanæ, tum quia interest Reipublicæ, ne cadauera maneant insepulta.

8 Sola itaque difficultas est de creditoribus hypothecariis, an illis præferendi sint creditores impensarum funebrium, propter generalem regulam in *l. eos qui 9. C. qui potior. in pignor. hab.* eos qui habent pignora, cæteris præferendos esse, eo quod in rem habeant actionem, & reliqui tantùm in personam, quare quoad rem sibi obligatam cęteris omnibus præferri iure merito debent.

Resp. tamen etiam aduersùs istos creditores impensam funeris retinere suum priuilegium. Et quidem si de tacitis hypothecis agatur, id definitum videtur *in l. & si quis 14. §. 1. D. de religios.* vbi Pomponius ait ex inuectis illatis per colonum, vel inquilinum, eum funerandum esse, si non sit vnde funeretur, si quid superfluum verò remanserit, pro debita pensione retinebitur: quamuis inuecta & illata à colono, vel inquilino sint tacite hypathecata pro pensione, quod idem de illatis in nauim, domum, diuersorium, arcam, vehiculum, horreum, nimirum pro locatione illorum obligata manere ostendimus *lib. 3. operis de vsur. cap. 7. artic. 4 n. 14.* Huic tamen tacitæ hypothecæ præferendam impensam funeris, dixit Paul quia sicut ex æquitate quadam & præsumpta contrahentium voluntate ius taciti pignoris inductum est, ex eadem æquitate noluit legislator propter illud tacitum pignus, insepultum manere colonum, vel inquilinum, maximè cùm iure præsumere liceat inquilinum cùm res suas in prædium vrbanum infert, non eas ita velle obligare, vt nequeant distrahi se mortuo ad impensam sui funeris, si aliunde non habeat vnde funeretur.

An verò idem sentiendum sit in creditoribus qui habent ius expressi pignoris, quæstio non læuis est. Nam id negat glossa *in l. pen. D. de religiosis*, & alij allati à Fachin. *lib. 12. cap 49.* Verùm hanc prælationem concedunt idem Fachin. & alij Iurisconsulti quos refert *ibid.* quibus adde Anton. Fabr. *in l. pen. citat.* Anton. Gomez *in l. 30.* Tauri, Couarr. *de testam. cap. Raynaldus, §. 3. n. 2.* quos ex Theologis sequitur Vasq. *de pignor. cap. 5. §. 2. n. 24.* Sylu. *verb. restitutio 6. q. 5.* Angel. *eod. verb. n. 16.* De Lugo *disp. 20. de instit. n. 81.* Ferd. à Castro *disp. 1. de inst. punct. 18. §. 15.* Probatur primò quia præsumendum minimè est ita conuenisse contrahentes in expressa hypotheca, vt si contingeret debitorem mori non soluendo, maneret potiùs ipse sine sepultura, quàm creditor in damno, cùm nullus tam iniquus censeatur in seipsum, vt honore sepulturæ carere velit, neque creditor tam inhumanus existimatur, vt suum debitorem sepultura carere malit quàm sui debiti vel totius vel ex parte iacturam pati: si enim Papinian. existimauit *in l. cùm pater 77. §. cùm existimaret, D. de legat. 2.* durum esse pecuniarij damni causâ libertates intercidere, durius multò erit debitori qui soluendo non est, eam ob causam carere sepultura.

Confirmatur quia æquius multò est de alieno quem sepeliri, quàm cadauer insepultum relinqui, quare sicut, cùm non est vllus locus in quo possit quis opportunè & commodè sepeliri, permittunt iura, vt sepeliatur in loco illo, in quo aliàs sepeliri non posset, vti contingit *in specie l. 2. §. si vsumfructum, l. 4. in fine, l. & si quis 12. §. sed & si res, D. de religios.* Ita cùm corpus aliter sepeliri non poterit, nisi cum damno aliquo & iactura creditorum, meliùs erit de alieno tumulari, quàm insepultum iacere. Hinc fit vt Vasq. *loco cit.* voluerit hunc impensæ funerariæ fauorem, non tam ex iure ciuili, quam naturali oriri, quia non modò ius naturale postulat vt nullius corpus maneat inhumatum, vt debita soluantur, quin potiùs id prohibet: quandoquidem ius restituendi non obligat eum tanto rigore, vt moderatam expensam, quam funus exigit, impediat, & prius quæ adeò necessaria sunt debitori, extrahi debent, quàm quodlibet aliud debitum. Hinc infert Vasquez nullo iure positiuo derogari posse huic priuilegio funerario, ideóque nulla hypotheca, licèt prior, priuilegiata, & expressa præferri debet funerariæ. Addit Anton. Fab. *in l. citat.* ne priuata quidem pactione posse quemquam huic priuilegio renunciare; si enim creditor & debitor conueniant vt si debitor moriatur, & soluendo non sit, creditum, & hypotheca præ-

feratur

fecatur impensæ funebri, conuentio illa nullius erit roboris, neque seruanda etiam iurata, cùm sit contra bonos mores, & publicam vtilitatem, atque honestatem. Secundò habemus positiuum ius *in l.cit.* & saltem, vt obseruauit Lugo *loc. cit.* in iure & æquitate naturali fundatum, nam sæpiùs *citata l. penult.* disertè habet impensam funeris semper ex hæreditate deducendam esse, & omne creditum præcedere, neque propositionem vniuersalem restringere possumus ad vnam dumtaxat speciem crediti personalis, & excludere creditum hypothecarium. Illa enim exceptio redderet propositionem vniuersalem falsam, atque etiam priorem partem legis: si enim creditum hypothecarium præferendum est funerariæ impensæ, falsum omnino erit impensam funeris semper ex hæreditate deduci, quod affirmat lex, quia aliquando non deducetur, cùm nimirum creditum fuerit hypothecarium.

Obiiciunt dotem præferri quidem omnibus creditoribus habentibus tacitam hypothecam, sed non habentibus expressam: ita & funeraria impensa, licèt præferatur omnibus creditoribus chyrographariis, & tacitam etiam habentibus hypothecam, non tamen habentibus expressam, cùm vnum priuilegium non inferatur ex alio.

Respondeo nos non concedere hanc prælationem funerariæ, per quandam dumtaxat argumentationem à tacita hypotheca ad expressam, quæ fortasse bona non esset, sed ex æquitate naturali, & aperto iure positiuo, quod illam explicat, & disertè pronunciat eiusmodi impensam præcedere omne creditum, quibus verbis omne debitum comprehenditur ad exéplum de dote. Resp. in primis illam quoque præferri expressæ, vti diximus in opere de vsuris *lib.4. c.5. art. 24. num.8.* & cum Antonio Fabro ex ipsa Iustiniani constitutione docuimus. Respondeo secundò funerariam causam semper existimatam esse fauorabiliorem dotali. Respondeo tertiò nunquam dixisse ius, dotem ex hæreditate semper deducendam esse, & omne creditum præcedere: ideóque licèt illa non præferretur expressæ hypothecæ, sed solùm tacitæ, nihil aduersùs impensam funeris, quam semper ex hæreditate deduci & omne creditum præcedere voluerunt iura, colligi posset.

9 Hinc datur actio funeraria, vel vt loquitur Cuiacius, funeralis aduersus eos qui sumptus funeris suppeditare tenebantur: verùm de hac funeraria, & de his qui ad eiusmodi tenentur, commodior erit agendi locus, vbi de testamentis.

10 Porrò non modò impensa funeris deducenda est ex hæreditate, & omne debitum præcedere debet, sed etiam impensæ morbi ex quo decessit infirmus; sic enim rescripserat Imperator Antoninus *in l. 4. C. de petition. hereditat. In restituenda hereditate compensatio hinc habebitur, quod tu in mortui infirmitatem, inque sumptum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaueris:* & *l.5.C.de religios.* Imp. Alexander, quod in funus, vel morbum fuit erogatum, boni viri arbitratu solui priori loco iubet. Impensa igitur facta in infirmitate præfertur cuicumque creditori, post funeris tamen sumptum; sic enim eam constitutionem interpretantur Bald. & Paul. Castrens. idemque planè sentiunt Gomez in *regula Cancellar. de infirm. resignat. q.9* Maynard *tom.1. lib. 2. cap. 47.* & 48. Chopin. *lib. 3. de morib. Paris. tit. 3. n.3.* Ferron. *in consuet. Burdigal. Art. de dote, §.3.* & alij cum Vasq. Lugo. Hasum autem impensarum nomine veniunt tum alimenta, tum medicamenta quæ etiam nomine alimentorum sæpius significantur in iure *l. si cui 52. D. de vsufruct. l. si cum dotem, §. si autem, D. soluto matrim.* & alibi. Pharmacopæi igitur, & Medici, qui & medicamenta subministrarunt, & ægrotum curarunt, omnibus aliis creditoribus siue chirographariis, siue etiam hypothecariis præferuntur. Itaque decreuit Senatus Paris. 19. April. ann. 1580. vti referunt Mornac. ad *l.4. C. de petit. hered.* Chopin. *lib. 3. de consuet. Andegau. cap. 3. tit. 5. num. 7.* Baequet *de iuribus iustit. c.21. n 274. & 291.* Chenu. *cent. 1. q. 86.* Simile quid eadem Curia iudicauit 8. Februar. ann. 1596. apud Louet. *litera C. num. 29.* & in eadem inquisitionum 7. Septemb. *ann.* 1613. Neque tãtùm chiragraphariis creditoribus immobilia quæque, sed etiam hypothecariis in distractione immobilium oppigneratorũ prætulit idem Senatus 15. Iulij anno 1609. Horum omnium ratio est, quia vt sapienter dixit Vlpian. *l. 1. §. 2. D. de var. & extr. cognit.* Medicorum iustior causa est, cùm hi salutis hominum curam agant: atqui debita priuilegiis gaudent non ratione temporis, sed ratione causæ propter quam contrahuntur, vti nuper monebamus: deinde sicut nullus tenetur soluere debita etiam sub pignore, & hypotheca obligata, nisi priùs sibi ad aliqualem sustentationem prouideat, ita quæ fuerunt infirmitati necessaria, priùs soluenda erunt, quàm alia debita: quæ ratio erat propter quã Vasq. nuper existimabat hanc prælationem eiusmodi debitorum oriri ex æquitate & iure naturali. Adde Medicos & Pharmacopæos esse creditores necessarios, & cogi sæpius suppeditare sua medicamenta, & operas continuas creditò, & cum periculo tum propriæ salutis, tum etiam sumptuum quos faciunt, nisi gaudeant hac prælatione, quare melior sine dubio est illorum causa, quàm cæterorum creditorum, etiam qui alimenta suppeditant, id enim isti sponte faciunt, cùm non obligentur suas merces creditò distrahere; creditores verò hypothecarij, cùm res debitoris sibi nexas & obligatas habeant, securi de suo debito sint, denique cùm alimenta omnibus chirographariis creditoribus præferantur, & pupillus qui facultatibus caret, bonis paternis quæ creditores sibi deposcunt vesci debeat, ideóque aliqua illi pensio solet à Senatu adiudicari, vide Louet. *littera A. n.17.* potiori iure infirmus ali & sanari debebit ex bonis suis, quæ adhuc possidet, quamuis creditoribus aliis obligata sint, quare ea nomina detrahi debebunt ex eius defuncti bonis, & ex eius hæreditate, priusquam ea illa satisfiat cæteris creditoribus.

Hæc tamen prælatio non conceditur nisi cùm defunctus lapsus est facultatibus, & omnibus soluendo non est, atque ratione dumtaxat debitorum, quæ ea medicamentis in extrema & vltima ægritudine contracta sunt, non verò eorum quæ priùs contracta fuerant, vti definiuit Senatus 28. Februar. anno 1604. & 22. Mart. 1611. & 24. Septemb. 1636. 30. Mart. 1638. estque euidens discrimen inter debita ex sumptibus priorum morborum, & extremi, quo quis obiit, quia Medicus & Pharmacopæus qui creditò curat, ægroti fidem sequitur, & si quo gauderet priuilegio illi renuntiat, & stat iuri communi, at verò medicamenta suppeditata in vltima ægritudine faciunt quandam partem sumptuum funeralium, & cùm ille cui credidit suas operas, & bona ad eius salutem curandam, decesserit, neque possit deinceps compensare eiusmodi ministeria, & impensas, ius ipsum eius vices supplet, & concedit prælationem eiusmodi creditorũ

creditoribus. Ita Bacquet *de iuribus iust. cap.* 22. *n.*274. Papon. *lib.*18. *Arrestor. tit.*6. Maynard. *tom.* 1. *lib.* 2. *cap.* 47. & 48. Chenu *centuria* 1. *q.* 86. Monarc. *ad l.* 45. *D. de religios. & sumptib. funer.* hac nihilominus prælatione non gaudet impensa extremæ ægritudinis, aduersus cœmentarium, ædium instauratorem, itáque iudicauit Senatus 22. Iulij ann. 1592. vti refert Chopin. *de moribus Parisi. lib.* 3. *tit.* 3. *n.* 3. Denique ne quid omittam, debitum ex alimentis suppeditatis stante communitate bonorum inter coniuges, solui debebit pro sua parte ab vxore, licèt ei deinde communioni, & societati renuntiauerit, quod censuit Senatus an. 1588. 8. Februar. vide Louetij notas in *littera C. n.* 19.

11 Quinto loco præferendi sunt priusque soluendi creditores hypothecarij creditoribus chirographariis, & non habentibus hypothecam *l. eos qui* 19. *C. qui potior. in pignor.* quia isti non solam personam debitoris, sed eius etiam rem obligatam habent, ac proinde, duplicem actionem, personalem vnam, realem alteram. Inter creditores verò hypothecarios præferendi sunt tanquam potiores iure, qui sunt priores tempore, in illisque maximè valet vulgare diuerbium *l.* 2. & *seq. C. qui potior. in pignor.* idque verum est de quacumque hypotheca, seu tacita, seu expressa, seu prætoria, & iudiciali, seu conuentionali: verùm de tota ista prælatione creditorum hypothecariorum tum inter se, tum ratione personarum fusissimè disputauimus *lib.* 3. *de vsur. cap.* 7. *art.* 10. *toto.* Neque quidpiam addendum occurrit.

12 Solutis creditoribus hypothecariis, si quid supersit ex bonis debitoris soluendum erit creditoribus personalibus, qui dicuntur chirographarij, & nullam habent sibi obligatam immediatè rem debitoris, sed solam eius personam. Inter illos aliqui sunt priuilegiati, & gaudent iure prælationis; v.g. sponsa de futuro ratione dotis iam traditæ, & non subsecuto matrimonio, & qui apud nummularium deposuit pecuniam, nec vllas inde percepit vsuras *l. si hominem* 7. §. 2. *D. depositi*: alij verò creditores nullum habent priuilegium prælationis, & priori quidem loco soluendum erit priuilegiatis, quibus concessum est ius prælationis, deinde cæteris.

13 Verùm quæritur an vbi non adsunt priuilegiati creditores, prior tempore, iure quoque potior sit, atque adeò cæteris præferendus, sic enim ex communi regula existimant Valent. 2. 2. *disput.* 3. *q.* 6. *punct.* 10. Eman. Sà *verb. restitutio, num.* 63. Toler. *lib.* 5. *num.* 25. Medina *de restitut. q.* 2. §. *quintum dictum*, Rebell. 1. *part. de obligat. iust. lib.* 2. *q.* 19. *n.* 11. Suar. *opusc. de iustit. sect.* 3. *num.* 7. Lugo *disp.* 20. *num.* 146. atque ex antiquioribus S. Thom. *opusc.* 73. *conc.* 8. Gabriel *in* 4. *dist.* 15. *q.* 2. *art.* 3. *dub.* 6. Maior ibid. *ead. dist. q.* 50. qui communem regulam ad omnia debita, vbi cætera paria sunt, extendi volunt, & probant, quia sola prioritas temporis dat aliquando prælationem habenti tantùm ius personale, & actionem personalem; vt patet in primo emptore cui res vendita tradenda est, & non secundo deinde emptori, siue illa res vendita esset determinata, siue disiunctiuè vendita, cum optione venditoris tradendi quam voluerit. Qua eadem ratione prima sponsalia præferenda sunt posterioribus. Et præbenda tradenda erit illi cui primò promissa fuerat, idque in omnibus debitis quæ diuidi non possunt seruandum perpetuò esse fatentur omnes, vnde ad indiuidua debita licebit argumentari, quia ista debiti diuisibilitas aut indiuisibilitas nihil omnino ad iuris prælationem concedendam, aut negandam creditori facit. Denique quia prior obligatio facit ne debitor possit se obligare secundo creditori in præiudicium primi, ideóque obligatio ista secunda est quodammodo conditionata, si non officiat primæ obligationi. Præterea quæ ratio ostendit inter hypothecarios priorem tempore iure præferendum esse posterioribus; eadem id ipsum ostendit in personalibus, difficiléque omnino est idoneum discrimen afferre.

Nullam tamen hac in parte ex prioritate sola temporis faciendam esse prælationem dixit Lessi. 14
lib. 2. *c.* 15. *dub.* 2. Bonac. *disp.* 1. *de restit. q.* 8. *punct.* 2. *num.* 19. Vasq. *de restit. c. p.* 11. *dub.* 2. *num.* 48. Sylu. *verb. restitutio* 6 *q.* 5. Angel. *eod. verb.* 2. *n.* 16. & qui alios benè multos dabit Ferdinand. à Castro Palao, *disp.* 1. *de iustit. punct.* 18. §. 18. *num.* 5. probant *ex l. priuilegia, D. de priu. credit.* quæ ait priuilegia non esse æstimanda ex tempore, sed ex causa, *l.* 1. *D. de separ.* licèt debitor faceret conditionẽ deteriorem sui creditoris, adiiciendo illi nouum creditorem; quod falsum esset si de hypothecariis agamus, quia cùm priori creditori res per hypothecam sit obligata, non potest fieri deterioris conditionis accedente nouo creditore, vt patet. Illud igitur de solis creditoribus personalibus intelligendum erit, nouus enim creditor cùm æquale ius habeat cum priori creditore, si debitor vtrique soluendo non sit, æquè suum debitum repetere poterit, atque adeò æquali iure cum priori contendet, neque primo creditori totum suum debitum, cum alterius qui accessit damno, Prætor adiudicabit. Et sanè cùm sola debitoris persona primò & directè obligetur, & eius bona tantùm consequenter, vterque creditor æquè sibi debitoris personam obligatam habet, & eius consequenter bona omnia, quod non contingit in hypothecariis, qui habent ius peculiare & singulare hypothecæ in rem sibi primò & per se obligatam, quæ proinde cum damno & iniuria illius; cui primò fuit obligata, non potest obligari alteri: quod probant exempla à prima sententia allata de primis sponsalibus, & prima venditione: statim enim apparet acquisitum fuisse primo contrahenti sponsalia ius in hanc personam, & in hanc rem venditam, quo iure sine iniuria spoliari nequit, quod non contingit in creditore qui acquisiuit ius tantùm in hanc personam primò & per se, quod idem acquirit secundus similis creditor, quare vterque æquali iure gaudent. Quod si forum externum solitum sit aliquando priori creditori adiudicare bona debitoris, licèt non sufficiant aliis creditoribus, id contingit, quia sæpè creditores vt inæ caueant indemnitati, sibi subiici curant bona debitoris cum generali hypotheca bonorum eius, addita solemni clausula; Vniuersalem hypothecam nihil derogare particulari & speciali: nam quando abfuit illa cautio hypothecæ saltem generalis, bona debitoris adiudicantur creditoribus pro rata portione debiti cuiusque, vti in hoc emporio Lugdunensi, vbi quis foro cessit, obseruari videmus à Iudice Conseruatore. Creditores igitur chirographarij, qui eandem causam habent, licèt non sint æquales tempore, sunt tamen æqualis iuris: neque vlli potiùs quàm alteri, aut priori loco cum alterius damno tenetur debitor soluere. An verò possit solutione vnius reddere se impotentem ad satisfaciendum alteri, dicemus inferiùs, vbi de his quæ fiunt in fraudem creditorum disputabimus: diuersæ siquidem sunt hæ difficultates, an teneatur debitor antiquiori creditori non priuilegiato priori loco soluere cum dãno posterioris creditoris, & an id si velit facere, licitè possit: de prima quæstione dũtaxat modò disputamus, de altera inferius acturi.

Quæritur secundò an debita ex contractu oneroso prius soluenda sint iis quæ ex contractu dum- 15

taxat gratuito, v.g. ex liberali, & gratuita promissione proficiscuntur: ita omnino fatetur communis opinio, Mol. *disp* 760. *n.* 4. Ioan. Medina, Nau. Lessi. Reginald. aliique quos dabit Bonac. *disput.* 1. *de restit. q.* 8. *punct.* 2. *num.* 1 x. quibus adde Lugo *disp.* 20. *num.* 41. probant *ex l. inter ees* 19. §. 1. *D. de re iudicata: Qui*, inquit Paul. *ex causa donationis conuenitur, in quantum facere potest condemnatur, & quidem is solus deducto ære alieno.* Antequam igitur iste debitor damnetur ad implendam promissionem, aut donationem gratuitam rei nondum traditæ, debet deduci æs alienum, quod alio titulo contraxit, quodque priùs soluendum est; tum deber donationem exequi pro ratione facultatum, & non supra vires, aut in solidum si facultates eius ita non ferant: quod idem de marito & vxore inter se *l.* 20. *eod. tit.* asserit Modestin. idque quibusdam aliis personia conuenit, vt non damnentur plusquam facere possint; de quibus vide Cuiac. *lib.* x4. *obseruat. cap.* 38. Cum igitur nolint leges donationem gratuitam impleri, nisi priùs deducto, & soluto ære alieno, atque etiam eo casu facultates debitoris attendendas esse, neque supra illas cogendum esse hunc debitorem, vt in solidum soluat id ad quod se gratuitò obligauit, perspicuum est priori loco soluenda esse debita contractu oneroso quàm gratuito facta. Idque postulat naturalis æquitas. Cum enim liberaliter, & gratuitò sese iste debitor obligarit, non videtur ita se voluisse obligare, vt ea de causa vellet ad egestatem & paupertatem redigi. Adde omnem promissionem gratuitam conditionem tacitam includere, vt si fiat ea mutatio rerum, vt suam promissionem nequeat sine maximis difficultatibus & incommodia implere, eà non teneatur, imprudenter enim se gratuitò cum tantis incommodis & difficultatibus obligasset, neque id vnquam profectò intendet, vti aliàs *lib.* 4. *cap.* 1. diximus. Loquor porrò de promissione & donatione gratuita simpliciter, nam si sit ita remuneratoria, vt sine magna ingratitudine prætermitti nequeat, ad contractum quodammodo onerosum reduci debebit, vt explicat Molin. *tract.* 2. *disp.* 413. & 292. quod aliàs obseruauimus. Ex hac porrò communi, constantique doctrina colligit Lugo *disp.* 20. *cit. n.* 144. sicut creditores ex titulo gratuito postponuntur creditoribus ex titulo oneroso, quia non præsumuntur debitores se velle prioribus illis obligare, nisi quatenus facere possunt, & sine magnis, importunisque difficultatibus, ita inter ipsos creditores ex oneroso titulo, discrimen aliquod constitui iure posse, & debitorem quibusdam magis se obligare velle, quàm aliis: v. g. venditor qui nondum tradidit rem venditam, neque pretium accepit, licèt emptori obligetur, emptorque vicissim ipsi ex contractu oneroso, minor tamen censebitur apud prudentes illa obligatio, quàm si alter contrahentium iam ex parte sua posuisset id ad quod tenebatur ex contractu inito, ac proinde difficiliùs in hoc casu liberabitur ab obligatione, quàm in priore: & si in vtroque casu contractuum obligationem implere nequeat, priori & potiori loco implenda erit illa, qua tenetur aduersus illum, qui suam reciprocam impleuit, quàm si res adhuc integra esset, & contractus neutra ex parte impletus.

16 Quæritur tertiò an debita ex delicto præferenda sint debitis ex contractu; sic enim affirmant S. Thomas *opusc.* 73. *cap.* 18. Anton. x. *p. tit.* 2. *cap.* 7. §. 1. Medina *de restit. q.* 2. *dub.* 1. quia in debitis ex delicto maior iniuria fit creditori, quæ proinde priori loco reparanda erit. E contrario verò debita ex contractu præponi voluit Caiet. *verb. restitutio, cap.* 8. & alij quidam Summistæ *eod. verb.* Armilla *num.* 36. Rosella *disp.* 16. *num.* 4. Tabiena *num.* 24. sequitur Nauarr. *cap.* 17. *num.* 53. quia non licèt aliena accipere vel retinere, vt iniustè ablata restituas, id autem facit quis non reddendo alteri debitum contractu licito & valido, vt alterius iniuriam reparet. Deinde ratio gratitudinis, quā debes illi qui tibi beneficia contulerat, postulat vt illi debitum soluas, illique non soluendo grauiorem censeris inferre iniuriam. Existimarim tamen nullam inter ista debita ponendam esse prælationem, si cætera paria sint; quod ex Summistis docuere Angel. *verb. restitutio* x. *n.* 18. & Syluest. *verb. eod.* 6. *q.* 5. §. 5. atque ex Theologis Aragon. x. 2. *q.* 6 x. *art.* 8. *dub. vlt. concl.* 6. Petrus Nauarr. *lib.* 4 *de restit. cap. fin. num.* 24. Molina *tractat.* 2. *disp.* 536 *sub fin.* Vasq. *de restitut. cap.* 12. *num.* 46. Lessius *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 10. Layman *lib.* 3. *tractat.* 2. *cap.* 11. *num.* 6. Ferdinand. à Castro Palao *disp.* 1. *de iust. punct.* 18. §. 19. *num.* 3. & alij, quia hæc prælatio neque ex iure naturali, neque ex iure positiuo necessariò colligitur: non primum, quia cùm vtrumque debitum æquè debeatur ex iustitia, & fidelitate, æquè primò soluendum est, cùm eiusmodi obligatio consistat in indiuisibili, neque maius aut minus suscipiat, nisi sint aliquæ causæ extrinsecæ quæ excusent ab obligatione vna, non ab altera, quod vix contingere potest. Denique quia tota iniuria quæ fit in vtroque isto casu creditori, alia non est quàm quod alienum retineatur, aut ius alterius lædatur, ad illud autem æquè obligamur, ex quocumque titulo oriatur rei alienæ retentio, vel iuris violatio. In iure autem positiuo nihil reperitur, quod hanc prælationem debiti ex delicto suprà debitum ex licito contractu significet, ideóque Iudices in foro externo nunquam imperant hanc prælationem, neque damnant debitorem ad soluenda prius debita ex delicto, quàm ex contractu. Neque enim differunt grauitate hæc debita inter se, si aliunde æqualia sint, vt malè statuebat prima sententia, quamuis non ex eadem radice oriantur. Quod verò obiiciebat Caietan. non esse retinendum alienum, vt restituantur quæ culpabiliter accepta sunt, vltro concedimus, sed negamus retineri, aut capi rem alienam ab illo qui priùs satisfacit debitis ex delicto, quàm ex licito contractu: nam satisfacit vtrique ex propriis bonis; quod si non sit vtrique soluendo diuidēda erit pro rata ea solutio, vt dicemus *inferiùs.*

Quæritur quartò an cum non habeas vnde pluribus tuis creditoribus facias satis, possis aut etiam tenearis creditori pauperiori soluere, etiam integrè, omisso diuite, id enim leges charitatis & misericordiæ postulare eo casu, dixit S. Thomas *opusc.* 17
73. *cap.* 18 Medina *C. de restitut. q.* 2. *dub.* 5. Sà *verb. restitutio, num.* 60. Molin. *tract.* 2. *disp.* 536. *num. vlt.* Layman *lib.* 3. *tract.* 2. *cap.* 11. *num.* 7. Veriùs aliqui distinguunt cum Vasq. *cap.* 12. *cit. num.* 39. Lessio *cap.* 15. *dub.* 7. Bonac. *disp.* 1. *de restitut. q.* 8. *punct.* 2. *n.* 24. Ferdinand. *punct.* 18. *citat.* §. 20. Lugo *disp.* 2. *sect.* 7. §. 3. sed isti, aliique Doctores deinde dissident inter se; hæc mihi certa esse videntur.

In primis pauperi in extrema, aut valdè graui necessitate constituto, soluendum esse debitū omisso creditore diuite, quin tunc etiam donare teneris.

Secundò, attendenda est grauis illa pauperis necessitas, videndumque an illa te obliget ad donandum illi, an verò ad mutuandum dumtaxat; quia mutuatione illi succurres quantum opus fuerit, tunc autem debebis tantùm mutuo dare, vt ex eius solutione deinde satisfacias creditori diuiti, qui proinde non amittet suam solutionem, sed tardiùs dumtaxat accipiet.

Teitiò

Tertiò videndum an ex ea solutione diues creditor omnino perdat suum debitum, an verò tardius dumtaxat recipiat, ad primum enim grauior pauperis necessitas, quàm ad secundum exigitur.

Quartò quando aliud non occurrit quàm grauius incommodum extrinsecè pauperi, quia retentio centum illi magis incommoda est, quàm si ducenta retineantur diuiti, & aliunde non est alia inæqualitas inter hos creditores, diuidenda erit solutio inter ipsos pro rata portione debiti; si verò sit quodammodo nocumentum intrinsecum, quia pauper cogitur vilissimo pretio fundos suos distrahere, nisi suum debitum recipiat, præferendus erit, siue in parte, siue in toto debito, non modò ex lege charitatis, sed etiam institiæ, vti pluribus explicat Lugo *n.*164. quem adi.

58 Ad extremum quis ordo in debitis defuncti, & legatis soluendis ab hærede seruandus sit fusiùs dicemus inferiùs, disputantes de testamentis, & obligationibus hæredis.

ARTICVLVS IV.

Quo loco, quo tempore, & cuius expensis sit facienda solutio.

Vbi sit facienda solutio rei inculpabiliter acceptæ. 1.
Quid si res fuerit culpabiliter accepta. 2.
Quid si expensa in re aliena restituenda superet, aut æquet eiusdem rei valorem. 3.
Vbinam soluenda debita ex contractu licito. 4. 5. 6.
Quid in contractibus merè gratuitis seruandum sit. 7.
Quid in cæteris contractibus. 8.
Tempus faciendæ solutionis. 9.
Quomodo non solutio sit peccatum. 10.
Quid faciendum Confessario. 11.
De anticipata solutione. 12.

Distinguenda sunt varia debita, quædam enim debentur ex delicto propter iniustam rei alienæ acceptionem, aut detentionem: alia ratione rei acceptæ, aut retentæ sine culpa: quædam ratione contractus liciti, qui diuersi generis esse potest.

1 Quoties igitur restitutio, siue solutio facienda est ratione rei acceptæ inculpabiliter, fieri debet solutio in loco vbi res tradita, vel accepta fuit, & impensis eius, in cuius commodum cessit: quare equum commodatum reddes in loco, in quo illum accepisti, si autem dominus in locum remotiorem migrauit, ad ipsum eius impensis mittes. Cùm enim in rei alienæ acceptione nullam admiseris culpam, non teneris iacturam aliquam pati in tuis bonis, vt dominus eam recuperet, quare existimat Ferdinand. *disp.* 1. *de iustit. punct.* 18. §. 6. *num.* 3. satis esse, si vbi rem alienam esse comperisti, dominum ipsius moneas vt illam recuperet, neque teneris ad sumptus in eam recuperationem necessarios, quos dominus præstare debet, cùm eius agatur negotium. Addit de Lugo *disp.* 20. *num.* 295. sumptus quos fecit inculpabilis iste detentor in re illa custodienda, & conseruanda, v. g. quia illam secum aliò transferre necesse habuit, posse repeti ab eius domino, qui si recuset poterunt à re ipsa deduci, aut extrahi. Cùm enim fuerint necessarij sumptus ad custodiam rei ne domino periret, eiusque negotium vtiliter gestum sit, æquum non est vt possessor suo damno, domino laborarit, cui neque ex delicto, neque ex contractu tenetur: quin immò addit Lugo *num.* 193. cum Molina, quod si expensæ maiores, vel æquales valori rei alienæ, in ipsa custodienda, aut ad locum transferenda faciendæ forent, fas erit ex præsumpta domini voluntate, illam vendere, eiusque pretium piis operibus pro domino applicare, aut eius cognatis, aut amicis maximè egentibus: quod ego non facilè concesserim, sed monendum esse dominum si fieri possit, & donec occurrat opportunitas, seruandam esse, nisi illa vel ipso tempore deteratur, vel custodiæ sumptus eius pretium excedant.

Debita ex delicto, ex rapina, v. g. furto, aliáue iniusta acceptione, vel retentione culpabili, solui debent in loco, in quo creditor rem suam habuisset, si illi non fuisset ablata, & si quæ necessariò faciendæ sunt eam in rem expensæ, à debitore suppeditabuntur, quod omnes concedunt apud Lessium *lib.* 2. *cap.* 15. *num* 48. Vasq. *de restitut cap.* 10. *dub.* 1. Layman *lib.* 3. *tractat.* 1. *cap.* 20. *n.* 3. Nauarr. *cap.* 17. *num.* 42. Ferdinand. à Castro *punct.* 18. *citat.* §. 6. *num.* 1. Molin. *tract.* 2. *disput.* 752. Bonac. *disp.* 1. *de restitut. quæst.* 5. *num.* 5. Lugo *disput.* 20. *num.* 185. qui alios dabunt; estque apertissima ratio; iste enim debitor & reus iniustæ acceptionis, aut retentionis rei alienæ debet præstare prorsus indemnem creditorem, & reponere in eodem statu in quo esset, si illi res sua iniustè ablata non fuisset: Quare meritò DD. allati reiiciunt illam distinctionem. Palud. *in* 4. *dist.* 15. *q.* 1. *art.* 5. *in quarto casu*, & Ant. 2. *p. tit.* 2. *cap.* 3. ait, si creditor abiit aliò, eius expensis illi mittendam esse rem suam, si verò debitor ipse discesserit suis expensis rem malè acceptam teneri restituere; hæc enim mutatio loci, siue creditoris nihil in hanc rem facit, cùm solum attendenda sit immunitas creditoris, & quod haberet si non passus fuisset iniuriam, & damnum rei suæ: quare si aliò rem illam secum fuerat illaturus, ad illum locum mittenda erit à debitore propriis expensis, quod si ante profectionem suam venditurus erat rem suam, poterit quidem illa vendi, sed eius pretium ad creditorem mittendum erit à debitore, vt si dominus mallet rem extantem ad se mitti, quod faciendum esset; ita tamen vt si expensæ transmittendæ rei excederent expensas transmittendi pretij, illum excessum ferat dominus, quia ille excessus non oritur ex delicto debitoris, sed ex mutato domini consilio, qui si non præscisset delictum, non habuisset rem in loco in quo nunc illam habere vult. Difficultas verò est an si maiores creditor factus erat expensas, in transferenda, aut transmittenda re sua, si non fuisset ablata, quàm nunc debitor & fur faciat in illa transmittenda, possit debitor si dominus & creditor nolit eum excessum soluere, ipsum ex ipsa re extrahere, aut alia ratione sibi retinere; negat enim Rebell. 1. *part. lib.* 2. *q.* 13. *sect.* 2. *n.* 8. ne lucrum ex suo delicto fur reportet, affirmat tamen Bonacin. *num.* 5. *cit.* quia lucrum illud non prouenit ex delicto, sed ex industria debitoris, quod postremum dicendum est, si reuera illa diminutio pretij transmissionis procedat ex sola industria debitoris rem transmittentis: quia tenetur dumtaxat dominum indemnem præstare in recuperatione suæ rei refusis impensis quas fecisset, non autem curare vt aliquid amplius lucretur, eas v. g. expensas. Si verò diminutio impensarum istarum aliunde proueniat, quàm ex industria debitoris; decreuit v. g. pretium transmissionis rerum, non potest ex illa diminutione in damnum 2

damnum domini proficere, & lucrari debitor retinendo sibi aut deducendo, quod amplius impendisset dominus, si rem cùm illi ablata fuit, secum detulisset, aut aliò transmisisset: quia illa transmutationis diminutio est incómodum domini, qui modò minori pretio rem suam transferret, eodem modo, atque si rei ipsius valor creuisset, in domini commodum profectè creuisset: ita Lugo *n.* 182.

5 Restat tamen grauis difficultas, an quando expensæ in re aliena per crimen, & iniustitiam accepta, restituenda, æquant aut superant ipsiusmet rei valorem, teneatur reus debitor illam suis expensis quantumuis grauibus creditori & domino restituere: nam aliqui ad id obligant debitorem ratione delicti quod admisit, cum Caietan. 2. 2. *q.* 62. *art.* 5. *ad* 3. Nauarr. *cap.* 17. *num.* 43. Couarr. *in regul. peccatum,* 2. *part. num.* 7. Vasq. *de restitut. cap.* 10. *dub.* 1. & aliis, qui omnes dicunt dominum rei posse velle rem suam exigui licèt valoris, sibi restitui, etiam cum magnis expensis, quas sibi imputare debet reus, qui illam iniustè acceperit: cæteri D.D. qui tantum rigorem non ferunt, dissident inter se in definiendis eiusmodi expensis, & damno, quod pati debet debitor in restituenda re quam malè acceperat, neque enim æqua videtur illa prior Caietani sententia, vt debitor quocumque suo damno teneatur reparare damnum quod intulit alteri, suam rem illi auferendo: damnum siquidem quod irrogauit non superat valorem rei qua ipsum priuauit, quia si valor ille sit exiguus, & damnum restitutionis sit ingens, non potest creditor prudenter, & iustè velle suam rem cum tam ingenti damno debitoris repetere, quod verum esse dixit Lugo *num.* 185. etiam seposita illa liberali condonatione, & præsumptione voluntatis creditoris in tali casu, sed attenta sola æquitate, & iustitia naturali, si enim furatus sis vnum nummum aureum, quem nequeas restituere, nisi centum, aut ducentos expendas propter absentiam domini, an nisi dominus consentiat, vt alio modo reddas, donando v. g. pauperibus, tenereris ex iustitia sumptus illos omnes facere; quis potiùs creditorem aut imprudentiæ & stoliditatis, atque etiam iniquitatis non argueret, qui cum tam ingenti debitoris damno rem suam exigui valoris præfractè repeteret? Certum itaque videtur nonnunquam posse debitorem debiti ex delicto & iustitia contracti excusari à restitutione facienda propter insigne damnum & detrimentum extrinsecum, quod in ea restitutione pateretur. Extrinsecum appello damnum quod diuersum est à priuatione, & carentia rei quam restituit, & quam per iniustitiam acceperat, atque detinebat. Labor itaque est in assignanda mensura huius damni, propter quod debitor excusabitur à mittenda re debita creditori, & poterit alio modo restituere: neque existimarim posse certam, constantem, & vniuersalem definitionem tradi, ac proinde permittendam esse iudicio prudentum, qui expensis omnibus singularibus, quæ tunc occurrent circunstantiis, arbitrabuntur quid eo casu postulet æquitas; ita vt quantum fieri poterit indemnem seruent creditorem qui iniustè læsus fuit; sed cum minimo damno debitoris, aut saltem ne multum excedat damnum quod intulerat: nam licèt sit æquale non excusabitur, vt cum Vasq. aduertit de Lugo, v.g. si centum furatus est, quæ non possit transmittere ad creditorem quem læserat, nisi expendendo alia centum, non excusabitur à restitutione ratione illarum expensarum; cùm æquius multò sit debitorem reum amittere centum ex bonis suis, quàm creditorem innocentem eiusmodi iacturam sustinere: debitor siquidem id sibi tribuere debet, & sui delicti pœnam ferre: quare ita comparanda hoc casu erunt damna debitoris rei, & creditoris innocentis, vt damnum debitoris ex restitutione facienda propter expensas, aut rationem aliquam extrinsecam ipsius rei restituendæ, plurimùm superet damnum quod patietur creditor ex non restitutione rei suæ, aliter facta quàm per transmissionem illius. Ita vt prudentis ratio dictet iniquum, & acerbum existere creditoré, qui suam rem minoris momenti cum tam ingenti damno debitoris repetat. Monet verò prudenter Lugo *n.* 181. damnum creditoris pensandum esse non modò ex re sibi ablata, sed etiam ex damno, quod eiusmodi ablationem necessariò consequutum est, atque lucro quod illi cessauit: quæ eadem attendenda erunt in debitore, modò destinata sint ab ipsamet re restituenda, & quæ iniustè retinetur. Comparanda quoque sunt hæc damna ad personam quæ illa patitur, nam sæpè inde fiunt maiora aut minora quàm existunt in sese, & absolutè sumpta, propter diuersas conditiones atque status personarum. Deinde videndum erit an quando sine maximis expensis res ipsa ablata transmitti non potest ad absentes creditores, possit saltem facilè eius pretium mitti, tunc enim hoc postremum saltem præstare teneberis, si excuseris à primo faciendo. Atque his aliisque omnibus attentis tradit Lugo *num.* 190. hanc vniuersalem regulam, vt si debitoris damnum in facienda restitutione superat tantùm duplo damnum quod creditor patietur ex retentione suæ rei, vt si ad restituenda tria quæ sustulit debitor debeat expendere sex, teneri ipsum ad eiusmodi expensas, neque ratione ipsarum excusari à redditione rei sublatæ; quia si iustè Iudex imponat pœnam quadrupli, cur non subibit hic reus saltem dupli pœnã. Monet verò minus detrimentum debitoris sufficere ad restitutionem dumtaxat differendam, sicut etiam faciliùs & ex minori detrimento excusabitur ad non restituendum, & mittendum domino, quàm ad non dandum pauperibus, vel aliis piis operibus pro anima creditoris, atque eo modo restituendum: & denique videndum, an si non possit reus totum debitum restituere, possit saltem partem ipsius, quæ regula seruari prudenter ordinariè poterit, atque etiam pro varietate circunstantiarum aliquando variari.

Debita ex contractu licito soluenda sunt in *lo-* 4
co, iisque expensis quibus in contractu conuentum expressè, vel tacitè fuerit, modò in ea designatione nulla sit iniustitia. Hanc vniuersalem regulam tradunt Couarr. *practicar. quæstion. cap.* 10. *num.* 6. Gutirrez *de iuram.* 3. *part. n.* 16. Nauarr. *cap.* 17. *n.* 41. Molin. *disp.* 752. *num* 2. Estque euidens ratio cùm stare oporteat pactis conuentis, vbi iusta & legitima existunt. Dixi verò locum in contractu designari aliquando expressè, quod nemo negat, aliàs implicitè dumtaxat, quod semper & necessariò contingit; cum enim obligatio non sit ad aliquid faciendum in abstracto dumtaxat, sed in concreto, necesse est vt qui se ex contractu obligat ad soluendum, simul sese obliget ad soluendum in aliquo loco: qui locus non potest esse indefinitus, & quilibet in quo voluerit vel creditor vel debitor, quia sæpiùs illa optio data debitori, vel creditori esset iniusta, & alteri cótrahenti damnum afferret, quandoquidem valor rei, atque etiam pretij, quod ferè in pecunia consistit, variatur pro ratione loci. Debet igitur ex natura ipsa contractus designari saltem implicitè locus aliquis determinatus, in quo impleatur obligatio per contractum suscepta, quoties non est explicitè designatus; atque adeò vi

ipsius

ipsius contractus in loco designato implenda erit obligatio, siue solutio. Et quidem quando explicitè designatur locus ille, difficultas nulla subesse potest, cùm eo casu vi ipsius contractus in eo loco sit implendus, modò vti monebam, in ea designatione non sit aliqua iniustitia, vt si triticum emptum Lugduni, vbi modius valet decem aureis, soluēdum sit Auenione, vbi valet quindecim. In eo siquidem pacto, & determinatione manifestè foret inæqualitas, & iniustitia: verùm vbi neque locus solutionis non fuit explicitè designatus, iure merito quæritur, quo in loco facienda sit, siue quomodo cognoscemus locum qui implicitè, & vi contractus includitur, dissentiuntque DD. in assignandis certis regulis, vti videbis apud Vasq. *de restit.cap.*10. *dub.*2.

5 Quare distingui debent duo genera contractuum; quædam enim sunt merè gratuiti, in quibus aliquid accipitur, sed nihil redditur, vti contingit in promissione liberali, donatione, legato. Neque enim promissarius, donatarius, & legatarius obligantur ex iustitia ad aliquid faciendum, aut dandum, ideóque non sunt propriè contractus qui reciprocam obligationem iustitiæ producant: alij verò contractus sunt onerosi, quia singuli contrahentes subeunt aliquod nouum onus vi cōtractus, vt vides in venditione & emptione, venditor siquidem obligatur rem venditam tradere, & emptor pretium conuentum soluere. Isti porrò contractus sunt duplicis item generis; nam in quibusdam idem omnino quod acceptum est redditur, vt in deposito, & commodato: idem enim equus reddendus est à commodatario. In aliis verò vnum accipitur, aliud redditur, vt in emptione & venditione, locatione, censu emphyteusi & cæteris eiusmodi, de his verò omnibus contractibus quoad locum solutionis faciendæ, non potest vna, eademque vniuersalis regula constitui.

6 Quod igitur spectat ad contractus merè gratuitos, promissiones, donationes, legata & alios eius generis, solutio facienda est in loco vbi erat res, quando promissa, vel donata fuit, ac proinde non erit expensis donatoris, aut promissoris aliò mittenda ad promissarium, vel donatarium absentem, nisi aliud expressum fuerit. Lessius *lib.* 2. *cap.* 15. *dub.*8.*num.* 59. Vasquez *cap.*10.*num.* 58. Bonacina *disp.* 1. *de restitut.sect.*45.*punct.*46. *num.* 13. Lugo *disp.*20.*num.*197. quia cum vel expressè vel ex natura contractus, non necessariò colligitur obligatio ad certum quendam locum, non possumus prudenter præsumere aliam obligationem, nisi quam verba ipsa sonant: qui autem promittit se aliquid daturum, vel reipsa donat, nec locum designat, satisfacit suæ obligationi, quando dat in loco in quo ipse est, nisi fortassis rem aliò transtulisset. Neque inutilis illa promissio redderetur, aut non nisi cum magna difficultate res promissa, vel donata posset à promissario vel donatario obtineri. Neque interest an promissio fuerit absoluta, vel conditionata, aut in diem, tum enim coniicienda erit habitualis intentio promittentis, & donantis. Quod autem attinet ad legata, non est attendendus locus in quo erit res legata, quando fuit conditum testamentum, sed quando testator moritur, quia tunc propriè donatur.

7 In contractibus, in quibus idem quod acceptum est soluitur, vt deposito, & commodato, res reddenda est in loco in quo accipitur, atque ita depositarius reddet depositum vbi illud custodiendum accepit, & cōmodatarius rem commodatam vbi illi commodata fuit: quare si Caius domi suæ dedit tibi quidpiam custodiendū domi tuæ, quæ per aliquot leucas distat, non teneris illud tuis expensis remittere ad domum Caij, sed ille debet ex domo tua in qua custodiendum dederat, repetere. Si librum, equumue commodato capias, debes illum ad commodantem apud quem acceperas remittere, quia illud commodatum in tui gratia factū fuerat, neque æquum est vt ille suis deinde expensis beneficium quod tibi præstitit recuperet; secus verò si in gratiam commodantis cessisset: v. g. si tibi commodasset supellectilem ad ipsammet, aut aliam eius causa domi tuæ excipiendam, suis expensis è domo tua reduci ad se eam supellectilem curare ipsum oporteret. Inde etiam fit vt si depositarius, vel commodatarius in alium quendam locum distantem abierit, teneatur deinde depositum & commodatum ad deponentem & commodantem in locum in quo fuit acceptum remittere, quod contrarium accidit, quando ipse deponens, & commodans aliò abiit, si enim apud te quidpiam deposuit, aut commodauit Lugduni, Parisios deinde migrauit, non obligaris tuis sumptibus, & periculo depositum, & commodatum transmittere Parisios. Secludimus porrò in his omnibus culpam tum depositarij vel commodatarij, tum deponentis, vel commodantis; qui enim culpam admiserit, illam luet; ex qua verò culpa teneantur isti omnes, fusè diximus *in opere de vsuris lib.*3.*c.*4.*art.*2. & 3.& *cap.*6.*art.*3.

In contractibus in quibus vnum accipitur, & aliud redditur, vt in locatione, venditione, & cæteris eiusmodi, locus solutioni destinatus est ille in quo res tradita est, pro qua aliquid soluendum restat, siue in illo fuerit contractus celebratus, siue alibi: vendo tibi, vel mutuum trado triticum Lugduni, ibidem quoque soluendum erit tritici pretium, vel reddendum triticum, nisi aliud inter contrahentes conuentum iustè fuerit: quod addo, quia vti monebam initio, poterit aliquando ista conuentio iniqua esse, & alteri contrahenti onerosa. Ratio porrò nostræ assertionis euidens est. Cùm enim obligatio ad soluendum non possit abstrahere ab omni loco, sed necessariò aliquem connotet, qui vel exprimitur, vel subintelligitur ex natura contractus, aut ex variis circunstantiis, non potest congruentius intelligi locus vllus, quàm is in quo res pro qua soluendum est, traditur, cùm in quocumque alio non possit æquè facile contingere æqualitas dati & accepti, quàm eiusmodi contractuum iustitia necessariò postulat, cùm tum rei, tum pretij valor, & æstimabilitas ex variatione loci pendeat; danda siquidem Parisiis pecunia pro venditione tritici facta Lugduni, poterit vel excedere, vel non attingere pretium conuentum Lugduni, quod fuit v. g. viginti aureorum, qui maiorem vel minorem valorem habebunt Parisiis, quàm Lugduni, ex qua vniuersali regula facilè fuerit definire, quid in singulis contractibus faciendum sit, quod iterum monebimus in consectariis. De loco verò in quo debitor apud Prætorem conueniri poterit à creditore, vt ad solutionem cogatur, dicemus *c. seq.* 8

Tempus faciendæ solutioni est terminus illi præfixus, quamuis non vrgeatur debitor à creditore, quia dies interpellat pro domino *cap. fin. de locato & conducto.* Si nullus terminus ex mutuo contrahentium consensu fuerit præfixus, differri potest solutio donec creditor debitum repetat, quia præsumitur non ipso inuito debitum retineri, dum non repetit. Si tamen creditor non petat debitum ignorantia, aut timore, aut impotentia, aut alia de causa, vnde debitor facilè coniiciat se inuito creditore 9

debitum retinere,tenetur illud statim reddere;alioquin est in mora culpabili. Quando debitum natum est ex delicto, facienda est solutio seu restitutio statim atque nata est obligatio, & dominus est rationabiliter inuitus, si enim aliqua iusta causa excuset id temporis debitorem, non erit rationabiliter inuitus dominus. Quando itaque tempus solutionis,restitutionisque faciendæ iuxta prædictam regulam aduenit,statim soluendum, restituendumque est, alioquin peccatur,nisi creditor dilationem concedat, quia præceptum soluendi & restituendi, est præceptum negatiuum non retinendi alienum inuito domino, quod semper obligat, & pro semper: idque verum est siue debita orta sint ex delicto, siue ex contractu quopiam licito, quare qui sciens non soluit, aut non restituit, estque in mora culpabili, quandiu retinet alienum inuito rationabiliter domino, est in statu peccati mortalis contra iustitiam, quod peccatum non est nisi vnum numero, nisi vbi post moralem interruptionem iterum à sciente, & volento continuatur, vt aliàs diximus 1. 2. de multiplicatione numerica peccatorum disputantes. Malè verò negat Cai. 2. 2. *q. 66. art. 3. ad 3.* actualem detentionem, cùm non sit actio, sed effectus actionis, continuare peccatum actuale furti, nam actio quædam, sicuti possessio est continuata læsio proximi,eáque libera,quod addo, quia si non penderet amplius à libertate detinentis rem alienam, eaque ratione nocentis proximo, eius restitutio, quia facta esset impossibilis, aut aliqua alia de causa, reuera non continuaret peccare, sicut qui alteri vulnus inflixit, non continuat suum peccatum, etiamsi ex eo vulnere sequantur deinde grauia nocumenta,donec persanetur, quia eiusmodi nocumenta manant naturaliter à primo vulnere independenter à libertate vulnerantis, qui ea nequit tollere. Qui autem alium in vinculis detinet, eumque cum libuerit soluere potest, continuò illi infert damnum ac iniuriam liberè, ac proinde continuò peccat atque hoc peccatum, quod vnum numero est, modo illo explicato crescit continuò, tum ratione maioris libertatis, tum ratione maioris damni, quod augmentum est veluti internum, sicut de augmento meriti quondam disputauimus.

11 Quod autem vulgò dicitur statim faciendam esse solutionem quoad animi præparationem, etiam mathematicè sumendum est, quoad exequutionem autem, moraliter,vt aduertit Caietan. *verb restitutio cap. 6.* potest enim debitor expectare opportunitatem restituendi, modò fraus & dolus absit, neque enim tenetur media nocte surgere è strato debitor ad soluendum debitum, cuius tum meminit. Qui autem eum commodè soluere & restituere possit, relinquit id faciendum suis hæredibus, & in tempus vitæ extremum differt, peccat mortaliter, neque absoluendus est, ex Sot. *lib. 4. de iust.* Nauarra, aliisque; asserit Reginaldus *lib.* 10. *num.* 225. Bonac. *disp.* 1. *de restit. quæst. 6. puncto* 1. *num* 15. quia tenetur restituere, & omittendo peccat. Negandam quoque absolutionem dicunt illi qui cùm possit magnam summam restituere, non vult nisi per partes soluere,quia ad totam summam tradendam tunc tenetur, vt diximus ipso naturæ iure, neque potest dilationem Confessarius concedere,vt ait Molin. *tract.* 1. *disput.* 756. Si autem non habeat intentionem restituendi, patet absolui non posse.

Promittens qui sæpius promisit restituere, neque fecit cum commodè posset, regulariter absolui non debet, quia est in proxima occasione peccandi,& præsumi iure potest illum non ex animo procedere; ita communiter omnes. Dixi autem regulariter, quia eæ possunt esse circunstantiæ ex quibus iudicabit prudenter Confessarius, eum reuera restituturum vti promittit,vt ait Reginald. *lib.* 10. *num.* 226. quod autem addit Clauis Regia *lib.* 10. *tract. 3. cap. 4. num.* 27. Confessarium qui absoluit in eo casu pœnitentem antequam realiter soluerit, teneri ad restitutionem in defectum pœnitentis, reiicitur, quia actio Confessarij non est actio iniusta damni, neque magis tunc obligandus videtur, quàm si non moneat pœnitentem qui monitus erat restituturus, tunc autem non tenetur ex communi sententia. Si pœnitens respondeat Confessario imponenti præceptum restituendi se facturum quod tenetur, & velle se peritiorem consulere, absolui debet, quia non tenetur soli Confessario ita iudicanti parere.

Quoad anticipationem solutionis cui terminus præfixus fuit, potest debitor soluere,& tenetur creditor accipere solutionem nondum elapso termino, si definitus fuit in fauorem debitoris, quia potest cedere suo fauori debitor. Si autem terminus præfigebatur in fauorem creditoris,non potest debitor anticipare solutionem inuito creditore quia faceret illi iniuriam,cum habeat ius ne sibi fiat solutio ante tempus designatum; qua de re diximus *in opere de vsuris lib. 1. cap. 3. art. 2. num. 4.* & de tota obligatione soluendi *art. 3.* & 4.

Quàm autem noceat debitori soluendi tempore præstituto negligentia & infidelitas vbi iterum necessitate premetur, disputat Valerianus Cemeliensis *hom. 4. initio.* Cassiod. etiam *ep. 34. lib. 3.* egregiè inuehitur in debitorem infidelem qui sæpius credulum creditorem deluserat.

Denique de mora soluendi tum culpabili, tum inculpabili, disputauimus *in opere de vsuris lib. 2. cap. 6. toto.*

ARTICVLVS V.

Causæ excusantes à solutione facienda.

Quomodo impotentia debitoris excuset. 1.
Quid si non sit extrema necessitas. 2.
An ea impotentia deleat omninò obligationem soluendi, an tantum differat. 3.
An periculum ne creditor abutatur sua re liberet ab eius redditione. 4.
An damnum futurum debitoris, & quale, excuset à solutione. 5. 6.
An interitus rei restituendæ excuset. 7.
An excommunicatio creditoris excuset. 8.
An ingressus in Religionem. 9. 10.

Causæ excusantes à solutione & restitutione 1
facienda sunt primò impotentia, quia impossibilium non datur obligatio. Ad impotentiam reuoco extremam necessitatem tui, aut tuorum, quandiu illa perseuerat, neque aliter illi succurri potest quàm retentione rei alienæ,aut illius proximo donatione, idque intelligo etiamsi creditor sit in extrema, & pari necessitate,quia cùm in ea necessitate omnia sint communia, creditor non retinet dominium rei quæ est apud debitorem,quamuis

uis eadem extet in specie, aut si adhuc rei suæ extantis dominium retinere velis creditorem In hoc tamen casu vis & potestas illius dominij impeditur ne exeat in actum, & manent res communes, & in puro iure naturæ, atque si nunquam dominiorum facta diuisio fuisset, quare sibi consulere potest ex re quam occupauit, & possidet, neque domino etiam indigenti tradere tenebitur, quare si occupaui tuum equum in fuga, aut tabulā in naufragio, aut panem in solitudine, non obligor tibi restituere, etiamsi simul in idem periculum inciderimus. Ita Lessius *cap.16.num.13.* Bonac. *disp.1. q.vlt.p.1.n.31.* Caiet. *verb. restitutio,* & *2. 2. q. 62. art. 5.* Sot. *lib.4.q.7.art.1.* Tolet. *lib. de peccatis mort. c.39.* & alij, contra Nauarr. *c.17.num. 60.* quando res debita extat in specie; Vasq. *cap.1. de eleemosina dub.8.* & quosdam alios. Non debet tamen creditor illius rei subtractione incidere in extremum periculum, aut in periculo constituto illi subtrahi, sed modò aliunde inciderit in hanc necessitatem, etiamsi tecum incidat, non teneris illi cum tuo aut tuorum periculo parentis, vel vxoris, liberorum imò & fratrum, ex Tolet. *loc.cit.* rem debitam tradere, vt in exemplis allatis, non incurrit creditor naufragium per subtractionem tabulæ, aut periculum propter equum sublatum, sed cum aliunde excussa naui naufragium passus, aut ad fugā adactus tabulam, & equum quærebas quibus tibi consuleres, alius verò prior occupauit, illam tibi cum salutis dispendio reddere non cogitur, si autem prior occupasses tibi tollere non liceret, aut si duo simul rem eandem occuparint ex æquo diuidenda erit, cùm ambo idem, & æquale ius habeant.

2 Immò neque expectandam esse extremam necessitatem, sed in graui posse, quandiu durat, rem alienam retineri, nisi creditor sit in pari necessitate, communem esse Doctorem sensum, testatur Lessius *c.16.num.14.* quia etiam tunc rem alienam subripere licet, & rationabiliter velle debet creditor dilationem restitutionis: dilationem inquam, nam exacta necessitate rem alienam restituendam esse, probabilius est; vnde non excusabitur quamuis non teneatur ille debitor de lucro cessante, aut damno emergente ex ea dilatione, cùm non fuerit in mora culpabili. Creditor prætereà non est in pari necessitate, vt suppono, ac proinde potioris conditionis videtur debitor constitutus in graui eo periculo qui rem iam possidet, & qui in simili casu illā occupare posset. Addit Lessi. in graui necessitate morbi, famis, & nuditatis posse sibi debitorem, rem alienam possidentem, retinere, etiamsi creditor simili necessitate laboret, modò in eam coniectus non fuerit à debitore, quia in tali casu conditio possidentis melior est. Et quæ probabant idem in extrema necessitate, valent etiam in graui.

3 Restat nihilominus vulgaris difficultas, an per impotentiam aut extremam vel grauem necessitatem extinguatur omninò obligatio soluendi, & restituendi, an sopiatur duntaxat, ita vt transacta necessitate, aut impotentia, restituendum sit.

Resp. distinguendo, vel enim rem de qua agitur, ante extremam necessitatem accipit, vel in ipsamet necessitate. Si primum, tenetur ad restitutionem, eius enim obligatio fuit tantùm consopita accedente necessitate. Si secundum, non obligatur restituere rem in extrema necessitate acceptam, & consumptam, neque amplius extantem, cùm neque obligetur ratione rei acceptæ quæ non extat, neque iniustæ acceptionis, cum iustè tunc acceperit; neque ratione alicuius contractus per quem translatum in ipsum fuerit dominium, vt supponitur: ergo nullo ex capite tenetur. Res igitur extans post necessitatem reddenda est, vt equus quo sibi aliquis fuga salutem quæsiuit, quia ad vitandam ipsam necessitatem fuit tantùm opus vsu rei, non ipsa re, vt constat. Deinde si in necessitate acquisiuit dominium alicuius rei per contractum celebratum cum eo cuius res erat, vt mutuatione, emptione, vbi ad meliorem fortunam venerit, debet reddere, quia in ea necessitate non habuit opus re aliena, cùm propriam haberet acquisitam per contractum transferentem dominium, & tunc rem propriam consumit non alienam. Idem dico quando res subrepta fuerit per delictum vt furto, quia tunc accedens necessitas solùm sopiuit obligationem restituendi, non extinxit.

Periculum ne creditor in suum, aut aliorum graue damnum abutatur re sibi debita, excusat à restitutione quandiu durat hoc periculum, & iustè differri potest; ita vt peccet qui tunc restituit, quod malè negat Molina *tract.2.disp.755.* sed traditur à S. Ambrosio *lib.1.offic.cap. vlt.* officium est depositum seruare, ac reddere, sed interdum commutatio fit, aut tempore, aut necessitate vt non sit officium reddere quod acceperis, vt si quia contra patriam opem Barbaris ferens, pecuniam apertus hostis reposcat. Ratio est quia, illa restitutione causa esset iniustitiæ quam admitter creditor. Debet autem hic abusus coniunctus esse cum iniustitia, & non tantùm damnum aliquod contra honestatem, alioquin non excusabit à restitutione, vt ait Sanchez *lib.9. de matrim. disp. 6.* vbi *num.7.* ostendit coniugem teneri reddere debitum etiamsi exigens peccet mortaliter ob aliquam circumstantiam personalem quæ illum non priuat iure petendi, v. g. quia malo fine petit, aut votum castitatis, quod emisit, violat; ait Bonac. *disp. 1. de restit.q. vlt.p.1.n 4.* Azor. *lib.4.3.p.c.39.fin.* etsi creditor abusurus sit re sua in ludos, comessationes, & ebrietates, ac meretrices, debitorem restituere debere, quia actus restitutionis licitus est, & creditor non excidit iure petendi propter malitiam, neque incumbit debitori an creditor benè vel malè rem suam impendat, quamuis si prævideat illum malè vsurum, ex charitate teneatur monere, si spes aliqua sit emendæ: imò si nullum sit periculum aut inimicitiarum, aut ne reus agatur apud Iudicem, aut ne aliquas expensas facere cogatur ex dilatione solutionis; facilè vitandum sit malum quod meditatur creditor, ex eadem charitate potest differre solutionem, sed vix vnquam obligabitur propter eiusmodi abusum, qui non sit contra iustitiam, negare creditori pro suo iure exigenti, neque aliud probat Lessius *c. 16. dub. 4.* & Lugo *disp.21.sect.2.* qui existimat teneri in his casibus debitorem differre solutionem. At verò quando in alterius iniuriam creditor re sibi reddita vsurus est, non licèt illi restituere, alioquin cooperatur eius iniustitiæ. Nam *l. si pignore 54. §.4. D. de furtis.* furti actione tenetur qui ferramina sciens commodauit ad effrangendum ostium, aut scalam ad ascendendum, etiamsi nullum tuum consilium interuenerit. Ratio est quia causa est debitor cur ille tertius patiatur iniuriam.

Damnum quod incurrit debitor ex solutione 5
& restitutione longè maius quàm illud quod patitur creditor ex dilatione solutionis, excusat de-

biturem ab statim facienda restitutione, quia creditor est rationabiliter inuitus, differri solutionem per quam ponitur eiusmodi inæqualitas, vulgatissima enim est Scoti regula *in 4. dist. 5. q. 5. art. 4.* Solutio differri, vel omitti potest, quoties, dominus rationabiliter velle debet restitutionem differri aut omitti. Obseruanda tamen sunt nonnulla in propositione nostra; in primis damnum quod incurrit debitor soluendo debet esse distinctum ab amissione, aut carentia rei debitæ, sic enim non patitur damnum in propriis bonis, sed alienum reddit. Secundò non debet esse tantum damnum lucri cessantis ex tali solutione, si enim illam differret, plura lucraretur, quia non tenetur creditor carere sua re vt ex ea lucretur debitor, limitat tamen Molina *disp. 754.* nisi debitor quærat lucrum, vt satisfaciat aliis creditoribus, tunc enim ad vitandum eorum creditorum incommodum, aliquandiu solutionem differre licebit. Tertiò damnum creditoris non debet esse æquale damno debitoris, sed minus, quia in æquali casu potior est conditio innocentis creditoris, & quamuis non liceat ad vitandum maius damnum proprium quàm proximi, alienum accipere, licebit tamen retinere, hoc enim minus vulgò censetur quàm auferre, sicut minus est non mederi vulneri quàm vulnus infligere, & tenemur vulnus non infligere alteri, non tamen tenemur mederi. Quartò hoc damnum non debet esse necessariò ipsius debitoris, sed sufficit vt pertineat ad personas sibi coniunctissimas, vt vxorem, liberos, si enim periculũ sit ne ipse debitor præ desperatione sibi ipse gulam frangat, aut vxor, & filiæ præ inopia corpus vulgent, aut filij latrocinia exerceant, commodiorem fortunam ad solutionem expectare poterit. Quintò excessus damni debitoris supra damnum creditoris manifestus est quando debitor facit notabilem iacturam bonorum superioris ordinis quàm sint bona quæ restituit. Hinc iam infamatus ex furto tenetur restituere res subreptas, quia ea restitutione non incurrit infamiam qua iam antea laborabat. Mulier autem adultera quæ sine periculo famæ vel vitæ, facinus non potest detegere, ad id nõ tenetur etiámsi viderit opimam hæreditatem diuidendã æquis portionibus filio notho, & legitimis, quia vita & fama sunt superioris ordinis quàm bona diuidẽda, neque eiusmodi fœminæ negari poterit absolutio. Non etiam tenetur soluere qui id nequit sine ingenti periculo valetudinis. Eadem de causa non tenetur debitor seipsum vendere vt satisfaciat. Qui tamen alium falsò accusauit vnde eius damnatio ad mortem secuta est, tenetur etiam cum sua infamia illum liberare, & falsitatem accusationis fateri; cùm enim sint in pari periculo amittendi bona eiusdem ordinis, melior est conditio innocentis creditoris, quàm rei debitoris: denique si periculum sit ne vxor aut filiæ debitoris, inopia vrgente sese prostituant, poterit differre solutionem. Ita cum aliis Lugo *disp. 21. num. 13.* Sextò quando bona quorum iacturam facit debitor solutione, & creditor dilatione, sunt eiusdem ordinis, volunt aliqui damnum debitoris esse duplo maius quàm sit damnum creditoris, certè debet esse excessus notabilis: sic vt quis soluat pecuniam non tenetur domum, agrum, fundumue alium vendere multò viliusquàm valeat, v. g. centum aureis cùm æstimetur ducentis, poteritque venditionis opportunitatem expectare, non tenetur etiam vendere instrumenta suæ artis qua se sustentat, aut necessaria alimenta, aut vestes corporis, stragula lecti, & alia eiusmodi, neque vir nobilis opera manualia exercere & priuare se omni obsequio famulorum, quamuis debeat suas expensas moderari, vt sensim soluere possit. Denique potest solutionem aliquis differre ne cadat ex proprio statu iustè acquisito, etiamsi sua culpâ in eam tenuitatem se coniecerit, vt luxu, commessationibus, prodigalitate. Ita omnes, si tamen illum statum iniustè acquisierit, debet etiam cum illius iactura restituere, quia non amittit tunc proprium statum, sed ad proprium redit, quare non excusantur filij vsurariorum, etsi non possint aliter rapinas & vsuras parentum resarcire, modò illæ vsuræ, & rapinæ occultæ non fuerint, tunc enim non tenentur subire illam infamiam, sed poterunt occultè, & sensim quantum licuerit temperato stato, & expensis restituere. Idem de spurio qui tamen vulgò non habetur talis, vbi resciuit se spurium. Difficultas aliqua videtur, an dum quis sine notabili damno & expensis non potest impræsentiarum restituere si præuideat se futurum deinde omnino impotentem, teneatur nunc restituere: affirmant enim Molina *disp. 754. vers. quando verò.* Lessius *c. 13. n. 50. & c. 16. num. 23.* quando restitutio facienda est ex delicto; cur enim perpetuò priuabitur creditor rebus suis. Negat tamen idem Molina *disp. 755.* & Bonac. *disp. 1. de restit. q. vlt. p. 1. num. 28.* quia non debet soluere cum tanto suo damno, putantque satisfacere, si prout poterit, det aliquid deinde pro anima creditoris, ad quod tamen vltimum ne quidem ego fortassis obligarem.

Interitus rei restituendæ si sit aliena in specie 7
& sine vlla tua culpa perierit, excusat à restitutione, quia res suo domino perit, si autem alterius culpa, prout diuersa erit culpa diuersa quoque obligatio nascetur, vt in singulis dictum est, si autem res tua sit, quia non est in specie aliena, eius interitus non te excusat, quia tibi perit. Vnde qui dedit pecuniam restituendam Confessario, qui illam decoxit, tenetur adhuc ad restitutionem, vt pluribus docet Lessius *cap. 16 dub. 6.*

Excommunicatio creditoris non liberat debi- 8
torem à solutione quæ non potest idcirco differri donec absolutus fuerit creditor; ita Lessius *cap. 16. dub. 9.* contra Gloss. *in cap. vlt. de heredit.* & alios Canonistas relatos à Couarr. *in regul. peccatum. p. 1. num. 3.* vtramque tamen sententiam probabilem putat Molina *disp. 759* & vtriusque fundamenta disiicit, mihi prior certa est.

Ingressus in Religionem excusat ab obligatio- 9
ne restituendi etiamsi debitor in sæculo manens probabiliter existimaret se sua industriâ & arte posse acquirere vnde debita dissolueret, neque tenebitur in Religione laborare, & exercere aliquod opus quod non dedeceat Religionem ex licentia Superioris, qui etiam licentiam eiusmodi negare poterit. Ita Syluius *verb. Religio 2. q. 4* Aragon. *2. 2. q. 62. art. 8. in casu 8.* & Sanchez *lib. 4. in decal. c. 19. n. 14.* Lugo *disp. 21. num. 67.* contra Mulin. *tract. 2. disp. 758. num. 2* Nauarr. *comm. 1. de regular. num. 8.* Bonac. *disp. 1. de restit. q. vlt. p. 2. §. 1. num. 7.* Gerson. *2. parte operum, tract. an liceat grauato debitis intrare Religionem, Alphab. 39. Littera y. & χ.* vbi sensum Doctorum Parisiensium refert, quibus & alij adhæsere, vt videbis apud authores laudatos. Hi volunt teneri Superiorem dare illam licentiam. Mai. *in 4. dist. 38. q. 17. conc. 4* obligat ad operandum hunc eligiosum etiam inuito Superiore. Probatur tamen nostra sententia, quia iam professus cessit

bonis

bonis suis, & factus est impotens ad soluendum, cùm sit incapax acquirendi proprij, estque omninò extraordinarium medium vt quis cogatur laborare in Religione ad soluendum creditoribus. Multò verò absurdius est eiusmodi Religiosum teneri etiam habitu posito laborare extra Monasterium si ad dissoluenda sua nomina alia via non appareat, & teneri Prælatum id permittere, aut etiam ipso nolente, Religiosum id posse præstare. Si autem in Monasterio laboraret, disputant, an deducendæ sint à Monasterio impensæ quibus interea alitur ille Religiosus, quas deducendas esse negat communior opinio: cùm enim per id tempus iuxta regulæ præscriptum inseruiat Monasterio eius sumptibus alatur oportet. Quod dixi de obærato, censeo verum quoque in eo qui se ad aliquid præstandum obligasset ante aditam Religionem, etsi enim illud opus non dedeceret statum Religiosum, vt scribere aliquid, docere, & cætera eiusmodi, tamen non amplius teneri suis promissis affirmamus cum Azor. *lib.* 12. *a.p.c.* 1. *q.* 4. & *lib.* 11. *cap.* 5. *q.* 4. Sanch. *lib.* 4 *in Decal. cap.* 19. *num.* 31. quia omnibus his promissionibus de præstando obsequio iungitur tacita conditio, nisi Religionem ingrediator, quod fusiùs explicat Lugo *num.* 68. & constat ex promissione matrimonij quæ omnium arctissima est, & cui maximè fauetur, & tamen conditionem istam implicatam habet, vt multis ostendit Sanchez *lib.* 1. *de matrim. disp.* 43. *num.* 3. neque iuramentum quidquam faciet, quia quamuis firmet promissionem, illam tamen neque extendit, neque mutat, aut è conditionata facit absolutam. Quod autem dicitur eum qui alteri promisisset ante ingressum Religionis, adstringi adhuc sua promissione, non vrget, quia illa promissio pecuniarum non habet tacitam conditionem, de qua agebamus, nisi præeligatur Religio, vti habent promissiones de præstando aliquo obsequio.

10 An verò obæratus peccet ingrediendo Religionem nondum dissolutis nominibus alienis, si illa nomina certa sint, & debitor soluendo non sit impræsentiarum, speret tamen si in sæculo maneat se fore soluendo, non leuis est difficultas, dixi autem si nomina, & debita certa sint, quia si incerta sunt, & solùm pauperibus, aut piis operibus impendenda, non esse morandum in sæculo, vt acquirator vnde fiat illis restitutio, rectè dixit Aragon. 2. 2. *quæst.* 88. *art.* 17. *certa solution. ad* 1. quia nullum magis pium opus est quàm se dicare Religioni, non erit tamen incertum debitum si quis bona incerta aliena iussus sit distribuere pauperibus, sed certum cui debet satisfacere si soluendo sit, antequam ingrediatur Religionem, aut bona ad id sufficientia relinquere. Dixi præterea, si soluendo non sit, quia alioquin tenetur lege iustitiæ soluere, & nisi id faciat, aut fieri curet, facit iniuriam creditoribus, cum per Religionis ingressum reddit se impotentem ad soluendum. Denique volo esse spem soluendi si in sæculo maneat, quia alioquin frustra moraretur in sæculo occasione æris alieni.

Ad quæstionem igitur sic explicatam resp. cum Sanchez *cap.* 19. *cit. num.* 8. & Less. *cap.* 16. *dub.* 8. si spes sit posse intra breue tempus soluere aut totam summam, aut notabilem eius partem absque magna & ingenti difficultate, tenetur differre ingressum in Religionem, alioquin poterit ingredi, atque ita limitamus sententiam S. Thomæ 2. 2. *q. vlt. art.* 6. *ad* 3. & aliorum qui dicunt licitum esse hunc ingressum. Ratio est quia non obligatur persona debitoris vt serui, sed tantum bona eius, cùm autem est moraliter impotens liberatur à solutione. In hoc autem casu est nunc impotentia illa moralis ratione cuius absoluimus à solutionis obligatione, non ex priuilegio aliquo Religionis. Si autem dubium sit an possit facilè intra breue tempus, quod Mai. *in* 4. *dist.* 37. *c.* 3. dicit esse biennium, soluere sua debita, tunc differendum ingressum Religionis censet Sanch. quia ius creditoris prænalet, si autem sit vtrinque probabilitas, licebit quam libuerit opinionem sequi, quæ omnia præterea sunt intelligenda de debitis ortis ex contractu, aut delicto, non autem ex gratuita & liberali promissione quæ non videtur eo animo facta vt Religionis ingressum retardaret: si verò fuerit votum ingrediendi Religionem, illud implendum aut differendum erit, etiamsi vrgeat tempus pro spe quæ affulgebit breui, & sine ingenti difficultate satisfaciendi: si autem dubium sit, videndum est an votum debita præcesserit, an verò debita priora fuerint voto, quia vinculum præcedens præualebit, est enim in possessione, excusatio verò orta ex vinculo subsequenti dubia est, in dubio autem melior est conditio possidentis. Validam præterea esse eiusmodi obærati professionem certum est ex antiquo iure, quia non est obærati captiua persona tanquam mancipij, vt non possit se alteri tradere. Iure tamen nouo Sixtus V. anno 1587. *in motu proprio* grauatos ingenti ære alieno supra vires suarum facultatum inhabiles ad emittendam professionem declarauit. Sed deinde Clemens VIII. anno 1602. *altero motu proprio*, constitutionem Sixti correxit quoad validitatem professionis, validam enim esse voluit, quamuis illicitam, & pœnis à Sixto latis obnoxiam. Hæc tamen constitutio, vt ipsemet Sixtus alio motu proprio declarauit, non valet in Monialibus, quæ ob æs alienum non prohibentur ingredi Religionem, neque in Ordinibus militaribus, aut iis qui soluendo sunt, aut qui sine sua graui culpa deuenere ad impotentiam soluendi, aut qui culpa quidem sua in has angustias inciderunt, & cessione bonorum creditoribus facta ita impotentes sunt vt nunquam sperent se soluendo futuros. Denique non valent hæ constitutiones in iis qui sola liberali promissione facti sunt debitores, aut si consentiant creditores in hunc ingressum. Quod diximus de debitoribus idem valet in illis qui rationi reddendæ sunt obnoxij, & quæ de ingressu in Religionem diximus, intelligenda etiam sunt de ingressu in Societatem Iesu post biennium Nouitiatus, per vota simplicia, cùm per ea fiant substantialiter Religiosi.

ARTICVLVS VI.

De solutione per litteras.

Datur aliqua obligatio per litteras, & ipsi opposita solutio. 1.
Fit quoque per nouationem. 2.
Et per tabulas nominum. 3.
Et per codices rationum inter mercatores. ibid.
Denique per cambij litteras. 4.
Quid sint illæ litteræ. 5.

An

An illæ semel datæ possint reuocari. 6.
An facienda sit solutio ipsa die in litterũ præscripta. 7. 8.
Quid si decoxit qui eas scripsit. 9.
Varÿ casus. 10.11.12. 13.14.15.
Quid si intercepta littera soluta fuerint ficto procuratori. 16.
An concedens literas cambÿ possit pœnitere. 17.
Quid si is cui data sunt littera eas amisit. 18.
De protestatione literarum. 19.
Quid si littera inanes fuerint. 20.21.
Cuius periculo procurator creditoris literas corrumpit. 22.
Cuius periculo mandatarius decoxit. 23.
Varÿ casus. 24.
An hypotheca pro securitate cambÿ extinguatur prima solutione. 25.
An valeat hîc exceptio non numeratæ pecuniæ. 26.

1 ALiquam solotionem fieri posse per litteras nemo dubitat opinor, cum enim aliqua foerit obligatio litterarum apud veteres, atque etiam nunc existat, de cuius natura disputauimus *in opere de vsuris lib.* 1.*cap.*3.*art.* 1.*num.* 27. solutionem quoque per litteras æqoè fieri posse quis neget? vt enim veterum mentem de hac literarum obligatione prætereamus, iis quæ loco laudato diximus, contenti, obligatio ista fit, *vt ex. Instit. de literarum obligation.* colliges, cùm quis spe futuræ numerationis pecuniæ, aut alterius rei accipiendæ fatetur suo chirographo, & scriptura siue priuata, siue publica se eam pecuniæ quantitatem, aut rem accepisse, quam tamen reuerà non accepit. Ex hac scriptura nascitur obligatio quæ dicitur literarum quia literis contrahitur, estque ciuilis dumtaxat à iure ciuili introducta, neque sanè naturalis esse potest, cum desit consensus sese obligantis, qoi non se obligat ad reddendam pecuniam, quam non accepit, licèt se accepisse fateatur delusus perfidia eius à quo se accipere spetabat; neque sanè consentit in eam obligatiooem, nisi ex conditione: & quamuis hanc literarum obligationem in solo mutuo passim agnoscant DD. in aliis quoque contingere nihil prohibet: posset enim quis suo chirographo testari se ex causa depositi, empti, aliòve quodam contractu debere centum, spe accipiendi depositum, aut rem emptam illios valoris, quam tamen non accepit, atque ita ex suo illo chirographo ad illa centum obligabitur, quæ obligatio alia dici non potest, quàm obligatio literarum. Discrimen tameo erit inter obligationem ex mutuo, & ex aliis contractibus hac ratione & confessione propriis literis facta ottam, quod in illa confessione mutoi accepti, quod tamen reipsa acceptum non fuit, datur exceptio non numeratæ pecuniæ, & non repræsentatæ rei mutuatitiæ, non verò in cæteris, cùm suis confessionibus quisqoe debeat acqoiescere, vt ait Imperator *l. generaliter sancimus* 13. *C. de non numerata pecunia.* Quare si caui me centum tibi debere ex antecedente causa, v. g. emptionis, & hoc specialiter dixi, id est, scripsi, probationem à te exigere non possum, sed confessionibus meis acquiescere debeo, neque tu cogendus es probare mihi aliqoid vendidisse, vel te centum illa mihi numerasse, sed ipse probare debeo nihil te olim mihi vendidisse; qoam probationem oportet non esse perfunctoriam, sed per apertissima rerum argumenta scriptis insertam. Rationem reddit Imperator: *nimis indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucidè protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* Nihilominus permittitur in causâ dotis hæc exceptio, cùm quis fassus est sibi dotem numeratam fuisse, quæ tamen numerata oon fuit, *l. fin. & toto C. de dote caut. non numer.* Verùm de hac exceptione non numeratæ pecuniæ, vel dotis, diximos alibi in opere de vsuris.

Ex hactenus verò dispotatis constat æquè solutionem debiti fieri posse per literas, atqoe obligationem contrahi, si quis videlicet sub spe pecuniam aut rem sibi ex antecedenti aliqua caosa debitam accipiendi testetur suo chirographo se illam accepisse, quamuis reuera non acceperit. Ao verò deindè ipsi competat exceptio non oumeratæ pecuniæ, aot rei non acceptæ, cognosces ex iis, quæ de eiosmodi exceptione diximus *lib.* 1. *de vsuris cap.* 4 *art.* 2. & *lib.* 4. *cap.* 5. *art.* 17. *à num.* 41. de confessione dotis acceptæ, & exceptione non numeratæ.

Secundò solutio per literas fieri dicitur noua- 2
tione, & delegatione, cùm vnos creditor alteri substituitur, de qua fusiùs diximus nuper *lib.* 3. *cap.* 4. *art.* 2.

Tertiò solutio per literas dicitur ea quæ fit per tabulas nominum siue codices expensi, & accepti, quibus alteri expensum aut acceptum referebatur. De his tabulis, & codice rationum plura præsertim ex veteri more Romano diximus *lib.* 1. *de vsur. cap.* 3. *art.* 5. *à n.* 13.

Quartò ab hac solutione non multùm abest ea 3
quæ inter mercatores vsurpatur in feriis ac nundinis, siue statis solutionom terminis, & temporibus Lugduni, & in cæteris cambiorum plateis, per suos rationum codices, quos *Bilancios* nominant, quos Latiniùs dices nominum trimestrium codices, abacos, indices, recensiones, anagraphos, & præscriptiones; cùm enim quolibet trimestri post statas ferias, siue nundinas nomina vicissim dissoluantur in cambiis, singoli ex decumanis rationum suarum tabulis exscribunt priuatam rationem nominum trimestrium, vt cuiusque pecuniæ dies, & cuiuslibet diei pecunia expedita sit ad manum, & mensariorum ac mercatorum quilibet nominum suorum anagraphem affert in forum argentariorum, atque ea collatione codicom, dum vnus alteri expensum refert, alter acceptom, nomina inuicem dissoluunt, non numerata præsenti pecunia, v. g. Titius ait Caio; ex mea nominom anagraphe dena millia mihi accepta refers, & ego Semptonio totidem refero, quorom instat dies versura, igitur explicemus hæc nomioa, vt ego à te illi pernumerem, mutaturque vt vides creditor, vocantque campsores illud solutionis genus vertere, *virer*, versuram, cuios tamen vocis aliam esse propriam significationem, qoam mutationem creditoris, diximus *lib.* 1. *de vsur. cap.* 1. *art.* 5. *tens.* 4. De hac porrò solutione quam fieri inter mercatores *per accommodationem scripturarum* dixit Scaccia, *de commerciis* §. 2. *gloss.* 5. *q.* 2. *n.* 54. & fusiùs ibidem agit idem aothor, sed de hoc solutionis modo & probatione pluribus agit Raphaël à Turri *disp.* 2. *de camb. q.* 18. & 19.

Denique solutio fit beneficio tesserarum col- 4
libisticarum quas literas cambij siue collibisticas dicunt, cum enim cambij contractus, de quo oon indiligenter dispotauimus *de vsur. lib.* 5. celebretur
in

in vno loco, in alio verò diſſito mandetur exequutioni, eſt ſiquidem commutatio præſentis pecuniæ cum abſente, neceſſariò contingit vt ſolutio per debitorem cambij facienda ſit in loco diſtanti ab eo in quo contractus cambij fuit celebratus. &
4 in quo ſæpiùs, neque ipſe debitor præſens exiſtit vt ſoluat, neque creditor, vt ſibi debitam ſolutionem exigat, aut acceptet, ideóque tota ſolutio & contractus cambij executio literarum beneficio perficiatur oportet, nempè tum creditor, tum debitor cambij mandant alicui in eo loco in quo facienda eſt ſolutio vt ſuas vices gerat, & vel ſolutionem debitam exigat, & acceptet, vel debitam ſoluat & exhibeat. Quoties verò creditor iubet alicui ſolui pecuniam ſibi debitam, dicitur illi ſummam *eam remittere*, ex quacumque cauſa, & in quamcumque cauſam id fieri iubeat, ſiue ex præcedenti, ſiue ex noua, hoc eſt ſiue ad extinctionem debiti præcedentis, ſiue ad noui creationem, ſiue in rem ſuam, & propriam cauſam, ſiue in alienam, ſiue is à quo de mandato remittentis ſoluitur ſit ipſius creditor, ſiue debitor, quod obſeruat Raphaël à Turri *tract. de cambiis diſp.* 14. *num.* 36. contra Scacciam, *de commerc.* §. 3. *gloſſ.* 1. *num* 1. qui videtur ſupponere remiſſionem eiuſmodi ſemper fieri à creditore eius à quo facienda eſt ſolutio, quia licèt id ſæpiùs contingat, non tamen perpetuò verum eſt, cùm is cui mandatur ſoluere aliquando fidem mandantis ſequatur, illique mutuo det, ac proinde ſuam illi pecuniam ad eiuſmodi ſolutionem credat. Verùm leuis eſt illa quæſtio, modò conſtet illum qui mandat cuipiam ſolui pecuniam ex vulgari & communi menſariorum & mercatorum, ac fori argentarij loquendi modo, remittere eam pecuniam illi cui facienda eſt eius ſolutio, ſiue qui illam & exigere, & accipere debet. Atque hac voce technica vtuntur etiam Nauarr. *conſil.* 31. *de vſur.* Bonins *tract. de camb. cap.* 4. & alij ab Scac. & Raphaële relati. Eſt igitur *remiſſio* ex vſu fori mandatum quo alicui iubetur ſolui certa pecuniæ quantitas. *Remittere*, eſt mandare vt alicui certa illa pecunia ſoluatur. *Remiſſa* verò eſt illa pecunia cuius exactio & acceptio alicui mandatur, diciturque quiſpiam habere vnam aut plures remiſſas maiores, aut minores. Qui verò mandat alicui vt certam pecuniam ſoluat *trahere* dicitur, & is qui ex alieno mandato ſoluere debet, *trahi*: & pecunia quæ ſolui mandatur per alium *tracta*, quæ opponitur *remiſſa*. Itaque remittere & trahi correlatiua ſunt, ac proinde ſimul & exiſtunt, & concipiuntur, cum intelligi nequeat aliqua ſumma *trahi*, quin ſimul intelligatur *remitti*. Neque enim mandari poteſt quidpiam per aliquem ſolui, quin mandetur id ipſum per alium exigi, & acceptari, neque vnus exigere mandabitur, niſi ſit alius qui ſoluere teneatur.

5 Literæ igitur cambij dicuntur quæ ſcribuntur ad complementum ſiue executionem contractus cambij iam celebrati, & continent mandatum illi ad quem dirigitur *tracta* ſoluendi pecunias in loco faciendæ ſolutionis, illi cui ſit remiſſa, ſiue cui ſoluendum eſt, & qui eam ſolutionem accipere debet, & excipere poteſt, quare non dicuntur literæ cambij, vt malè aliqui exiſtimarunt, quòd cambiantur pecunia pro literis: id ſiquidem & falſum & ridiculum eſt, cambitur enim ſiue permutatur pecunia præſens cum abſente, vti diximus alias, ſed quia per eiuſmodi literas perficitur eiuſmodi permutatio, ac cambium, ad quod campſores illo contractu ſe obſtrinxerāt, & quod exequi non poſſunt niſi beneficio eiuſmodi literarum, quibus, v. g. Titius mandat ut Sempronio pecuniæ certam ſummam ſoluere Caio tali die, tali loco; ac proinde illa pecunia remittitur Caio, trahitur verò à Sēpronio. Varias eiuſmodi literarum collibiſticarum formas dabit Scaccia *de commerc.* §. 1. *quæſt.* 5. & §. 2. *q.* 4. *gloſſ.* 1. & 2. Raphaël à Turri *de cambiis diſp.* 2. *quæſt.* 1. & alij, nos iſtis forenſibus omiſſis pauca quædam circa illas quæremus.

Atque in primis an eiuſmodi literæ cùm mandatum ſoluendi tali loco & die contineant, reuocari poſſint. 6

Reſp. expendenda eſſe verba quibus perſcribuntur, quia ſi dicant *ſoluere placeat*, non erunt diſpoſitiuæ, ideóque à quibuſdam reuocari poſſe exiſtimatur, cùm & mandatum reuocari poſſit; quod tamen iure negat Scaccia §. 2. *gloſſ.* 5. *n.* 450. niſi fortaſſis mandatarius ille, ſiue procurator qui iubetur ſoluere appoſitus dumtaxat fuerit in gratiam mandantis, non verò ſi fuit nominatus in gratiam creditoris qui dedit cambio, & debet accipere ſolutionem, alioquin ipſi fieret iniuria, & tunc eiuſmodi literæ ſunt reuera diſpoſitiuę, & in executionem contractus cambij. Idcircò poſt datas literas cambij non eſſe locum pœnitentiæ niſi vtriuſque cambientis voluntate tradunt paſſim Cauata *tract. de camb. tit. de ſolutionum loco*, & alij, quod ex principiis vniuerſalibus de diſſolutione contractuum ſatis patet, idque prudenter monet Scaccia §. 1. *gloſſ.* 5. *q.* 17. *num.* 448. intelligendum eſſe de quacunque mutatione ipſa literarum, v. g. de loco deſtinato ſolutioni. Si enim locus fuit Lugdunum, non potes mutare & ſcribere Pariſiis me inuito, etſi in vtroque loco eumdem effectum habituræ forent hæ literæ. Reddit rationem Scaccia, quia mercatorum & campſorum ſcriptura habetur pro ſententia, & ſua fide *tranſit in rem iudicatam, & in ſoliditatem firmitatis & irreuocabilitatis*. idque verius foret, ſi iam eiuſmodi literæ acceptatæ forent ab eo, cui mandatur vt ſoluat, quia ille eo ipſo ſe creditoris debitorem facit, & qui ſcripſit literas, videtur ſoluiſſe & liberatus, ac proinde totum onus in eius mandatarium derivatum.

Quæritur ſecundò an eo ipſo die, qui deſignatur ſolutioni in eiuſmodi literis, debeat neceſſariò fieri ſolutio. Suppono verò acceptatas fuiſſe ab eo qui ſoluere iubetur. 7

Reſp. diſtinguenda eſſe duo genera cambiorum, quædam nundinaria dicuntur, quia eorum ſolutio deſtinatur ad nundinas, & finem aut initium ſumit in nundinis; alia verò ſunt non nundinalia, quorum ſolutio nullum dicit ordinem ad nundinas, ſed deſtinatur ab vno loco ad alium: in his autem vel deſignatur certum tempus ſolutioni, vel non deſignatur, quod fit tribus modis. Primò dum abſolutè, & præciſè ſcribitur, *ſoluite hanc ſummam*: quo caſu facienda eſt quidem ſine dilatione ſolutio, quamuis conſiderata quantitate pecuniæ ſoluendæ, ſemper concedendum ſit aliquod tempus expediendæ pecuniæ neceſſarium; ex communi enim regula *in l. quod dicimus* 105. *D. de ſolut.* quod dicitur aliquem *debere ſtatim ſoluere cum aliquo ſcilicet temperamento temporis intelligendum eſt: neç enim cum ſacco adire debet*, oneroſus nimirum creditor; quod temperamentum, aliquod ſpatium dicitur *l.* 1. §. 8. *D. ad l. falcid.* interpoſito modico tempore *l.* 73. *l.* 135. §. 2. *D. de verb. oblig.* concinnit iſtis *l.* 8. *D. ſi quis cautionib. l.* 7. *D. de in integr.*

integr. restitution. l. 21. in fin. D. de iudic. l. 17. D. de pecun. constitut. vide Cuiac. *in l. 118. D. de verb. oblig.* Neque hoc modicum spatium conceditur tam humanitatis cuiusdam, quàm necessitatis gratia, quo rem quæ non est in expedito, promissor quærat & tradat, an verò debeat esse vnius momenti, an decem dierum, vt in *l. 21. D. de constit. pecunia*, an aliquot momentorum, vt in *l. 14. D. de regul. iur.* à iudice statuendum esse contendit Scaccia *lib. 2. de iudic. cap. 7. n.* 974.

Secundò iubetur fieri solutio ad primam literarum inspectionem, *à lettre veue*, qui loquendi modus etiam celeriorem solutionem exigere videtur, atque statim atque exhibitæ & ostensæ erunt literæ, faciendam esse solutionem tradit Salon. 2. 2. q. 78. *disp. de camb.* q. 4. *art.* 2. *controu.* 18. *num.* 2. Romoald. Colius *tract. de camb. cap.* 9. & Ioann. Baptista Cauata *simili tract. in prælud.* Verùm vnum aut plures, & octo dies aliquando differri posse solutionem, docet communis vsus, & tandem tradunt laudati DD. quibus accedit Azor. 3 *part. lib.* 10. *de cambiis, cap.* 5. *quæst.* 4. Scaccia §. 2. *de commerc. gloss.* 5. *num.* 6. quia ea dilatio censetur modica, iudicis arbitrio. Et sanè solutio præstanda ad literarum exhibitionem aliud non dicit, quàm statim & nullo interuallo faciendam esse: atqui vox *statim*, & *incontinenti* diuersam patitur acceptionem pro subiecta materia, quod ostendit Scaccia *lib.* 2. *de iudic. cap.* 7. *num.* 674. quare & solutionem post quatuor dies factam, fuisse statim factam decidit aliquoties Rota, vti allegat Scaccia *glossa* 5. *citata, n.* 7.

Tertiò in literis dicitur faciendam esse solutionem suo tempore, siue pro vsu solito, & tunc differri non debebit vltra decem dies, quia is solet esse vsus fori & platearum in quibus celebrantur cambia, qui tamen vsus si alicubi diuersus sit, sequendus erit; dies verò computari debebunt ab eo tempore, quo literæ & ratæ & acceptatæ sunt. Neque eiusmodi dilatio improbanda est, cùm iuri conformis sit, quod non patitur importunum creditorem, vbi primùm adit debitorem ad exigendum debitum, venire cum sacco, vti nuper referebamus ex Paulo *in l. quod dicimus* 105. *D. de solution.*

Quartò denique ex consensu partium præfigitur in literis cambij certus terminus. Qui tunc erit omnino seruandus, vt dicit Azor. 3. *part. lib.* 10. *de camb. cap.* 5. *q.* 4. Salon. 2. 2. *q.* 78. *disp. de caut. q.* 4. *art.* 2. *cautión.* 18. *num.* 2. Et sanè nihil repugnat quin cum his conditionibus æquè in cambio, atque in cæteris contrahi possit.

8 Quando verò cambia sunt nundinalia, quia respiciunt nundinas in quibus initium & finem accipiunt; distingunt DD. quia quando cambium contrahitur in aliquo loco, puta Lugduni ad alium locum, Antuerpiam v. g. statæ & certæ sunt dilationes pro singulis locis ex vsu aut statutis locorum. Aliquas eiusmodi enumerat Scaccia §. 2. *gloss.* 5. *num.* 12. Ex consensu tamen partium termini illi solutionum produci aut corripi possunt. Secundò si cambium contrahatur alicubi pro nundinis alterius loci, si ille qui debet soluere, banquatius, siue mensularius non est, soluet intra octo dies, si verò banquarius sit soluet secundum vsum loci & nundinarum. Quod idem dico quando contrahitur cambium ex nundinis alicuius loci pro nundinis alterius, nam tunc solutio destinatur ad nundinas, nihilque omnino intereft vbinam inchoatum aut celebratum fuerit cambium.

Quæritur tertiò, Sempronius debebat ex literis cambij centum scuta Caio soluenda in proximo foro Lugduni, Titius verò in eodem foro debebat Sempronio totidem scuta, quare idem Titius instante Sempronio dedit Caio literas cambij centum illorum scutorum soluendorum Parisiis 9
à Marcello campsore: idcirco Caius acceptis illis literis Sempronium liberauit; verùm antequam Marcellus acciperet literas Titij, ipse Titius decoxit, ideóque Marcellus eius literas recusat. Quæritur itaque an Sempronius liberatus omninò sit aduersus Caium, an verò Caius possit conuenire ipsum Sempronium per regressum, quandoquidem literæ Titij quas procurarat Sempronius Caio in debiti sui solutionem nullum sortitæ sunt effectum: siue vt in pauca contraham, controuersia est, an quando creditor acceptat a debitore sui debitoris literas cambij soluendas ab alio mercatore, qui tamen secuta interim decoctione literas scribentis, eas non acceptat, creditor possit agere aduersus suum debitorem, an verò debitor sit omnino liberatus, quandoquidem loco creditor alium debitorem acceptauit, eiusque literas in solutionem, quamuis illæ literæ fuerint inutiles, sed nulla culpâ primi debitoris, suæ igitur imprudentiæ tribuere debet creditor quòd debitorem mutarit: atque ita tenendum esse docent plures apud Scacciam §. 2. *glossa* 5. *q.* 8. *n.* 244. quia ibi fit vera nouatio & mutatio debitoris. Lupus tamen *in cap. nauiganti*, §. 1. *num.* 20. *de vsuris*, putat manere obligatum Sempronium Caio in casu proposito, licet Caius Titij, qui similem summam Sempronio debebat, literas acceperit, si à Marcello qui eam summam Parisiis soluere iubebatur, non fuerint acceptatæ, sed potiùs reiectæ, propter decoctionem Titij, quæ interea temporis contigit. Ratio videtur aperta, quia hoc inter Sempronium debitorem, & Caium creditorem, reuerà actum est, vt Sempronius curaret literas dari Caio, quæ cum effectu acceptarentur, & quatum virtute fieret illi solutio pecuniæ debitæ. Et sanè si debitor cambij quispiam dirigat literas ad mercatorem in foro, vt certam summam soluat suo creditori, illéque mercator literas quidem acceptet, non tamen soluat, creditor habebit regressum contra suum debitorem, qui proinde liberatus non est, itáque sæpiùs decidisse Rotam tum Romanam, tum Genuensem, refert Scaccia *glossa* 5. *cit. q.* 10. 11. & 12. quia ista acceptatio literatum non est nouus contractus inter debitorem & creditorem, cui facienda est solutio, sed est pars contractus literatum cambij, neque creditor acquiescit acceptationi, nisi quatenus sequetur solutio, neque fidem habet de pretio literarum acceptarum, ideoque non liberat suum debitorem, sicut venditor qui non habet fidem de pretio retinet dominium suæ rei: si tamen iste cambij creditor post acceptatas literas ab illo ad quem directæ sunt, ipsi dilationem concessit, aut in exigenda solutione fuerit negligens, ioteteaque mandatarius iste decoxit, damnum erit creditoris, qui dilationem concessit, & debitor qui literas scripserat, liberatur. Quod si mandatarius non decoxit, creditor regressum habebit contra eum qui literas scripsit, quamuis nullas vsuras petere possit, eò quod non fuerit protestatus, & statim non renotiauerit debitori, qui literas scripserat. In hac opinionum varietate & implicata controuersia plures casus singillatim explicandi sunt cum Scaccia *q.* 8. *cit. à n.* 149.

Primò

10 Primò igitur Sempronius debitor Caij, idemque creditor Titij cedit Caio nomen Titij, mandando illi, vt ſoluat Caio. In hoc caſu reperitur ſimplex ceſſio nominis facta Caio à Sempronio. Titius ſiquidem cuius nomen ceditur Caio, abſens eſt, ideóque non conſentit in ea ceſſione, in qua proindè neque delegatio, neque nouatio reperitur, quod obſeruat Surdus *lib. 1. concil. 145. num. 4.* vnde vlterius ſequitur eiuſmodi ceſſionem non continere ſolutionem, neque proindè per illam liberari debitorem, ſed primariam obligationem, atque ea ex actionem permanere in ſuo robore, cedenſque nomen debitoris tenetur præſtare debitorem, cuius nomen cedit, eſſe locupletem, & ſoluendo, & ceſſionarius habet regreſſum contra cedentem, ſi nomen ceſſum conſequi nequeat, quia cedens per eiuſmodi ceſſionem non dicitur ſoluiſſe, & ſatisfeciſſe, quare periculum nominis ceſſi ipſi manet, & non ceſſionario, niſi eius culpa periculum eiuſmodi creatum ſit: v. g. quia debitor ceſſus, erat quidem ſoluendo, & deinde impotens redditus, & ceſſionarius fuit negligens in exigendo nomine, cùm poterat & debebat, & donec conſtet id ipſum præſtitiſſe, non tenebitur cedens, de nomine ceſſo, quod bonum fuiſſe contendet, debetque contrarium oſtendere ceſſionarius, & de præſtita à ſe diligentia docere. Quia cùm ceſſio actionis in incorporalibus habeat vim translationis in corporalibus transfert dominium, ex gloſſa *in l. vlt. verſ. portionibus, D. de donat.* & oſtendit Tiraquell. *de retractu gentilis. §. 1. gloſſ. 7. n. 12.* ideoque transfert in ipſum ceſſionarium omnes actiones, & facit eum procuratorem in rem propriam, & irreuocabilem; ita vt ſi ceſſio facta ſit in commodum ceſſionarij, & eius periculo, cedens agere non poſſit, quia obſtat ei exceptio ceſſionis factæ alteri: ſi autem ſit facta in commodum cedentis principaliter, & ſecundariò ceſſionarij, apud cedentem manet quidem actio directa, & efficax, ideoque debitor ceſſus poterit ipſi ſoluere, id tamen non poterit, ſi ceſſionarius partem debiti receperit, vel ei denuntiauerit ne in poſterum cedenti ſoluat ex *l. 3. C. de nouat.* vbi DD. id paſſim tradunt, quia ceſſionarius tunc præfertur cedenti, & illum præuenit, eo quod cedens, illi iura omne actionum ceſſerit. Cùm igitur ceſſionarius negligenter in re ſibi tradita verſatus fuerit, & malè vſus fuerit mandato quod ſuſcepit, tenebitur ad damnum quod ſua negligentia creauit. Vides itaque debitorem cuius nomen ceditur, manere obligatum cedenti, & ceſſionario, neque cedentem omnino liberari à ceſſionario, ſed eius liberationem in pendenti quodammodo manere.

11 Secundò. Sempronius debitor Caij, & creditor Titij, cedit Caio nomē Titij præſentis, eique mandat Caio ſoluere, illeque mandatum acceptans, promittit vel tunc, vel deinceps Caio ſoluere, qui eiuſmodi quoque promiſſionem accipit. Hic Caſus eſt delegatio, cùm fiat ceſſio cum conſenſu debitoris, cuius nomen ceditur, & creditoris, cui ceditur, atque adeò Sempronium liberat, cum dederit nomen ſui debitoris in ſolutum Caio ſuo creditori: quare per eiuſmodi nouationem, & delegationem prima obligatio, & actio prorſus extinguitur, neque rurſus excitatur, etiamſi nomen ceſſum ſit euictū, ſicut non reuiuiſceret ſi per ſolutionē propriā extincta fuiſſet, & licèt delegatus ſtatim decoxerit, nō tenebitur delegans, ſed manebit liberatus, imputareque ſibi creditor debet, qui loco ſolutionis acceptauerit in ſolutū nomen non bonum, eius enim periculum ad ipſum ſpectabit.

12 Tertiò. Sempronius debitor Caij mandat Lucio campſori vt ſoluat Caio, vel ſoluere faciat centum aureos, qui id totum Caio promittit. Verùm antequam reipſa id præſtet, fit non ſoluendo, aut decoquit, aut furo cedit: in hoc caſu DD. diſſentiunt, & ſibi ipſis aliquando non conſtant, vt de Bartolo oſtendit Scaccia *gloſſa 5. cit. n. 294.* exiſtimat autem ipſe *n. 296* liberari Sempronium, ſi omnia ex fide, & ſine fraudibus acta ſint. Cùm enim Caius acceptarit Luciū pro ſuo nouo debitore vice Sempronij, reuera nouatio, & delegatio facta eſt, huncque eſſe fori vſum teſtatur.

Quartò Sempronius mandat Lucio debitori ſuo vt ſoluat Caio certam ſummam, idque facturum ſe promittit, ſed non præſtat. Quæritur an Lucius iſte debitor liberatus ſit à creditore ſuo Sempronio, & poſſit duntaxat vrgeri, & conueniri à Caio cui ſe vice, & ex mandato Sempronij ſoluturum promiſerat. Veriuſque eſt in hoc caſu etiam contineri delegationem, quæ perimit obligationem, tum delegantis aduerſus ſuum creditorem cui delegauit, tum delegati à delegante, manetque ſola obligatio delegati aduerſus eum cui eſt delegatus. Et hoc æquiſſimum videtur vt debitor qui pro creditore promiſit de voluntate illius creditoris, liberari debeat à creditore pro quo ſe obligauit, & obligetur ſolum ei cui promiſit, vice ſui creditoris. 13

Quintò promittit Sempronius Caio ſe illi ſoluturum intra annum certam pecuniam, quam debet, quod ſi non faciat, dat illi hoc ipſo momento, & ex nunc, vt loquuntur, ſuum prædium Tuſculanum in ſolutum, elapſo anno Caius contra pacta conuenta (acceptarat enim conditionem) non vult in ſolutum prædium aſſignatum, ſed petit pecuniam ſibi debitam, quam negat Sempronius, poſtulatque Caium contentum eſſe prædio Tuſculano, quod in ſolutum ipſi datum fuit, Caium damnat Senatus Pedemontanus apud Scacciam *gloſ. 5. cit. n. 303.* quia pactis conuentis ſtandum eſt, & in alternatiuis electio eſt debitoris. Sempronium tamen debitorem dānat Scacc. *n. 304.* allegans Paul. Caſtrenſ. & Decium, quia illa datio in ſolutū prædij Tuſculani in caſu non ſoluti debiti, fuit tātùm ad cautionem ſiue ſecuritatē, & in fauorem Caij creditoris, qui idcircò illam reijcere poteſt; nam ſi conueniſſet Sempronius non ſoluto debito dicta die ſe pignus vel idoneum fideiuſſorem daturum, non teneretur creditor huiuſmodi cautiones acceptare, poſſetque ſuum debitorem vrgere; afferrique poſſent plura eiuſmodi alia, quibus conſtat, quod alicuius fauore inductum, vel conuentum eſt, in eius odium retorqueri non poſſe. 14

Sextò obligatur aliquis campſori pro certa ſumma, pro qua etiā teneri vult ad cambia & vſuras, ideoque dat creditori pignus quod illi permittit vendere, elapſo primo anno, niſi ipſi fuerit ſatisfactum; hic debitor elapſo anno liberatur à cambiorum vſuris, ſibique imputare debet creditor, ſi ſub finem anni pignus non diſtraxit, vt eius pretio ſibi ſatiſfaceret, quod multo verius erit, ſi anno elapſo debitor moneat creditorē, vt vendat pignus, ſe enim neque pecunia numeratâ velle ſoluere, neque ad cambia deinceps teneri, ita Curtius iunior, *conſil. 131. n. 4.* ſecutus Florentinorum iuriſconſultorum reſponſa. 15

Quæritur quartò, an qui literas cambij acceptauit, poſſit deinde pœnitere, & earum ſolutionem recuſare, maximè ſi debitor, qui literas miſit, interea decoxit. 16

Reſp. hunc acceptatis ſemel literis, vel expreſsè ſcripturâ, aut verbis, vel tacitè per earum retentionem, non poſſe recuſare ſolutionem, quia licet earum ſcriptor decoxerit, decoctio ta-

men non impedit quin alius pro ipso soluere queat. Deinde qui acceptauit literas atque adeo se ad solutionem obligauit, vel sciebat decoctionem, & proinde illam excipere non potest, vel ignorabat, & suæ temeritati tribuere debet, quod contraxerit cum eo, cuius conditionem ignorabat, quod imprudétiæ fuit, quam deinde suo dãno luit.

17 Quæritur quintò, an si literæ cambij fuerint interceptæ ab aliquo, qui finxit se procuratorem creditoris, accepitque solutionem ab eo ad quem destinabantur, teneatur adhuc debitor, qui literas scripserat creditori, & an saltem habeat actionem aduersus eum qui soluit ficto isti procuratori: v.g. Titius cedit centum Ludouiceos Lugduni Lucio campsori, accepitque ab illo literas cambij quibus iubet suum correspondentem Caium soluere Parisiis 95. Ludouiceos Sempronio, procuratori, aut correspondenti Titij qui literas illas misit ad Sempronium, iussitque vt eam summam exigeret à Caio; verùm hæ literæ interceptæ sunt à Cornelio, qui Caium adiit, finxitque se Sempronium esse, literas Titij exhibuit, quibus acceptis Caius ipsi 95. Lodouiceos, vt illis literis iubebatur, numerauit. Monitus deinde est Titius à Sempronio, se neque literas, neque pecunias vllas à quopiam accepisse, quare secũdas literas à Lucio campsore Lugdunensi ad eundem Caium accepit, misitque Parisios ad Sempronium, qui vbi à Caio summam illam exegit exhibitis Lucij literis, reiectus est. Respondit enim Caius se soluisse summam illam, & literis quas prius acceperat abundè satisfecisse; quod vbi resciuit Titius agit contra Lucium campsorem vt sibi restituat centum Ludouiceos quos ab ipso accepit, vel curet ipsi solui literas cambij quas dederat. Quæritur itaque an ad id teneatur Lucius, an verò cedere dumtaxat condictionem furtiuam contra eum cui soluit Caius.

Resp. primò Lucium campsorem teneri Titio, donec enim illi literæ cambij soluantur certum est illum manere debitorem Titij, qui iure suum debitum exiget. Secondò Lucius campsor agere poterit contra Caium qui soluit Cornelio & non Sempronio, vti ipsi mandatum fuerat, licèt enim bona fide existimarit Cornelium esse Sempronium, & creditoris procuratorem, excessit fines mandati, ac proindè suo damno, neque summam illam solutam poterit petere à Lucio campsore, quamuis eius nomine & mandato soluisse se dicat: ita Scaccia cum aliis §. 2. *gloss. 5. q.* 12.

18 Quæritur sextò quid sentiendum si Cornelius qui dederat Lugduni Tullio campsori centum Ludouiceos, ab eoque literas cambij acceperat, vt totidem illi soluerentur Parisiis, eas literas amisit, potestne eos Lodouiceos petere sibi restitui à Tullio, an verò Tullius vicissim postulare vt sibi literas cambij restituat, ne si quisquam eas inuenerit, eiusmodi summam vi illatum à se Parisiis exigat.

Resp. Cornelium posse repetere centum Ludouiceos campsori datos, modò ipse per instrumentum publicum liberet campsorem ab obligatione literarum cambij, & quod illis non est vsus; ita docent passim DD. distinguendum tamen mihi videtur, nam vel campsor vult rescindere contractum cambij, vel non vult. Si primum & res sit integra, quia nemini soluit cambij literas campsor cui fuerant directæ, debebit qui literas amisit expectare, donec moneatur is cui destinatæ fuerant literæ de earum amissione, & rescissione contractus, & tũc restituet pecunias campsor, data illi cautione, quod ex eiusmodi literis nullam molestiam patietur. Si res integra non sit, quia literæ iam ab aliquo inuentæ & solutæ sunt, non erit locus rescissioni contractus, sed campsor vel restituet pecunias, vel faciet alias literas solubiles; quod si campsor nolit rescindere contractum cambij, ad id non tenebitur, neque ad restituendas pecunias; cum enim cambij contractus fiat ad vtilitatem vtriusque contrahentis, non potest altero inuito discindi, tenebitur tamen secundas literas, imò & tertias date Cornelio, quibus tandem summa ipsi debita soluatur.

Quæritur septimò quid sit protestatio literarum cambij? 19

Resp. literas cambij acceptandas esse ab eo ad quem diriguntur, quod si recuset, neque soluat, mandatarius creditoris qui solutionem vrgebat, & accipere debebat, protestatur contra debitorem de interesse & damnis ex ea non solutione sequuturis, & deinde easdem literas cum protestatione remittit ad creditorem, qui agere poterit contra debitorem; ille enim accipiendo ad cambium scribit literas, & implicitè seu virtualiter promittit creditori, à quo accipit cambio, quod mandatarius, siue correspondens ad quem literas scribit, soluet eas tali loco & tempore, vel ipsimet creditori, vel eius mandatario, aut procuratori; isque cambij contractus est: quare si literæ non fuerint acceptatæ, & solutæ, creditor iure aget contra debitorem, qui reuera nondum liberatus est, vt diximus. Constare verò debet eiusmodi literas, neque solutas, neque acceptatas fuisse, quod ostẽditur per protestationem quam quis aduersus debitorem facit. Huius protestationis formulam, siue fiat in nundinis, siue alibi, dabit Scaccia § 7. *glossa* 2. *n.* 15. Si verò protestatio illa omittatur, literæ dicuntur redire inanes, cùm & solutione careant, & non firmentur protestatione, quam ex Genuensium statutis fieri oportet intra dies triginta à die solutioni faciendæ destinata, quare si creditor, eiusve procurator illam omittat, tenebitur ad illud cambium, eiusque omnes vsuras, quamuis qui soluere iubebatur, iure fortassis soluere recusarit, quare si ille cui solui debet cambium, ad ipsum reuera spectet, & ipse non protestetur, neque literas remittat, amittet cambium, & totum illius interesse futurum, quod si cambium spectet ad alium, is cui solui debet, si non protestetur, vti ipsum protestari oportebat, tenebitur domino cambij de ipso cambio, & omnibus futuris vsuris: verùm.

Quæritur octauò, an creditor qui dedit cambio, & vel non misit literas, vel inanes fuerunt, & sine solutione atque etiam protestatione, possit nihilominus agere contra debitorem, vel ex illis ipsis literis, quibus fatetur se debitorem, vel ex aliis scripturis, ex quibus de contractu isto constare poterit. 20

Resp. posse, quandoquidem qui accepit cambio, quamdiu non soluit, vel literas inanes dedit, manet creditori, qui cambio dedit, obligatus, & illi à quo summam certam accepit, vt patet.

Quæritur nonò an dicantur inanes literæ si quispiam alius, quàm is ad quem soluendæ missæ sunt, soluat vel liberè, vel sub protestu. 21

Resp. Literas cambij, licet non acceptatas, & reiectas ab eo ad quem soluendæ mittebantur, solui nihilominus posse, vel ab eodem, vel ab alio quopiam nomine illius, qui eas scripsit, quod fit dupliciter, vel absolutè, vel sub protestu; quia enim facta est protestatio literarum, & timetur famæ eius, qui illas scripsit, si inanes redeant, aliquis vt eius honori consulat, illas soluit, siue vt dixi sit quidam tertius, siue ille cui directæ sunt, qui eas acceptat non simpliciter, & absolutè, sed

sub

ſub proteſto, hoc eſt non acceptat mandatum, ſed vult eas ſoluere tanquam tertius quidam pro ſcribentis honore, quem etiam ſibi obligatum eſſe vult, non autem illum quem ſcribens ſuis literis ipſi delegabat, quem ſoluens noo vult habere debitorem: in vtroque igitur iſto caſu literæ non debent dici inanes, cum reuera ſolutæ fuerint, immò licèt ſolutæ non fuiſſent, facta tamen proteſtatione, non dicerentur omnino inanes, vti ſuperiùs monu.

Deinde quiſquis ſoluat illas literas ſub proteſtu, habet ſibi obligatum ſcribentem literas, acquiritque actionem contra illum tanquam ſuum debitorem, quia negotium eius vtiliter geſſit, quare hæc actio dicitur, negotiorum geſtorum: ita deciſio Genuenſ. 6. & 32. *& deciſio* 19. Menoch. *conſil.* 296 *n.* 24. Scaccia §. 2. *gloſſa* 5. *n.* 337. & *ſeq.* Ratióque manifeſta eſt, qui enim eas literas Titij ſoluit, liberat ipſum à ſuo creditore, & ab omni vſura, ac intereſſe, conſulitque eius famæ, quæ periclitaretur, ſi literæ cum proteſtatione redirent ad ipſum; eius igitur negotium vtiliter gerit, & ſi ad ipſum fuerant directæ literæ, cùm eas non acceptarit abſolutè, ſed ſolum ſub proteſtu, non ſoluit, neque agit tanquam mandatarius aut procurator ſcribentis literas, ſed tanquam negotiorum eius geſtor, vti explicat *deciſio* 19 *Genuenſis.* Neque enim cogebatur mandatum illius ſuſcipere, vel implere, & ſibi debitorem conſtituere Caium, vti mandabat Titius in ſuis literis, ſed ipſummet Titium ſibi obligatum retinere voluit, & eius negotium vtiliter gerere, licèt id ſibi mandatum non eſſet, quare malè diceretur mandati fines exceſſiſſe, cum non egerit ex mandato, ſed ſponte ſua, & pro ſuo arbitrio.

Ad firmandam porrò hanc actionem vtilem negotiorum geſtorum, debet, qui ſoluit in literis ſua manu apponere, *acceptata ſuper proteſtu*: ne dicatur ſolutio facta fuiſſe liberè, immò deinde in ipſa actuali ſolutione oportet illam proteſtationem repetere, ne videatur ab illa receſſiſſe per actum ipſi contrarium, & ſoluiſſe ſimpliciter iuxta formam & tenorem literarum cambij, & non retinere obligatum ipſum ſcribentem, ſed eum quem ipſe in ſuis literis delegauit, quia ſi interea decoxerit, aut quapiam alia ratione factus ſit non ſoluendo, non haberet tunc ſoluens regreſſum aduerſus ſcribentem literas cambij. Ita *Genuenſis deciſio* 6. atque vt fraudes hac in parte vitentur, volunt ſtatuta Genuenſia intra 24. horas ſupra proteſtum acceptari eiuſmodi literas coram notario & teſtibus præſente eo qui literas attulit, & exhibuit, & prætérea in ſolutione repeti proteſtationem, alioquin acceptatio liberè & ſine proteſtu facta cenſebitur: verùm in hac parte tenendus eſt vſus fori in quo quis verſatur, & de illo conſulendi mercatores.

22 Quæritur decimò ſi procurator creditoris corrumpat & adulteret literas cambij, cuius periculo cedat eiuſmodi corruptio: v. g. Papirius dat Lugd. Pompeio campſori centum Lodouiceos ſoluendos Pariſiis Marcello, accipitque ab eodem Pompeio literas cambij, quibus mandat Cornelio ſoluere centum Ludouiceos Marcello. Mittit igitur Papirius eas cambij literas Pariſios Marcello, vt à Cornelio centum Ludouiceos repetat, verùm Marcellus corrumpit literas, & pro centum Ludouiceis ſcribit ducentos mutatis elementis literarum, & reipſa ducentos accepit à Cornelio ſic deluſo, quæritur quis hoc damnum centum Ludouiceorum ferre debeat, an Cornelius qui malè & indebitè ſoluit? an Pompeius qui ineptè formatis, & ſcriptis ſuis literis dederit occaſionem huic fraudi? an verò ipſe Papirius, qui maleſidum procuratorem elegit, ſuppono enim perfidum Marcellum ſibi illos centum Ludouiceos retinuiſſe; neque niſi centum Papirio exhibuiſſe?

Reſp. vel falſificatio euidens erat, & à quolibet perito facilè dignoſci potuit, vel ita ſubtilis, vt examen & aciem peritiſſimorum fugeret. Si primum, Cornelius huius damni reus eſt, quod ſua temeritate & negligentia incurrit, tenebatur enim diligentiùs literas examinare, & vitium ipſarum deprehendiſſet, eius igitur culpa illi tantum & non cæteris nocere debet, ſi verò in literis nulla apparebat ſuſpicio falſitatis, quæ neque à diligētiſſimo deprehendi potuiſſet, nullius culpæ reus eſt Cornelius qui rectè & ea fide ſoluit, quare damnum illud pati non debet. Non tenetur etiam Pompeius campſor qui ſcripſit literas, cum enim illas dederit apertas Papirio, qui eas & legit, & miſit, quique potuit ac debuit expendere, an eiuſmodi characteres facilè poſſent vitiari. Itaque damnum feret Papirius ex perfidia Marcelli ſui procuratoris; aduerſus quem tamen habebit condictionem furtiuam, quam illi cedet Cornelius.

23 Quæritur vndecimò ad quem pertineat damnum, quoties ille cui dati ſunt ad cambium nummi ad alium remittendi, decoxit?

Reſp. in implicatiſſimâ controuerſia varios caſus diſtinguendos eſſe, cùm vix in vniuerſum definiri poſſit, niſi ea communi, certáque regula, illum teneri ad dãnum, cuius culpa incurſum eſt. Verùm ſæpius ambigitur cuius culpa contigerit.

24 Primò igitur Lucius remittit Seio centum Ludouiceos ſoluendos à Titio in nundinis proximis Lugdunenſibus, mandatque vt ad ſeipſum remittat Pariſios, paret Seius, & illos Ludouiceos dat Caio ad cambium, qui Caius interim decoxit: quæritur an Lucius, an verò Seius damnum illud pati debeat. Diſtinguendum eſt; nam ſi Lucius mandauit Seio vt remitteret illam ſummam ſupra ſe, id eſt, illius Seij periculo, certum eſt decoctionis periculum ad Seium pertinere, cum de eo fuerit expreſsè conuentum in literis mandati & cambij

Si verò mandauit Lucius ſimpliciter Seio vt remitteret per viam cambij, & Cornelij decoctio futura probabiliter apparebat, neque quiſquam prudens, & in rebus ſuis prouidus & diligens illi dediſſet cambio, periculum ſpectabit ad Seium, fuit enim in culpa, eaque graui: nam & debitor pupilli non liberatur ſoluendo tutori quem poſtulatum, & ſuſpectum eſſe ſcit *l. quod ſi forte* 14. §. *ſunt quidam, D. de ſolution.* neque etiam debitor qui ſoluit procuratori, quem ſcit eſſe malæ conditionis. Si verò decoctio in ſuſpicionem venire non poterat, ita vt quique prudentiſſimi decepti fuerint, periculum decoctionis pertinebit ad Lucium qui literas ſcripſit, quia Seius fecit quod ipſe Lucius probabiliter feciſſet ex hoc caſu ſimiles alios explicabis.

25 Quæritur duodecimò an hypotheca pro ſecuritate cambij extinguatur per primam ſolutionem cambij, an verò perſeueret pro continuatis cambiis, & recambiis: v. g. Titius dedit cambio Sempronio mille Lodouiceos cum vſuris duodecim Ludouiceorum. Sempronius verò obligauit Titio pro illa ſumma & cambio omnia ſua bona inſtrumento publico, & promiſit dare literas cam-

bij pro proximis nondinis Lngdool, quas & scripsit cum recursu ad ipsummet Titium; quare Titius de mandato Sempronij soluit sibi ipsi de suia pecuniis, & eosdem nummos iuxta tenorem literatum traxit in eumdem Sempronium vt eos solueret Genuæ; atque ita fuit extinctum primum cambium cum hypotheca. & initum secundum ex nundinis ad Genuam, atque deincepa per cambia, & recambia continuata Titius mansit semper creditor Sempronij de maiori summa, quæ singulis annis per recambia crescebat. Demum post aliquot annos Titius totam illam summam petiit à Sempronio, qui cum negasset, damnatua est ad illam præstandam Titio, qui dum sententiæ executionem vrget, & bona sibi hypothecata pro illa summa deposcit, Cornelius opponit eadem bona sibi quoque fuisse publico instrumento hypothecata, & licet fateatur Titij hypothecam anteriorem fuisse, contendit tamen illam fuisse extinctam tum solutione primi cambij, tum per alia cambia consequentia, quæ per simplices & nudas literas absque vlla hypotheca, communi more contracta sunt. Quæritur itaque quid iuris in ea controuersia sit statuendum.

Resp. Cornelium audiendum omninò esse ad retardandam adiudicationem, vel illius executionem bonorum Sempronij quam sibi fieri postulat Titius. Deinde excludit Titium, qui non potest agere, nisi ex primi cambij contractu, qui reuera cessauit, tum solutione, tum per noua & subsequentia cambia, ac proinde hypothecaratione prioris eiusmodi cambij facta, simul extincta fuit, Confirmatur, quia si Sempronius debitor inito cum Marco nouo cambio debitum prioris cambij contracti cum Titio, eiusque iussu, soluisset suo correspondenti, protinus liber esset ab omni obligatione Titij, licet eius correspōdens fugisset aut decoxisset. Neque Titius vllam retineret actionem aduersus Sempronium, quia contractus olim inter illos initus, omninò fuit extinctus. Neque dicas extincta actione personali Titij aduersus Sempronium in nostro casu, posse manere hypothecariam ex communi regula, quam pluribus demōstrat Negusant. *de pignorib. part. 6. memb. 2. num. 5.* nam ea communis assertio fallit quoties actio personalis extinguitur per integram solutionem, cessat quoque omnia hypothecaria, quod obseruat idem Negusant. *loc. cit. in 4 fallentia, n.* 12. dum enim soluitor totum quod debetur, cessat omnia obligatio, siue re, siue scripto, & alio quopiam modo contracta fuerit, & debitor in totum liberatur. An verò creditor posterior præferatur anterioribus, quoad hypothecam quam vterque habet, diximus *opere de vsuris*: sanè præfertur quoad hypothecam quam habet in suo proprio nomine, quoad pignus sibi datum, quoad pecuniam sibi solutam, & denique quoad cessationem, & dationem nominis debitoris in solutum, modò solutio, cessio, & datio in solutum sint facta bona fide, quæ omnia tradit Scaccia *de commerc. §. 2. gloss. 5. à n.* 457.

Quæritur decimotertiò, an aduersùs literas opponi queat exceptio non numeratæ pecuniæ. Ratio dubitandi est, quia illa exceptio non videtur admitti nisi in contractu mutui, ex glossa *in l. generaliter 13. vers. eamque, & in l. 1. & seq. C. non num.* Atqui cambium non esse mutuum fusiùs ostendimus *in opere de vsuris. lib. 5.*

26 Resp. tamen hanc exceptionem locum habere in cambio ex communi sententia apud Scacciam *de commerc. §. 2. glossa 8. q. 1.* quia quamuis literæ probent campsarium confiteri sibi numeratam esse pecuniam, non probant tamen fuisse reipsa numeratam; eamque numerationem probare debet actor, alioquin absoluitur reus, modò seruentur omnia quæ in illa exceptione proponenda seruari debent, idque verum volunt, etiamsi campsarius renuntiasset huic exceptioni, nisi post aliquod interuallum renuntiasset, aut in ipsis literis cambij confessus esset numerationem, aut aliæ essent fori leges, maximè circa verba quædam solemnia quibus eam numerationem probari præscribunt, vti in foro Genuensi ostendit Scaccia *q. 1. cit. à n. 56.* Nihilominus Raphaël à Turri *disp. 2. de camb. q. 16.* pluribus ostendit, acceptanti literas cambij, siue simpliciter, siue sub protestu non competere exceptionem non numeratæ pecuniæ, aduersus eum cui vi literarum eiusmodi solutio facienda est, probat 1. quia iste literas acceptans se obligat ex constituto, cum omnia quæ ad constitutum requirantur *toto titulo D. de constit. pecun.* facile sit in hoc casu reperire, quod ostendit Raphaël. Atqui ille qui ex constituto tenetur, nequit vti exceptione non numeratæ pecuniæ *l. frustra, C. non num. pecun.* Probat secundò *num.* 76. neque datori literarum cambij competere eamdem exceptionem aduersus eum qui soluit literas cambij, nam illi obligatur vel actione mandati, vel vtili actione negotiorum gestorum, in quibus omnibus obligationibus cessat illa exceptio, quæ solum mutuum elidit. Tertiò probat *n.* 79. non competere exceptionem istam datori literarum contra stipulatorem siue creditorem ex eodem cambio, cùm in eo non sit mutuum. Concedit tamen *n.* 85. datori literarum hanc exceptionem contra stipulatorem eiusdem cambij, quando literæ neque acceptæ, neque solutæ fuerunt, siue protestatio facta fuerit siue non. Mihi iudicandum videtur ex vario fori vsu & mercatorum, quod sub finem etiam indicat Raphaël, cum eam suam assertionem ex vsu inter mercatores recepto temperandam esse monet.

Reliqua de literis cambij pertinent ad earum executionem, & probationem solutionis ex illis factæ; quæ omnia fori externi tricas spectant, neque nostro instituto conueniunt.

ARTICVLVS VII.

De nouationibus & delegationibus.

INter solutionis modos celebris est nouatio, & delegatio, in qua vnus debitor pro alio substituitur: verùm de isto modo nouandi fusiùs disputauimus *lib. 3. superiori, cap. 4. art. 2.* cum de pactorum, & contractuum dissolutione loqueremur, quare nihil repetendum est hoc loco.

ARTICVLVS VIII.

De acceptilatione, & aliis liberationum speciebus.

Liberatio quid. 1.
Varij modi. 2.
Regula vniuersales. 3. 4.

Accepti

Acceptilatio quid. 5.
Differt ab apocha. 6.
Quotuplex sit. 7. 8.
Effectus eius. 9. 10.
Remissio debiti libera. 11.
Eius conditiones. 12. 13.
An debitores pinguioris fortunæ facti liberentur per priorem remissionem debiti. 14.
An per vnius remissionem alij liberentur. 15.
Qualis debeat esse ea remissio. 16.17.18.19.
Compositio pontificia quid. 20.
Liberatio per obsignationem pecuniæ debitæ. 21.
Quid ea sit. ibid.
Quomodo fieret. 22. 23.
De loco solutionis. 24.
An nuda oblatio sufficeret. 25. 26.
Obiecta. 27.28.29.
Alia liberationum species. 30.
Confusio obligationum. 31.
Capitis diminutio. 32.
Cessatio ab actione. 33.
Receptio chirographi. 34.

1 Libetatio est obligatioois peremptio, siue extinctio & ablatio, quocumque modo fiat: quare coincidit cum solutionis voce, eandemque vim cum illa habet, vti obseruauimus initio huius capiti ex *l. liberationis* 47. *D. de verb. sign.* Et solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem, quocumque modo factam *l. solutionis* 54. *D. de solutionib.* & *l.* 176. Et sanè extingui obligationem, & qui eam coortaxerat, liberari synonima sunt, nisi dicas, quod etiam *loco citato* monebamus, liberationem personæ obligatæ consequi ex obligationis extinctione. Verùm quidquid sit de hac vocum acceptione, & natiua significatione solutio frequentius vsurpatur de debito pecuniario, quod numerata & repræsenti pecunia tollitur, liberatio de omni alio debito quocumque tandem modo tollatur.

2 Hinc fit vt sint varij liberationum modi, & veluti species secundum quas obligatio naturaliter, vel ciuiliter resoluitur, *l. verborum* 107. *D. de solutionib.* atque in vniuersum *eo genere quodque dissoluitur, quo colligatum est*: nihilque magis naturale esse dixit Vlpian. *l. nihil* 35. *D. de regul. iur.* ideò verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissoluitur, & omnia quæ iure contrahuntur, contrario iure pereunt, ait Caius *l. omnia* 100. *D. eod.* & Paul. *l.* 153. *eod. tit. Ferè quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur.* Et denique Pomponius id fusiùs explicat *in l. prout* 80. *D. de solution.*

3 Circa liberationem verò in vniuersum obseruandæ sunt vniuersales hæ regulæ. Prima est, sublata primaria obligatione, tolli etiam accessorias, putà adpromissiones, pignora, hypothecas, præter quam quod inter creditorem & adpromissorem confusione facta reus non liberatur *l. in omnibus* 42. *D. de solution. l. Stichus* 95. §. *naturalis*, *D. eod.* & idcircò exceptiones quæ competunt debitori, fideiussorem quoque defendunt, §. *exceptiones. Inst. de replic. l. defensiones* 11. *C. de except.* & *l. exceptiones* 7. *D. de exceptionib.* nisi tamen ea exceptio sit omnino personalis, siue personæ cohæreat, ea enim fideiussori danda non erit, *l. exceptiones citata*; vbi & exempla afferuntur. Quòd idem dicitur de exceptione, *in quantum facere potest.* Exceptio quoque cessionis bonorum à reo factæ, non liberat fideiussorem. *Inst. de replicat.* §. *fin.* quod idem contingit illi qui pro minoribus XXV. annis fideiussit.

4 Altera regula vniuersalis est, vno reo promittendi liberato, liberatur & alter *l.* 2. *D. de duob. reis*: nisi tamen persona tantùm liberetur, & non tollatur obligatio, vt habetur *l. vlt. D. eod.* quare si vnus capitis minutione eximatur, alter non liberatur, & si cui aqua & igni interdictum est, fideiussor ab eo datus non liberatur.

5 Porrò inter liberationis legitimos modos vulgaris fuit acceptilatio, vt constat *ex l. penult. D. de solution.* & *ex toto titulo de acceptilat.* refertur contrariè ad expensilationem, quæ fuit modus contrahendæ obligationis per literas aut nomina, acceptilatio verò modus eius dissoluendæ, cùm ea summa accepta ferretur. Vnde Cicero *in Verr.* 3. *Propter quod minus Dolabella Verri acceptum tulit, quàm Verres illi expensum tulit.* Sanè cum omne debiti genus in tabulas referretur, hoc etiam quod ex stipulatu debebatur, institutum fuit vt omnes solutiones in acceptum referrentur, *l. cùm & sortis* 35. *D. de pignor. action. l. si mulier* 10. *D. de condit. caus. dat.* Quare in vniuersum dici potest acceptilatio in tabulas acceptæ debitæ pecuniæ relatio; debitor enim sic creditorem interrogabat. *Quod tibi debeo, habesne acceptum*: & si creditor illius nomen expunxisset, & æs acceptum ei tulisset, respondebat: *Habeo, acceptumque tuli.* Fit igitur verbis acceptilatio, & inter præsentes, per interrogationem, & responsionem, soluitque obligationem ciuilem per stipulationem inductam: quare verborum obligatio verbis contracta, verbis quoque dissoluitur, quod æquissimum existimauit Iustinianus §. *item per acceptilationem. Inst. quibus mod. oblig. toll.* Et sapienter Vlpian. *l. an inutilis* 8. §. 2. *D. de acceptilat. Acceptum ferri non potest, nisi quod verbis colligatum est, neque potest verbis tolli, quod non verbis contractum est.* Imaginariam solutionem vocauit Iustinianus §. *cit.* quod dixit quoque *l. pen. D. de solution.* quia nempe in vera & naturali solutione debitor aliquid reipsa, & actu præstat, hîc verò nihil præstat, sed perinde quasi præstiterit, liberatur, *l.* 7. §. 1. *D. de liber. legat.* Interroganti enim debitori; *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum*? respondet creditor, *Habeo.* Verbis quoque Græcis fieri potuisse monet Iustinian: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα: ἔχω λαβών. Cùm enim acceptilatio esset certorum, & quasi solemnium verborum formula, & conceptio, cuius syllabas, & literas omnes seruari moris fuit, dubitari poterat, an Latinis, an Græcis verbis concipi posset, quod vtrumque concedit Imperator, nam & ipsa stipulatio, cuius etiam erat certa verborum solemnium formula, græcè quoque fieri poterat, vt alibi monuimus. Illud profectò mirum quod Vlpianus *citat. l. an inutilis sub finem*, idcircò dicat iuris gentium esse acceptilationem, quia Græcè fieri possit, dicendum enim idem foret de stipulatione, quam iure dumtaxat ciuili introductam nemo dubitat. Respondet Hotman. *in comment. Institut.* acceptilationem quidem iuris ciuilis esse, suaque certa & propriâ formula constare, sed vtilitatis causa constitutum esse vt contra iuris ciuilis regolas, & cum peregrinis & peregrina lingua concipi posset, hocque significare Vlp. his

verbis. *Hoc iure vtimur, vt iuris gentium sit acceptilatio.* Cùm igitur liceat accepta ferre etiam iis personis quæ sunt iuris gentium, & non solùm ciuilis capaces; iuris gentium & non solùm ciuilis esse dicitur acceptilatio. Gotfred. *in notis ad l.* 8. *citatam*, respondet esse iuris gentium consensu inspecto, & pacto quod includit formam iuris ciuilis propter solemnia verba quibus fieri debet, quare origine non forma iuris gentium est.

6 Differt ab apocha, quòd acceptilatione liberatio omnimoda contingat, licet pecunia soluta non sit, quare ipsi opponi non potest exceptio non numeratæ pecuniæ, Vlpian. *l.* 19. *D. de acceptilat.* Est verò apocha, scriptura, qua creditor se pecuniam accepisse à debitore fatetur, cuius erat & ea formula, *Fateor me accepisse, & habere tot denarios quot mihi cauit Titius.* Dicitur ab ἀπέχειν, quod est ἀπόστερειν, siue ἀπολαμβάνειν, quomodo Christos dixit *Math.* 6. eos qui faciunt eleemosinam vt ab hominibus laudentur, ἀπέχειν τὸν μισθὸν αὐτῶν ἀπέχειν est ἔχειν ἀπό τινος, habere ab aliquo. Hesychius ἀπέχει λαμβάνει: est etiam ἀπέχειν facere vt aliquid longè habeatur, & absit: ἀπέχειν, id est χωρὶς αὐτοῦ, χωρὶς ἔχειν, ἀπέχεσθαι arceri ab aliqua re, vel ab illa abstinere. Per aphocam igitur arcetur debitor, sicut & per acceptilationem, quas ideo inter se glossæ Nomicæ confundunt. Cuiac. *lib.* 5. *obseruat. cap.* 36. *sub fin.* obseruat Græcos Iurisconsultos non tantùm factæ solutionis possessionem ἀπόδειξιν τῶν χρεῶν, vt appellat Iustinian. *nouell.* 46. 49. & 72. sed & acceptilationem ἀποχὴν vocare, cùm tamen Latini eam inter illas differentiam statuant, quam inter pignus, & hypothecam: & Medici quidam inter ἄνθρακα, & carbunculum.

7 Acceptilatio duplex est vulgaris, & Aquiliana: prior illa, ea est quam hactenus descripsimus, qua sola verborum obligatio verbis quoque dissoluitur, & vnam stipulationem continet: *Quod tibi debeo habesne acceptum? habeo*: fitque verbis solemnibus τυπικοῖς ῥήμασι, Inquit Theophilus: non fit inter absentes, neque per procuratorem *l.* 3. *D. de acceptilat.* nisi is nouandi causa nostram obligationem susceplat, ac deinde acceptum roget, sed neque id quod nobis debetur absque nouatione acceptum facere potest *l. & per iusiurand.* 13. §. *tutor, D. de acceptilat.* ad quod etiam, id est, vt nouare possit speciale, vel generale mandatum exigimus *l.* 3. *D. eod.* & *l.* 4. *C. de nouat.* Porrò sicut per seruum nobis verborum obligatio acquiritur, ita per seruum accepto liberamur, *l. species* 13. *D. de acceptilat.* qui tamen quod nobis debetur, acceptum non faciet, ne fiat conditio nostra deterior, ne iussu quidem nostro, *l. pen. D. eod.* nam edictum *quod iussu* ad contractus pertinet, non ad liberationem, *l. si dubitet* 10. §. *vlt. D. de fideiuss.* Per hanc igitur vulgarem acceptilationem sola obligatio quæ verbis & per stipulationem contracta est, dissoluitur, non item alia quæcunque, nisi prius in stipulationem commutata sit, nam per stipulationem nouatio fit, & quæ consensu vel re contracta erat obligatio, ea iam verbis constat, ac propterea verbis dissoluitur, §. *item per acceptilationem. Inst. quibus mod. oblig. toll, l. prout quisque* 80. *D. de solut. l.* 4. & 5. *D. de transact.*

8 Altera acceptilatio dicitur Aquiliana à Gallo Aquilio Ciceronis collega inuenta, per quam aliæ obligationes ex quocumque titulo ortæ vno contexto, & vna stipulatione deductæ, extinguebantur: Eius formulam tradit *cit.* § *item & per acceptilat.* Creditor enim sic à debitore stipulabatur; *Quantum mihi debes titulo venditionis, donationis, aut alio quopiam spondesne dare?* Respondet creditor, *spondeo*: atque ita debitum ex venditione, donatione, alióve titulo transit in debitum ex stipulatione, quod dissoluitur per acceptilationem Aquilianam, quæque non ad verborum obligationem sed ad contractum tandem refertur: *Contractus*, inquit Cuiac. *cap.* 36. *cit. est vltro, citroque obligatio, acceptilatio est vltro, citroque liberatio*, συνάλλαγμα *illud; hoc* διάλλαγμα, *siue distractus*, quo nomine etiam solutio continetur §. *item si cui, Inst de obligat. quæ ex quasi contract.* Ex contractu obligatio nascitur, §. 1. *Inst. de auctor. tutor.* Ex acceptilatione mutua liberatio *l. vltim. D. de acceptilat.* Itáque hanc acceptilationem definiri à Modestino *l.* 1. *D. de acceptilat.* existimat *ibid.* Cuiac. Hotman. *in Inst. quib mod. obligat. tollat.* & Ræuard. *in l.* 53. *D. de reg. iur.* cùm dixit; *Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, qua vtrinsque contingit ab eodem nexu absolutio.* Mutua illa interrogatio quam in acceptilatione exigit Modestin. euidenter formulam Aquilianam indicat, quod autem addit esse *absolutionem vtriusque ab eodem nexu*, pertinet ad liberationem quæ fiebat per æs & libram; non enim solùm res alienari mancipi solebant olim per æs & libram, sed etiam obligari, & ideò Festus scribit Ælium Gallum definiuisse nexum, quodcumque per æs, & libram geritur, eiusque generis esse testamenti factionem, nexi dationem, nexi liberationem, & nexum æs, antiquis fuisse pecuniam, quæ per nexum obligabatur. Liu. *lib.* 6. nexum inire dixit eos, qui se suaque omnia creditoribus obligabant. *Nam etsi*, inquit, *vnciario fœnore leuata vsura erat, sorte ipsa obruebantur inopes, nexumque inibant* Res igitur nexæ, hoc est per æs & libram obligatæ non soluebantur nudis verbis, pecuniæ numeratione, aut acceptilatione, sed per æs & libram, vnde Liu. *lib.* 7. scribit de Marco Manlio *Inde rem creditori palam populo soluit, libraque & ære liberatum dimittit.* Vbi tamen inducta deinde est Aquiliana acceptilatio, in qua omnia debita in stipulationem deducebantur, fiebat liberatio, & absolutio ab omni nexu per acceptilationem, per quam contraria stipulatio dissoluebatur.

Effectus igitur acceptilationis manifesti sunt. 9
Primò enim habet vim solutionis, quod hactenus diximus. Secundò habet vim pacti de non petendo debito, *l. cum emptor. D. de rescind. vendit.* Tertiò tollit omnem actionem realem, personalem, & mixtā, *l. vt responsum C. de transaction.* Quartò acceptilationis contractus statim atque perfectus est, trahit secum executionem, ex Bart. *in l. metum*, §. *sed quod prat. D. quod metus causa.* Quintò acceptilatio facta mulieri quæ fideiussit non liberat debitorem ex Bal. *in l. Senatus. C. ad Velleian.* Sextò facta per procuratorem qui non habet speciale mandatum, non liberat, vt diximus; habet enim vim pacti de non petendo. Ita Bart. *in l. an inutilis, D. de acceptilat.* quod pactum extinguit quidem obligationem naturalem, neque creditor potest petere debitum in conscientia, non extinguit tamen obligationem ciuilem: vide plura apud Molin. *tract.* 2. *disp.* 252.

Quæritur verò, an si vni ex duobus debitoribus 10
accepto feratur, alter quoque liberetur. Et Paul. quidem scribit, eum solum liberari cui accepto latum est, alterum manere obligatum *l.* 2. §. *si tamen D. de verb. obligat.* Vlpianus tamen ait vtrumque liberari *l. si ex pluribus* 16 *de acceptilat.* Resp. cum

Pacio,

Pacio, Paulum loqui de duobus hæredibus debitoris qui ex lege XII. Tabul. tenentur pro partibus hæreditariis, quas obtinent: quare cùm vni accepto fertur, pro eius tantùm parte fertur, idcóque alter hæres manet obligatus pro ſua parte. Vlpianus verò loquitur de duobus debendi reis, quorum vterque obligatur in ſolidum: quare cùm vni fuit accepto latum debitum, tota obligatio perempta fuit, non pugnant igitur inuicem duo illi nobiles Iuriſconſulti.

11 His addo ſimplicem promiſſionem, aut condonationẽ, ſiue remiſſionem debiti iure naturali & canonico, æquiualere acceptilationi quæ pertinet tantum ad iuris ciuilis ſubtilitatem, ac proinde per eiuſmodi vel promiſſionem de non petendo, vel condonationem à creditore factam verè liberari debitorem nemo dubitat: quod fuſiùs exponunt Molin. *tract.* 2. *diſp.* 757. Leſſi. *lib.* 2. *cap.* 16. *dub.* 2. Ferdinand. à Caſtro *diſp.* 2. *de iuſtit. punct.* 16. §. 5. Nauarr. *cap.* 17. *num.* 45. Sotus *lib.* 4. *de iuſtit. q.* 7. *art.* 4. Caiet. *verb. reſtitut. num.* 7. S. Thom. 2. 2. *q.* 62. *art.* 6. *ad* 3. & 8. Lugo *diſp.* 21. *de iuſtit. ſect.* 4. & paſſim DD. *in l. ſi fundum* 92. *de legat.* 1. Requiritur verò ad virtualem hanc ſolutionem, vt illa remiſſio, vel condonatio debiti ſiue totius, ſiue partis ipſius, fiat à creditore, qui condonare & remittere tale debitum valeat, neque vel iure naturali, vel poſitiuo impediatur: nam ſi ille non ſit dominus totius illius debiti, ſintque alij quoque creditores, quorum intereſt debitum non condonari, vnus creditor ſolus illud remittere non poterit: v.g. debitum ſerui, filijfamilias, vxoris, qui non habent liberam ſuorum bonorum adminiſtrationem, & vſum, ab iis ſine domini, patris aut mariti voluntate remitti nequit, ſicut neque Religioſus ſuæ famæ reſtitutionem condonare cùm Religionis damno. Ratio horum aperta eſt, quia diſpoſitio de iure alieno, eiuſque condonatio inualida prorſus exiſtit inuito, aut non conſentiente eo de cuius iure agitur.

12 Deinde aliquando ius poſitiuum reddit inhabiles creditores ad remittenda ſibi debita: nam primò Trident. *ſeſſ.* 24. *cap.* 12. *de reformat.* reddit inhabiles Canonicos ad remittendas diſtributiones abſentibus à Choro ſine legitima cauſa. Secundò *cap. exigit, de cenſib. & exaction. in* 6. Gregorius X. in Concil. Lugdun. prohibet Epiſcopis & Arch.epiſcopis viſitantibus Eccleſias, aliud accipere præter ſumptus neceſſarios illis diebus quibus viſitant, alioquin obligat intra menſem ad reſtituendum duplum eius quod receperint, & niſi id faciant prohibet ingreſſu Eccleſiæ, inferiores verò ab officio & beneficio ſuſpendit, quóuſque de illo duplo ſatisfecerint Eccleſiis grauatis: *Nulla eis in hoc dantium remiſſione, ſiue liberalitate, ſeu gratia valitura*: qua de re vide Molin. *tract.* 2. *diſp.* 85. Obſeruat verò Leſſi. *cap.* 16. *cit. num.* 38. hanc legem pœnalem de duplo obligare ante ſententiam, quod perrarum eſt, neque vnquam præſumitur niſi ex modo loquendi ſit euidens, vti hoc loco. Tertiò *cap. ſtatutum,* §. *inſuper de reſcriptis in* 6. Iudex delegatus qui accipit aliquid à partibus vel notabiliter pauperibus, vel ab aliis præter aliqua eſculenta vltro oblata, aut ſi aliquò proficiſci ad id debet, vltra moderatas expenſas obligatur ad reſtitutionem, non obſtante quauis remiſſione. Quartò *Clement. nolentes de hæretic.* Inquiſitores qui officij ſui prætextu quidpiam extorſerint, tenentur reſtituere nullis priuilegiis, pactis & remiſſionibus ſuper hoc valituris.

13 Requiritur ſecundò ad hanc remiſſionem, vt liberè fiat, nam ſi ab amente, furioſo, ebrioſo, ſi per vim aut metum, ſi per fraudes fiat, erit inutilis ad ſolutionem, vt patet: quare ſi debitor iniuſtè metum incuſſit creditori, ſi finxit ſe impotentem, ſi per lites moleſtas, aut dilationes quæſitas, aliiſve rationibus vexat creditores, qui vt iis ſe moleſtiis liberent remittunt totum debitum, vel vnam ſaltem partem, vt aliam percipiant, eiuſmodi remiſſio coacta, vel non voluntaria, propter fraudes quibus extorquetur, non liberat debitorem. Quare tuti non ſunt mercatores, qui fingunt vel impotentiam, vel grauia damna quæ paſſi fuerint, vt perſuadeant creditoribus debitum imminuere; vel Regij Quæſtores qui exhauſtum ærarium Principis fingunt, ſiue vt loquuntur, *fundum non habere*, & iam aliis rebus impenſum, quare creditores vt exiguam partem percipiant, ingentes aliquando ſummas remittunt, quas ipſi deinde quæſtores ſibi à Principe ſolui curant, atque ita immenſas aliquando comparant opes, tenentur omnino ad reſtitutionem, neque ex illa creditorum coacta remiſſione ſibi blandiri poſſunt, ab illa enim abeſſe debet omnis vis, & fraus, ſiue à debitore ſiue ab alio quopiam illata fuerit, vt habeat vices ſolutionis, ſiue debitor habeat animum ſoluendi, ſiue non habeat. Immò licèt fingat ſe habere animum ſoluendi, quem non habet, erit tamen valida remiſſio creditoris, vt pluribus adductus oſtendit Sanch. *lib.* 4. *de matrim. diſp.* 19. *n.* 17. Et ſanè ſi peteres librum à Caio, cum animo illum furandi, ſi Caius dare recuſaret, non idcircò donatio illius valida non eſſet, ſi Caius ipſum ſponte daret; voluntas ſiquidem furandi, aut non ſoluendi non faceret donationem aut remiſſionem ſponte ab alio factam inualidam vt patet, quod etiam verum erit licèt creditori non offeratur pecunia, vti contra Antoninum, & alios quoſdam veteres docent Molin. *tract.* 2. *diſp.* 757. Leſſi. *cap.* 16. *num.* 35. & alij paſſim, immò Caietan. 2. 2. *q.* 62. *art.* 6. *ad* 3. conſulit ne pecunia præſens offeratur creditori, ne inde potiùs retardetur à remiſſione facienda, neque enim illa non oblatio, & non exhibitio pecuniæ, eſt fictio maioris impotentiæ aut paupertatis à qua ſola creditor deluſus moueatur ad remittendum, tunc enim remiſſio non foret libera vt monui, ſed fraudibus extorta.

14 An verò debitores qui ſoluta parte debiti remiſſionem reliqui obtinent à creditoribus per compoſitionem & tranſactionem cum ipſis, qui vt vnam partem accipiant, cæteras donant, & ſe non petituros ſpondent, an inquam debitores eiuſmodi vbi redierint ad pinguiorem fortunam teneãtur ad integram ſolutionem, dubium eſt, illa enim remiſſio non fuit omnino libera, & abſolutá, ſed conditionalis tantùm. Si debitor non poſſit ſoluere deinceps, neque videntur renuntiare creditores ſpei recuperandi ſuum debitum, ſi melior fortuna faueat ſuo debitori, Bonac. *diſp.* 1. *de reſtit. q. vlt. punct.* 2. *num.* 6. liberat omni obligatione ſoluendi partem ſibi remiſſam, quæcumque tandem aſpiret aura, cùm abſoluta fuerit illa remiſſio. verùm ad hoc opus eſſet, vti ſapienter obſeruat Lugo *diſp.* 21. *num.* 49. vt debitor offerat partem illam quam ſoluere poteſt ſuis creditoribus, ſiue reſiduum remittatur, ſiue non, & deinde propoſita ſua inopia, & impotentia, reſidui remiſſionem liberalem & ſpontaneam flagitare poterit, quam ſi concedant creditores miſerati inopiam, & ſortem

iniquam debitoris, valida erit omnino remissio, & liberabit debitorem ab omni unere soluendi, siue ditior deinde euadat, siue non: si verò, quod frequentius fit debitor offerat certam partem creditoribus, eo pacto vt in posterum residuum remittant, illi verò vt illam saltem partem recuperent, consentiant remissioni, alioquin non consensuri: & si scirent debitorem manere obligatum ad reliquam solutionem, vbi fortuna ipsi faueret, non abiicerent profectò illam spem recuperandi suum debitum; idcirco consentiunt tantum remissioni, & transigunt se parte illa fore contentos, quare in foro externo reliqua postulare non possunt, vt accipiant partem sibi oblatam, quam tamen sine vllo onere & conditione aut transactione poterant accipere, cùm ipsis solui posset, & reuera oblata est ea pars. Iniustè igitur cuguntur ad transigendum de reliquo debito non petendo, neque id faciunt nisi vt oblatam sibi partem accipiant, & ne illam ipsam amittant, quam tamen sine eiusmodi grauamine deberent accipere. Eiusmodi igitur debitorem non esse tutum in conscientia, immò & posse creditorem vti occulta compensatione dixit Sanch. *lib.4. de matrim. disput. 9. num.17.* Lugo verò ait quando id totum quod de præsenti datur, debuisset solui impræsentiatum, etiamsi creditores nihil remitterent, periculum magnum esse, ne remissio sit valida in conscientia, si verò debitor in gratiam creditorum, offerret illis maiorem partis solutionem quam deberet, tunc propter varias causas excusantes soluere, videretur emere excessu illo à creditoribus spem dubiam de solutione incerta futura reliquæ partis, quæ spes vulgò non plus astimatur quàm excessus certus qui de præsenti soluitur. Totaque illa pactio, & remissio licita & valida erit. Verum de his plura inferiùs vbi de decoctoribus & pactis inter ipsos & creditores initis disputabimus.

15 Restat tamen hoc loco quærendum an cùm creditor habet plures debitores eadem ex causa obligatos, si vni remittat debitum, cæteri quoque liberentur. Et quidem si is cui fit remissio sit principalis debitor, cæteri vero secundarij dumtaxat, & in ipsius defectum, priori illo liberato, cæteri quoque liberi manent, quod superiori articulo monuimus, sicut in fideiussore contingit, facta remissione ei pro quo fideiussit, traditque Medina *C. de restitut. q.8. dub. 3.* Sot. *lib.4. de iustit. art.2.* Vasq. *de restitut. cap.9. § 1. dub.4.* Si verò remissio fiat tantum secundario debitori, vel fit remissio dumtaxat actionis qua illum in defectum principalis compellere poterat, & tunc nihil remittitur debitori principali cuius obligatio non pendet ab obligatione secundarij. Si verò creditor remittat absoluiè debitum & obligationem, quam non habet nisi in defectum principalis; hic non tenebitur soluere creditori, sed ei cui facta est remissio, per quam creditor ius quod habebat in principalem transtulit in secundarium, & soluenti secundario debitori principalis tenebitur ei soluere. Ita Nauarr. *lib.3. de restitut. cap.4. num.94.*

16 Cæterùm nihil opus est hanc remissionem debiti esse formalem & expressam; præsumpta quidem & interpretatiua sufficit ad liberandum debitorem, ex communi DD. sententia, eo quod tacitum & expressum idem sæpius operentur. Quare Molin. *tract.3. disp. 68. num.3.* excusat retinentem rem alienam, quamdiu existimat dominum non esse inuitum, neque deinde teneri ad restitutionem, vbi compererit fuisse reuera inuitum, nisi quantum ex illa re extat, & ex ea factus est ditior. In foro tamen externo semper dominus præsumitur inuitus, nisi contrarium doceatur, *l. qui vas, §. vetare, D. de furtis.* Vide Gomes. *tom.3. variar. cap.5. num.1.*

Secũdò hinc quoque excusantur à restitutione famuli, filij, vxores, & alij domestici, qui quidpiam à domino, patre, marito subripiunt, quia illi omnes non sunt tam inuiti circa substantiam rei acceptæ, quàm circa modum accipiendi, aut finem propter quem accipiuntur, & si furtum illis manifestaretur, nollent obligare ad restitutionem: quare & illos omnes fures excusat à restitutione, neque nisi res sit grauis, damnat peccati mortalis Lugo *disp.21. cit. num.53.*

Tertiò inde excusant aliqui eos qui accipiunt rem quam si petiissent, dominus ipsis concessisset. Eus dabit Sanch. *lib.7. in Decalog. cap. 19. num.13.* Alij tamen volunt vt domino displiceat potius modus accipiendi quàm ipsa substantia; eos dabit Sanch. Volunt & alij vt dominus rem illam ad eundem finem ad quem accepisti, & non ad alium concessurus esset, v. g. ad comedendum, non vero ad vendendum, vti tu accipis, licèt rogatus fuisset.

17 Obiicit tamen Sanch. *eo loco*, & Suares *lib. 8. de statu Religioso, cap.11.* licentiam conditionalem, non esse licentiam, sed futuram esse si peteretur, ac proindè non sufficere ad valorem actuum, v.g. ad audiendam confessionem, assistendum matrimonio, & ad alia similia. Quomodo igitur sufficeret ad accipiendam rem alienam domino inscio, qui tamen si rogatus fuisset, illam donasset. Hanc obiectionẽ soluere pluribus conantur DD. sed fortassis non satis commodè. Discrimen tamen est inter istos actus & licentiam de qua loquimur, quod ad iurisdictionem, & eiusmodi alios actus legitimos, requiritur enim voluntas antecedens à qua prodeant illi actus, & suam vim & valorem accipiant, quæ voluntas & positiua & actualis esse debet; voluntas autem negatiua, id est, non nolle, & interpretatiua, quæ futura esset, & quam quis suscepturus esset, si monitus fuisset, non potest esse causa alicuius effectus positiui, neque in illum aliquo modo influere. At verò ad excusandam malitiam alicuius actus non requiritur semper aliqua positiua voluntas bonitatis, sed tantùm negatiua malitiæ, vt in acceptione rei alienæ non exigitur voluntas positiua domini volentis aut permittentis rei suæ contrectationem ad furti malitiam excludendam, sed tantum ne sit positiuè inuitus suam rem se inscio contrectari, aut subduci, quæ voluntas non est quidem nisi interpretatiua, & non noleitas quædam contrectationis suæ rei, quamuis enim non velit positiuè suam rem contrectari, non ægrè tamen fert & inuitus eam contrectationem, quod tamen requireretur ad furti malitiam. Igitur ad illam excludendam sufficiet licentia præsumpta, interpretatiua, & vt aliqui loquuntur conditionalis, quia licèt nundum actu sit, futura tamen esset, si rogaretur dominus, quod non sufficit ad alios actus legitimos qui suam validitatem ab aliqua voluntate antecedente, tanquam à vera causa accipiunt.

Dices hinc quidem fieri vt illa acceptio rei alienæ non sit furtum quando non fit inuito domino, non sufficere tamen vt illius dominium

acqui

acquiratur, & illud deinde venditione, alióue contractu oneroso vel gratuito ad alium transferam, quia voluntas domini requiritur omnino ad transferendum dominium, quod non fiet eo inscio; non committam igitur furtum vsurpando rem alienam, aut ea vtendo nescio & non inuito domino, non tamen fiam illius dominus vt patet.

Resp. me quidem non fieri verè dominum illius rei, sicut tamen ex præsumpto domini consensu possum illam vsurpare, immò & consumere sine peccato, ita & distrahere, nam ex illo interpretatiuo consensu æquè applico illam mihi, ac si in nullius bonis esset, quia nullius domini voluntatem inuenio impedientem illam applicationem, ac proinde fit mea per eam applicationem, & deindè validè eius dominium transfero in alium. Ita subtiliter Lugo *num.* 55. Verùm hinc perpetuò sequitur non esse translatum dominium rei alienæ in accipientem inscio domino, nisi quia præsumitur non esse inuitus, & quia si sciuisset, fuisset illam concessurus, atque adeò vbi illa præsumptio cessabit & constabit dominum non fuisse concessurum rem illam si petita fuisset, non acquiri dominium illius, atque adeo illam ipsi esse restituendam, si constet, & quatenus ex illa ditior factus est accipiens; atqui si illam vendidit, ex eius pretio ditior euasit, illud igitur saltem restituere debebit. Retinebit igitur quamdiu existimabit dominum non esse inuitum, immò & daturum fuisse rem illam, si petita fuisset, sed si deinde contrarium reperiatur, restituendum erit, quod de illa extabit, nisi tamen præsumatur dominum illud totum etiam condonare, quod faciliùs faciet vbi sciet rem illam iam fuisse distractam, eiusque pretium consumptum, vt communis opinio differebat.

18 Quod autem inferebat Lugo, *loco cit.* Religiosum qui præsumpta voluntate amici sæcularis, rem eius accepit, non posse illam ipsi restituere, absque sui Prælati licentia, quia per illam licitam applicationem fuit acquisita monasterio, à quo sine consensu Prælati ipsam resumere nequit. Hoc, inquam, non placet, quia licèt illa acceptio fuerit sine culpa, vt & applicatio facta Monasterio, si tamen voluntas illius amici fuit omnino alia quàm præsumeretur, ea acceptio, quamuis tunc inculpabilis, non fuit valida ad acquirendum dominium, & in monasterium transferendum, quare vbi constiterit falsum fuisse Religiosum illum, & falsò præsumptam fuisse domini voluntatem, tenebitur ad rei si extet restitutionem, si illam habeat in sua potestate, si verò sit in Prælati, aut monasterij duntaxat potestate tenebitur ab illis repetere, & damnum quod intulit ablatione rei alienæ ex falsò præsumpta domini voluntate, reparare restitutione rei ablatæ si possit.

19 Quartò hinc colligunt plures quos affert & sequitur Sanch. *lib.* 7. *in Decalog. cap.* 19. *n.* 13. Less. *lib.* 2. *cap.* 41. *dub.* 9. & Suar. *lib.* 8. *de statu religioso, cap.* 11. & alij, Religiosum non peccare grauiter contra paupertatem accipiendo, vel donando sine licentia Prælati, quando existimat illum non negaturum fuisse petitam licentiam, & quamuis illi displiceat quidpiam eiusmodi sine licentia expressa factum esse, id tamen esse ratione modi, potiùs quam substantiæ actionis; quæ sententia ita intelligenda est, vt sola ista licentia conditionata, non sufficiat, nisi Prælatus cui displicet ille modus substantiam ipsam sit voliturus; nam si ita illi displiceat hic modus, vt ratione ipsius substantiam ipsam actionis & rei prohibeat, aut prohibiturus sit, non excusabit à peccato præsumpta illa & conditionata licentia, vti tandem Sanch. Suar. & alij se explicant, atque omnium fusissimè Lugo *disp.* 3. *de iustitia, n.* 124. & *seq.*

Ad hanc remissionem debiti, quæ liberat à solutione & restitutione pertinet ea quam facit Pontifex, dum maiorem partem debiti incerti remittit pro minori, quam applicat alicui pio operi ad quod promouendum, eam remissionem concedit, vti facit in Bulla Cruciata, quam idcircò vocant Bullam Compositionis, quia Bullam accipienti, & danti duos Iulios in subsidium Cruciatæ, siue belli contra infideles, pro leuiori summa, remittitur maior multò debita. Hanc Bullam DD. Hispani suis commentariis illustrarunt, de ea quoque disputarunt Less. *lib.* 2. *cap.* 16. *dub. vlt.* Molina *disp.* 748. Lugo *disp.* 21. *sect.* 7. & alij plures quos adeas velim, nobis aliò properantibus satis otij non est, vt eius explicationem aggrediamur, cùm vsui sit in sola Hispania, & Sicilia, non in nostra Gallia, Germania, & aliis nationibus. 20

Alius solemnis liberationis modus fit per oblationem & obsignationem pecuniæ. Obsignare est anulo signum imprimere ceræ, aut alteri rei, & vt loquitur Apuleius *lib.* 10. de Asin. *Annulo prænotare.* Et Luc. de Syria Dea σφρηγῖδι σημαίνεται. Sic dicuntur obsignari tabulæ *l.* 7. *D. testam. quemad. aper. l.* 2. *C. eod.* Et alibi sæpiùs, atque passim apud Ciceronem, apud quem obsignatam epistolam leges *lib.* 5. *ad Att. ep.* 19. & *lib.* 10. *ep.* 13. & apud Plaut. *in Pseudol.* idemque Cicero obsignatores testamenti dicit: de tabellis Plaut. *in Curcul. act.* 2. *Scen.* 3. *Qui annulo meo tabellas obsignatas attulisset de area. In Amphytr. act.* 1. *sc.* 1. *Cistula Amphytrionis obsignata signo est.* Obsignare aurum dicit *l.* 50. *D. de furt.* obsignare pecuniam, *l.* 41. §. 1. *D. de vsur.* Obsignare igitur idem est quod *adsignare*, id est signum apponere. Vnde Pers. *adsigna Marce tabellas.* Papinian. in *l.* 77. *D. de legat.* 2. *Res quas sub cura sua habuit adsignari iussit.* Notantque Grammatici præpositionem *ob* pro *ad*, veteres Grammaticos vsurpasse: sic Ennius dixit *obcensis* pro *accensis*, & alij *ob os* pro *ad os*, & *obigere* pro *adigere*, *obmanere* pro *admanere*, manere apud aliquem. Itaque obsignata pecunia est adsignata, cui nempe signum appositum est. Creditori igitur offerebatur pecunia debita, quam si recusasset obsignabatur, & publicè deponebatur: *l.* 56. §. 1. *D. mandati. Debitor pecuniam obtulit, & propter moram eius qui petebat, obsignauit ac publicè deposuit: l.* 7. *C. de vsur. Si pecuniam obsignaueris, eamque depositam deposueris: & l.* 1. §. *vlt. D. eod. Si creditori pecuniam debitam obtulisti, eoque non accipiente obsignatam eam deposuisti.* & *l.* 2. & 6. *Cod. eod. l.* 1. *C. qui potior. in pigner.* atque alibi passim. 21

Fiebat porrò hæc obsignatio pecuniæ hoc modo: Sacculus quo includebatur, lino traiiciebatur, signisque ceræ lino infusæ impressis obsignabatur, eo planè modo, quo tabulæ testamentariæ. De quo vide Salmas. *lib. de modo vsurar. cap.* 11. & *in confutat. animaduersion. Heraldi*, tabulas nempe, codicillos, epistolas lino circumligabant, deinde ceram infundebant, cui signum annulo suo imprimebant; vnde apud Plaut. *in Bacchid.* 22

Cedo, tu ceram, & linum actutum, age obliga, obsigna cito.

Idcóque si linum incisum esset, quamuis signa manerent integra, non habebatur signatum testamentum, aut chirographum, aut alia eiusmodi;

l. 1.

l. 1. §. 10. D. de possess. secund. tab. Si linum quo ligata sunt tabulæ, incisum sit, & testator hoc fecerit, non videntur signata, & ideò bonorum possessio peti non potest. Et Paul. *in collatione legum Mosaicar. titul. de successione. Intestati dicuntur, qui testamentum facere non possunt, vel ipsi linum ut intestati decederent, abruperunt.* Debitores qui negant à se scriptum & signatum chirographum, dicunt signa lini esse superuacua, & nulla, apud Satyric. 6.

Si desint latis diuersis parte tabellæ,
Vana superuacui dicunt chirographa lini.
Arguit ipsorum, quos litera, gemmaque princeps
Sardonychum loculis quæ custoditur eburnis.

Et sanè priscis & heroïcis temporibus ante inuentos annulos omnia colligabant, & nodo non annuli nota signabant, & claudebant. Quod obseruat Plin. *lib. 32. cap. 1.* & apud Hom. *odyss. θ.* vinculum arcæ circumponi iubetur, ut operculum cum ipsa constringatur, in quem locum Eustath. refert veteri more vinculis omnia clausa fuisse, annulos enim esse recentiorū Laconum inuētum, *παλαιὸν δὲ φασὶν ἔθος ἦν κατασφαλίζεσθαι δεσμοῖς ἡ κλεὶς γὰρ νεωτέρων, καὶ λακώνων εὕρημα.* Romani tamen etiam post inuentos annulos retinuerunt in plerisque veterem illum morem circumligandi, quæ obsignata clausa vellent, & traiecto deinde, aut circumposito lino cera infusa, signum suo annulo impresserunt; quod in testamentis, codicillis, epistolis, cæterisque obseruatum scimus. *Inst. de pupillari substitut.* ea pars substitutionis, quam testator vult esse secretam viuo filio, & adhuc impubere, iubet *eam partem proprio lino, propriaque cera consignari.* Quod sic reddidit Theophil. *in suis Institut. & hanc proprio lino liget & propria cera signet. τοῦτο τὸ μέρος ἰδιάζοντι λίνῳ, καὶ ἰδιάζοντι κηρῷ σφραγιζέτω.* Olim uno tantùm lino ligabantur tabulæ, deinde Nerone imperante, *aduersus falsarios,* inquit Sueton. *cap. 16. tunc primum repertum, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur.* Inde factum Senatusconsultum, quod amplius modum illum obsignandi testamentum explicat, & refertur à Paulo *lib. 5 sententiar. tit. 25.* In his autem quæ circumducto ligno obligabātur & signabantur linum incidendū erat ut soluerentur. Cic. *Catilina 3. Tabulas proferri iussimus, signum cognouit, linum incidimus: l. 3. D. de his qui testam. Cum Valerius Nepos mutata volūtate, & inciderit, & hæredum nomina induxerit, hæreditas eius ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur* Vbi agebatur de epistola priuata, ostendebatur signum auctori an cognosceret priusquam reseraretur. Plaut. *in Pseudolo.*

Miles lenoni Ballioni epistolam,
Conscriptam mittit polyma charoplegides,
Imagine obsignatam, quæ inter nos duo
Conuenit olim, video & cognosco signum.

Imago illa signum erat impressum, siue adpositum; quare mendosa est vulgaris lectio, *imaginem obsignatam.* Quintilian. *lib. 12. cap. 8. Denique linum ruptum, aut turbatam ceram, aut sine agnitore signa frequenter inuenies, quæ nisi domi excusseris, in foro inopinata decipient. Turbatam ceram* dixit in qua signa imprimebantur, qua ratione *turbata signa* vsurpauit Vlpian. *l. 22. D. qui testam. facere possunt. Si signa turbata sunt ab ipso testatore, non videtur signatum.* Cera portò duplex erat, una qua inductæ tabulæ, & in qua stylo literæ exarabantur, quam *μάλθην* vocabant; altera quæ adfigebatur vel lino, quo ligabantur tabulæ, vel aliis quæ sine lino signabantur, cui ceræ signum, ut dixi imprimebatur, eamque *ῥύπον* nominat Pollux *lib. 8.* & Hesych. *verb. ῥύπος notam.* Et in his quidem, quæ sine ligno signabātur *ῥύπος* auellendus erat, quòd diceba tor *ἀναπαῦσαι ῥύπον.* Vnde illud, *οὐδὲν ἂν σεσημασμένον τὸ μὴ οὐχὶ τὸν ῥύπον ἀνασπάσαι,* nihil tam benè obsignatum esse, quin cera auelli queat, ac resignari: in aliis abrumpebatur linum, ut dixi.

Obsignabatur igitur pecunia sacculo, qui includebatur signato per annuli in cera lino quo saccus traiiciebatur infusa impressionem. Apuleius *lib. 10. Ne fortè aliquis istorum quos offers nummorum, vel adulter reperiatur, in hoc ipso sacculo conditos, eos annulo tuo prænota, donec altera die nummulario præsente comprobentur.* Sic in veteri inscriptione, *pecunia in fiscis obsignetur*: nempe obsignabatur fiscus in quo erat pecunia reposita: & Theophrast. in charactere diffidentis *ἐν κιβωτίῳ τὴν κιβωτὸν, καὶ εἰ σεσήμανται τὸ χυτρεῦχον,* si arcam clausit, si fiscus est obsignatus: nam *κυνοῦχος* est fiscus, marsupium, follis. 23

Deponebatur deinde obsignata pecunia, publicè, siue in loco publico, ut constat ex omnibus iuribus initio allatis: hoc est in æde sacra, vel ubi iudex deponi iussisset *l. acceptam 19. C. de usur.* nam locus fit etiam iudicis dispositione publicus, id est tutus. De æde sacra habet Vlpian. *in l. 4. §. ult. D. familia ercisc un.* & Caius *l. 5. §. ult. D. eod* & Vlpian. rursum *l. 1. §. 36. D. depositi.* Plaut. *in Aulular. act. 4. sc. 2.* ubi Euclio, aulam auro plenam in fidei fano deponit.

Tu modo cuiquam indicassis aurum meum esse istic fides.
Non metue ne quisquam inueniat, ita probè in latebris situm est.
Ædepol, ne illic pulchram prædam agat, si quis illam inuenit.
Aulam onustam auri, verum id te queso ut prohibessis fides.
Vide fides etiam atque etiam nunc, saluam ut aulam abs te auferam.
Tuæ fidei concredidi aurum in tuo luco, & fano est situm.

Hæc igitur obsignatio, siue ut loquitur *l. 9. C. de solution.* & *l. 7. C. de usur.* consignatio pecuniæ, post oblatam congruo loco & tempore, recusatamque solutionem, eam vim & potestatem habet, quam haberet vera solutio, & licèt non sit vera solutio, vicem tamen solutionis obtinet, tantumdemque prodest, non modò ad sistendum cursum vsurarum *l. acceptam 19. C. de usur.* sed etiam ad inducendam plenissimam debiti liberationem, *l. obsignatione 9. C. de solution.* quæ id manifestum esse dicit, & *l. qui mutuam 56. §. 1. D. mandati.* Papinianus mandati actionem fideiussori pecuniam offerenti, & obsignanti perinde concedit, ac si soluisset, nempe paria ista sunt, soluisse, & ita obsignasse. Et tamen ille fideiussor minori XXV. annis, cui non poterat tuto solui, pecuniam obtulit, & oblatam obsignauit. Ratio verò est, quia non potuit commodius, & expeditius remedium inueniri ad acquirendam debitori liberationem, quoties ex aliqua causa, vel nullomodo propter creditoris absentiam, aut contumaciam, vel non satis tutò debitor soluere poterit *l si reus 73. D. de procurator.* nempe ut loquitur Papinian ob incertum ætatis ac restitutionis, *l si Titius 48. D. de fideiussorib.* quàm ut pecuniam offerat, & oblatam obsignet, atque deponat: non enim stat per debitorem quin pecunia perueniat ad creditorem, eiusque fiat; cur amabò perpetuo suo debito constringetur? 24

stringetur? neque ei per realem solutionem quam actu exhibet, sua vincula licebit excotere, poteritque contumax creditor, aut absens, aut minor, nulla culpa debitoris, illum sibi obæratum & obligatum diutiùs retinere. Quare æquissimè iudicauit Papinian. fideiussorem qui minori X X V. annis pecuniam obtulit, & in publico loco obsignatam deposuit, metu restitutionis in integrum, confestim actione mandati agere posse, *l. fideiussor 64. D. de fideiussor.* hoc est non expectato vt pecunia ad creditorem peruenerit, cum verum sit abesse pecuniam fideiussori, debitori verò liberationem adesse, quamuis creditor adhuc minor recusarit solutionem, & per eum non stet quominus oblatam pecuniam acceptet, nihil siquidem interest an sine causa creditor recuset solutionem, an illi tuto solui non possit: nam fideiussor ius habet se, & debitorem liberandi debito modo, qualis est ista pecuniæ obsignatio, & depositio.

Hac igitur obsignatione & depositione pecuniæ legitima sortis & vsurarum debitor vsurarum cursum sistit, periculum rerum à se depositarum in creditorem suum transfert, pignoratitiam acquirit, & antichresim liberat, *l. 11. & 19. C. de vsur.* & alibi.

25 Quæstio verò magnis contentionibus agitata est, an nuda oblatio pecuniæ recusata à creditore liberet debitorem à solutione, & legitimis vsuris, quæcunque illæ sint, earumque cursum sistat, vt loquuntur, an verò necessaria sit pecuniarum depositio publica, hoc enim postremum docent Negusan. *de pignorib. part. 3. memb. 3.* & alij quos allegat Molinæ. *de vsuris num. 296.* inhisque numerat Bart. Salic. Paul. Curtium, Imolam, Alexand. Alex. Socin. Iason. alij tamen sola nuda oblatione absque depositione pecuniæ contenti sunt, quod quàm æquum, & rationi, atque etiam ipsi iuri consentaneum sit, fusissimè demonstrat idem Molinæ. *n. 296. citato & plurib. seq.* Huic opinioni adhæsit quoque Anton. Faber, *de erroribus pragmaticorum, decade 22. errore 5.* cum ea tamen distinctione, quod obsignatio ritè, & eo quo diximus modo, congruo loco & tempore facta, post oblatam recusatámque solutionem, instar solutionis obtineat, & plenissimè liberet debitorem, quod non facit nuda oblatio, quia cùm nudis verbis constet, & solutio factum ipsum requirat, id est numerationem, non potest dici solutio, prodest tamen ad constituendum in mora creditorem cui offertur pecunia, & ad impediendam moram debitoris pecuniam offerentis, atque adeò & vsurarum cursum sistit, vt iam monuimus, & diximus *in opere de vsuris lib. 2. cap 6. art. 1. n. 16.* Pignoratitiam quoque acquirit *l. si rem 13. §. vlt. D. de pignorat. action.* licèt pignoratitia eam conditionem habeat, si pecunia soluta, aut alteri eo nomine satisfactum, *citata l. si rem, §. omnis.* & *l. acceptam 19. C. de vsuris.* Rationem reddit Molin. & Faber clariùs explicat, quia mora omnis conditionem admixtam habet, hoc est non nisi sub conditione contrahitur, aut impeditur. Inducendæ moræ ea conditio est ex parte debitoris, si oblatam congruo loco & tempore pecuniam creditor sine causa recuset. Impediendæ conditio, si petitam à creditore pecuniam, illam congruo tempore & loco debitor offerat. Ex parte verò creditoris conditio impendeindę moræ est, si oblatam ritè solutionem accipere paratus est, inducendæ verò contraria, si petitam congruo tempore & loco pecuniam debitor sine causa recuset; non recusat autem qui offert. Vides igitur ratione tum creditoris, tum debitoris moram induci, vel impediri per solam oblationem, neque solutionem realem, aut eius loco depositionem & obsignationem requiri: & quamuis contenderes moræ siue inducendæ, siue impediendæ conditionem esse, *si pecunia debita soluatur, aut si non soluatur*, oblatio nihilominus nuda sufficeret ad moram impediendam aut soluendam, quia quoties stat per aduersarium ne conditio impleatur, pro impleta habetur, *l. iure ciuili 24. D. de condit. & demonst.* & *l. iure ciuili 161. D. de regul. iur.* Atqui hoc casu per creditorem solum stat ne fiat solutio, quando debitor illi ritè, & legitimè pecuniam obtulit: oblatio igitur ritè facta constituit creditorem in mora; mora verò creditoris per quam fit ne conditio impleri possit per veram solutionem, efficit vt conditio habeatur pro impleta, id est vt solutio verè facta quoad implementum conditionis moræ existimetur, non tamen vt debitor pro liberato habeatur, quia ius impletæ conditionis, nihil commune habet cum iure acquisitæ liberationis. Implementum siquidem conditionis, eò tantùm pertinet vt agere possit debitor, & cætera facere, quæ posset si impleta esset conditio. Ius verò solutionis, non nisi per veram solutionem acquiritur, aut per eum modum, qui solutionis vicem habere possit, puta per obsignationem, sicut enim obligationes iure ciuili certis tantùm modis contrahuntur, ita non nisi certis modis in eam rem comparatis dissoluuntur, qualis est obsignatio, quæ fictione iuris pro solutione habetur, ne foret in potestate contumacis, & morosi creditoris, facere ne debitor obligationem excutere, & liberare se vnquam posset, vti monebamus initio. Quare Iurisconsulti, quibus locis agunt de mora vel inducenda, vel impedienda, non loquuntur nisi de oblatione: dum verò de obligatione tollenda, vel perimenda disputant obsignationem requirunt, vt *in l. qui Romæ 122. in princ. §. Seia D. de verb. oblig. l. nec creditores 10.* & *l. vlt. C. de pignor. act. l. acceptam 19 de vsur. l. obsignatione 9. C. de solution.*

Non tamen omnium, & quarumcumque vsurarum cursum sisti per nudam oblationem existimat Anton. Faber. *errore 5. citato, num. 10.* & *lib. 1. Coniectur. cap. 1. sub fin.* & alij plerique; distinguunt enim inter vsuras, quæ ex conuentione debentur, & quæ ex mora; nam posteriorum istarum cursum nuda oblatio etiam sine obsignatione sistit, quia & impedit moram ne contrahatur; & contractam purgat, *l. qui decem 72. in princ. D. de solut.* Priorum verò cursum nuda oblatio non prohibet contra quàm velit Molinæ. quoque refert Faber *l. creditor 7. D. de vsur.* vbi agit de debitore vsurario, vt indicaret in debitore non vsurario, id est qui de vsuris non conuenerit, aliud inesse. 26

Dices primò vsuras quas emptor venditori debet propter non solutum pretium ex die, quo res vendita tradita fuit, non inhiberi nisi obsignatione pretij, & non nuda oblatione, licèt venditor incerto hærede & successore decesserit: quod disertè habet Papinian. *in l. cui lis 18. §. 1. D. de vsur.* Et tamen illæ vsuræ non debentur ex conuentione, vt patet, sed ex mora non soluti pretij. Igitur nuda oblatio non sistit cursum vsurarum etiam ex mora debitarum. 27

Resp. cum Antonio Fabro, *errore 5. citato n. 11.* non deberi quidem ex conuentione venditori vsuras non soluti pretij, sed neque debentur ex mora,

sed

sed ex quadam æquitate in vicem compensationis fructuum, quos emptor percepit ex re vendita, alioquin emptor simul rem & pretium haberet, venditor verò & re sua, & eius pretio careret, quod absurdum foret, *l. liberalitatis* 17. *C. de vsur.* & *l. curabit* 5. *C. de action. emp.* Deinde cùm vsuræ, quæ debentur ex mora, debeantur ex conditione, *si sors soluta non fuerit*, vsuræ quæ non debentur ex conditione, non possunt deberi ex mora. Atqui vsuræ de quibus agimus debentur tantùm ex compensatione perceptorum fructuum. Et sanè cùm pretium debeatur, non ex conditione, sed ex obligatione, tamdiu necessariò debetur, quamdiu solutum non fuerit reali solutione, vel pro soluto habitum per obsignationem: quamdiu autem debetur ab eo qui commoda rei sibi venditæ & traditæ percipit, aius sine dubio debebit vsuras, vti diximus. Idémque contingere in lege commissaria demonstrat Faber *loc. cit.* quoties emptor intra diem dictam pretium soluere velit, ne alioquin v. g. fundus inemptus fiat, & venditor illud accipere nolit, vel quia abest, non possit, vt periculum legis commissoriæ vitetur, & fundus maneat emptus, qui alioquin fieret inemptus, non soluto dicta die pretio, non sufficiet illud obtulisse venditori, sed necessaria erit solutio realis, aut in eius locum obsignatio *l. vlt. D. de lege commiss.* quia non potest obligatio venditi perimi sine solutione, aut obsignatione.

28 Dicea secundò *l. tutor pro pupillo* 28. §. 1. *D. de administrat. tut.* Vlpian. ait non sufficere tutori qui post pupilli pubertatem abstinuerat administratione negotiorum ipsius, vt obtulerit pecuniam, quam pupillo debet, ne vsuras debeat, sed requiri prætereà vt pecuniam obsignauerit, & deposuerit in loco tuto: eaqua in re Marcellum qui contrarium, vt *ibid.* refertur, sentiebat, reprehendit, & notat. Falsum igitur est ex Vlpiani mente vsurarum cursum etiam ex mora debitarum prohiberi nuda oblatione, vti Marcellus voluerat.

De horum Iurisconsultorum dissensione magna lis est apud Interpretes. Anton. Faber *errore* 5. *citat. num.* 10. ait in primia variorem, æquioremque esse Marcelli sententiam, nimirum tutorem non debere vsuras præstare ex quo pecuniam obtulit, immò, & iustiùs esse eum per quem non stetit quominus conuentus restitueret tutelam, ad præstationem vsurarum non compelli; alioquin qui post viginti annos tutelam reposceret, etiam vsuras postulare posset, quod iniquum fore nemo negabit. Deindè quæ debentur iudicio tutelæ ex quo finita per pubertatem pupilli tutela, tutor se ab omni administratione abstinuit, non debentur ex conuentione, vt patet, & non nisi propter moram. Denique postularet Vlpian. aliquid impossibile, quia fieri nequit vt tutor pecuniam obsignet qui tutelam nondum restituit; neque enim adhuc sciri potest, quid & quantum debeatur; & obsignatio fieri nequit nisi certæ & exploratæ quantitatis, cùm tamen oblatio esse possit quantitatis etiam incertæ, cùm quis paratum se exhibet ad soluendum quidquid debitum fuerit. Quod verò pertinet ad notam Vlpiani, qua Marcellum reprehendit, illam assumentum esse Triboniani vult, qui & in *l. si reus* 73. *D. de procurat.* addiderit illas voces, *hoc enim fit in pupillaribus pecuniis*: & totam illam legem contra ipsiusmet Pauli mentem corrupetit, vti ostendit idem Faber *lib.* 13. *coniect. cap.* 16. *à num.* 10. Molinæus verò *de vsur. n.* 297. & 298. veram esse Vlpiani notam agnouit, neque tamen cum assertione nostra posita pugnare, quia non statuit regulam communem, neque aliquid principaliter decidit aut disponit, sed notat minus prudens Marcelli iudicium circa casum singularem de quo agebatur, nam neque ipse Marcellus regulam vniuersalem statuit, sed eam potiùs supponit: Quærebatur enim, an tutor qui statim à pubertate pupilli cessauit administrare, & pecuniam, & reliqua præteritæ administrationis obtulit iam puberi, dum deinde post aliquod interuallum rationes discuterentur, iste tutor reliquator, cogatur reddere consuetas pecuniæ tutelaris vsuras, pro illo tempore quo illam apud se habuerat. Respondet Marcellus tutorem illas vsuras non debere propter oblatam pecuniam eiusmodi, quia nimirum ex vniuersali regula oblatio cursum vsurarum sistit, vti diximus hactenus: quare ait; *Iustius sibi videri ex eo tempore non deberi vsuras*; quia per eum non steterat quominus rationes redderet, quo loquendi modo subdubitanter potiùs quàm asseueranter respondit, quia nempe per illam oblationem non videbatur pupillus sufficienter fuisse in mora constitutus, quandoquidem oblatio neque commodè neque sufficienter fieri poterat ante redditas rationes, illæ autem nondum fuerant redditæ. Et sanè eiusmodi oblatio non solum primùm puberi pupillo, sed etiam adulto facta sine curatore elusoria est, & incongrua, quia pendet à redditione rationum, quæ non potest rectè, & legitimè fieri minori, & quamuis liquida foret summa, non poterat tutò offerri minori propter metum restitutionis in integrum, *l.* 1. *C. si aduers. solution.* Neque idcircò tenetur præcisè tutor illi soluere, quo tamen prætextu non licet tutori, vel alij debitori minoris, aut pupilli retinere pecuniam ipsius apud se non solutis vsuris, cogique potest vt consignet, *l. frustra tutores* 2. *C. de administrat. tutor.* Alioqui infidus tutor, & reliquator posset diutiùs pecunia pupillari vti sine vsuris, vbi ipsi illam coram testibus sibi addictis obtulisset, testatique non per se stare quominus conuentus tutelam restituat, hoc est rationes reddat, & reliqua; neque interim curabit pupillo dari curatorem à quo conueniatur, & quem ipse conueniat, sed securus pupillari pecunia fruetur, quod incommodum vt vitarent veteres noluerunt debitores minorum illis ipsis soluere, sed in publico consignare, *l. qui mutuam*, §. 6. §. *si fideiussor. D. mandati*, *l. fideiussor qui minori* 64. *D. de fideiussoribus.* Ex antiquo igitur more voluit Vlpian. hunc tutorem de quo agebat Marcellus, pecuniam minoris obsignare; & in loco tuto deponere, neque esse contentum nuda oblatione, quam non idcircò negat in vniuersum sufficere ad inhibendum cursum vsurarum, atque ad purgandam moram debitoris, & inducendam creditoris; sed in hoc speciali tantùm casu tutoris qui post pubertatem pupilli administrationem dimisit, & obtulit pecuniam, nam prætereà indiget obsignatione & depositione illius ex antiquo more, & iure; quare non aduersatur assertioni nostræ, nimirum oblationem nudam inhibere cursum vsurarum, quæ debentur ex mora, quam eiusmodi oblatio impedit, & contractam purgat, nisi in speciali aliquo casu, ex Iuris dispositione, & antiquis atque receptis moribus.

Dices tertiò si oblatio nuda sine obsignatione sufficeret in iure, sequeretur illum qui fundum vendidisset cum pacto de retrouendendo, quoties pretium offerretur emptori, illéque recusaret, 29

posse

posse post oblatum illud pretium, & recusatum ab emptore simul fundum & consequentes illius fundi fructus reposcere, nam & pretium retinuit cùm emptor oblatum recusarit, & non fuerit depositum, & fructus illi reddi iubentur ex constitutione Alexandri *in l.2.C.de pact.inter emptor. & venditor.* atque ita simul & re, & eius pretio gaudebit, quod iniquissimum foret. Igitur Alexand. in ea constitutione nomine oblationis intelligit eam quæ coniuncta fuerit cum obsignatione & depositione, siue quæ solemni more facta fuerit. Qua simili ratione intelligenda sunt inta cætera quoties oblationi tribuunt illos effectus de quibus egimus, licèt non perpetuò meminerint obsignationis, & depositionis pecuniæ oblatæ.

Resp. cum Anton. Fabro *decade* 22. *errore* 2. non agere eo loco Alexan. de venditione sub pacto de retrouendendo, vti vulgus Pragmaticorum existimat, quibus adhæserat quoque ipse Faber *decade* 10. *err.* 21. sed de alia quadam pactione, qua conuentum erat, vt dum pretium redderetur, fundus quoque restitueretur venditori: duæ siquidem illæ pactiones longè diuersæ sunt, nam pactio de retrouendendo facit quidem vt emptor oblato sibi pretio retrouendere cogatur, non verò vt citra retrouenditionem dominium rei venditæ ad venditorem eo ipso reuertatur. At verò altera illa pactio, qua conuentum est, vt si pretium à venditore restitutum erit, ei vicissim res empta restituatur, est omnino similis illi qua conuenitur, vt reddito pretio, res ipso iure sit inempta, vti contingit in lege commissoria: neque illæ conuentiones nisi verbis discrepant; nam rem venditam restitui citra retrouenditionem, aliud non est, quàm eam haberi pro non vendita, & pro non empta; si enim haberetur adhuc pro vendita, non posset vlla conuentio efficere vt eius dominium rediret ad venditorem sine traditione, neque per ipsam traditionem sine præcedenti retrouenditione *l.nunquam nuda 31.D.de acquir. rer.domin.* Hinc porrò fit vt in pacto de retrouendendo, quamuis offeratur emptori pretium, imò & obsignetur, & deponatur, illudque malè & iniustè recuset emptor, atque adeò constituatur in mora, si tamen reuerà non retrouendit, fructuum illius fundi condemnationem pati non potest, quia illos percipit ex re sua, & nondum reuendita; nam etiam solutio realis & quidquid loco solutionis habetur, non facit vt eo ipso retrouenditio, & retrotraditio sequuta esse censeatur, quia retrouenditio, & retrotraditio est quid facti *l. consilio* 7.§. *vlt. D. de curatorib. furios.* in quo genere neque fictio, neque authoritas iuris efficere potest, vt quod infectum est pro facto, & quod factum est pro infecto habeatur, *l. denique* 19. *D. ex quibus caus. maior. l. in bello* 12.§. *facta. D. de captiu. & postlim.* Debet igitur qui vendit sub pacto de retrouendendo ex venditore fieri emptor, priusquam iudicio empti fructus illos percipere possit. Non fit autem emptor ex venditore, ex eo tantùm quod primus venditor sit in mora retrouendendi in qua constituitur per oblationem pretij, neque interest an ea pecunia fuerit oblata tantùm, an simul obsignata, & deposita. Nam quamuis ea obsignatio habeatur loco solutionis, non tamen faciet retrouenditionem, & retrotraditionem, quæ nihilominus necessaria est, vt venditor fiat emptor ex venditore, & ne ipsa quidem realis solutio id efficiet, nisi sequatur actualis retrouenditio, & retrotraditio; nō agit igitur Alexand. in illa suâ constitutione, de venditione sub pacto de retrouendendo, dum iubet venditori reddi fructus ab emptore post oblatum, & recusatum pretium perceptos. Agit itaque de illa conuentione in qua restituto pretio fundus est restituendus, quam conuentionem dicebamus æquiualere illi qua fundus reddito pretio fit inemptus; hoc enim casu fructus omnes quos ex eo tempore percepit emptor restituendi erunt venditori, vt patet, sunt enim fructus rei quæ non est amplius emptoris, sed venditoris ipsius, resoluta siquidem fuit tota venditio: in illa autem alia conuentione æquiualenti, quia non fit verbis ita præcisis, sed quæ benigniorem pati non possunt interpretationem, vt emptor nihil restituere debeat ex fructibus interim & ante moram perceptis, ea quadam enim æquitate quæ suadet vt qui causa emptionis caruit sua pecunia fructus lucretur, quos toto eo tempore ex re vendita percepit, cùm eos constante venditione, & pretio iam soluto perceperit. Ex quibus omnibus vides oblationem de quâ loquitur Alexand. in sua constitutione, non esse explicandam de oblatione cum obsignatione, & depositione, vti vulgò explicant; sed de nuda oblatione cuius solius meminit Imperator, quæ suo instituto sufficiebat, nam neque ipsa obsignatio sufficeret, si ageret de pacto de retrouendendo, vti illi existimant. Ex quibus tandem vides nihil ex iure contra assertionem à nobis positam obiici posse.

Præter enumeratas liberationum species sunt & aliæ quædam de quibus variis locis agemus, alias dumtaxat enumerabimus impræsentiarum.

Eiusmodi primò est confusio obligationum, 38
v.g. si debitor hæres creditoris extiterit, confusio hæreditatis perimit petitionis actionem, *l.sicut 75.D. de solution.l.Stichum 85.§. aditio, D.eod.l.hæres 21. §. quod si stipulator, D. de fideiussorib.l. qui hominem 34. §. quidam, D. de solution. l. cùm secundum 3.C.de fideicommissis,* quibus locis varia huius confusionis exempla, in quibus debitor hæres creditoris extitit, vti iam diximus, afferuntur. Secundò idem contingit quando ipse creditor hæres debitoris extitit, *l. debitori, C. de pactis.l.vt debitum 5. C. de hæredit. actionib.* Tertiò si creditor fideiussori extiterit hæres; aut fideiussor creditori, sola fideiussoris obligatio tollitur, non liberatur verò reus, *l.71.§. quod si creditor. D.de fideiussoribus.l.hæres 21.§ quod si stipulator. D.eod.l.in omnibus 41.in fine, D. de solutionib.* Quartò si debitor fideiussori hæres extiterit, extinguitur obligatio fideiussoria, *l.si duo 93.§ fin. D.de solution.l.cùm reus 14. D.de fideiussorib.* Quintò si fideiussor debitori hæres extiterit confunditur obligatio fideiussoria, sed non principalis, *l. generaliter 5. D. de fideiussorib. l. si duo 93.§.fin. D.de solut. l.si reus 13. D. de duobus.reis l. fideiussoris 24. C. de fideiussorib.* nisi tamen fideiussor exceptione aliqua tutus sit *l. Stichum 95.D. de solut.* & nisi debitor principalis ei fideiussor successit, teneatur tantùm naturaliter, *l. hæres 21. in fin. D. de fideiussorib. l. 95.§. quod vulgò, D. de solution.* Denique nisi debitor principalis exceptione aliqua personali tutus sit, *citata l. 65. & §. quod vulgò, D. de solution.* Sextò si alter reorum stipulandi alteri hæres extiterit, *l. si duo 93. in princ. D.de solution.l.si reus 13. in fin. D. de duobus reis const.* Septimò non confunditur tamen obligatio, si alter reorum promittendi alteri hæres extiterit, *l. 93.citata, §.fin. & l.13.D.de duob. reis const. & l.5.D.de fideiussorib.* Octauò denique si

fideiussor confideiussori suo hæres extiterit, noo confunditur obligatio, *l. hæres 21. §. non est nouum D. de fideiussorib.*

31 Hæc porrò liberationis species ciuilis est, *l. verborum 107. D. de solut.* sunt tamen aliqoot exceptiones aduersus hanc regulam vniuersalem, v.g. si hæreditas non fuerit adita non fiet illa obligationum confusio, *l. vlt. §. filium, D. de legat. 2. l. filiam 17. D. de auro & argent. legat. l. cùm pater 79. §. cùm pater, in fin. D. de legat. 2.* aut si creditor aduersus hæreditatem sit restitutus: nam *l. cum demum 86. §. fin. D. de adquir. hæred. Pupillis quos placuit oneribus hæreditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet.* Idem contingit quando creditor hæres coactus fuerit hæreditatem restituere *l. Stichum. 95. §. si creditor. D. de solution. l. cum qui 21. §. fin. D. de inofficios. testament. l. si maritus 22. in fin. C. eod.* Si tamen creditori tanquam indigno hæreditas fuerit adempta, hac exceptione non adiuuatur, *l. indigno 8. D. de his quæ vt indignis. Indigno hærede pronunciato adempta hæreditate confusas actiones restitui non oportet, l. hæredem 17. l. cum qui 18. §. bonis, D. eod. l. eius qui, §. fin. D. de iure fisci*: nisi tamen ignorans illud amiserit, *l. hæredem 17. in fin. D. de his quæ vt indignis, & l. propter 21. §. neptis, D. de S. C. Syllanian.* aut si ex fideicommisso creditor restituit alij, *l. deducta 58. D. ad S. C. Trebellian.* actio confusa ex Trebelliano redintegrari non potest, & *l. matrem 80. D. eod.* Sunt & aliæ quædam exceptiones pro ratione hæreditatis, & ipsius aditionis, ex qua sequebatur confusio actionum, & obligationum, nam si hæreditas soluendo non sit, debitum suum petere non prohibetur hæres, *l. scimus 22. §. si verò & ipse, C. de iure deliberandi.* Si vltra dodrantem legatum sit, exhausta hereditate creditor ex legatis debitum suum deducere poterit *l. in ponenda 6 C. ad Falcidiam*, si creditor pro parte dumtaxat debitori hæres extiterit: nam pro reliqua parte pro qua cohæredem habet debitum suum iure postulabit, *l. debitori creditor 50. D. de fideiussorib. l. 1. C. de hæreditariis actionib. l. si adulta 6. C. eod. l. si vxor 7. C. de bonis auct. iud. l. licet 14. C. ad l. falcid. l. si ita quis 135. § ea lege, D. de verb. oblig. l. Lucius 120. in princip. D. de legatis 1.* nisi tamen compensandi animo creditor fuisset à debitore hæres institutus, tunc enim à suo debito petendo deberet abstinere, *l. 120. D. de legat. 1.* & *l. compensandi 6. C. de hæredib. instit.* Præterea si creditor hæres ea conditione cesserit hæreditati, vt possessor ex illa sibi aliisque creditoribus solueret, debitum suum repetet, *l. debitori 7. C. de pactis.*

32 Capitis diminutio liberat debitorem qui hac exceptione defenditur, *l. 2. in princ. D. de capite minutis*, & dabitur actio aduersus eos ad quos bona eiusmodi peruenerunt, cùm nulla restitutionis æquitas sit aduersus eum, qui amissis bonis & ciuitate relictus nudus exulat, inquit *l. tutelas, §. si libertate 4. D. eod.*

Liberatur quoque debitor, si creditor instituta semel actione destitit, eamque remisit, *l. si maritus 15. §. si negauerit, D. ad l. Iuliam de adulter.* vbi fortiùs dicitur, eum qui se negauerit acturum, postea non audiendum, *l. quæritur 14 §. si venditor, D. de ædilitio edicto l. postquam 14. C. de pactis, l. accusationem 6. C. de his qui accusari non possunt, l. 2. D. ad S. C. Turpillian. l. Papinianus 20 §. fin. cum l. sequenti, D. de minorib. XXV. ann.* modò tamen non destiterit animo differendæ tantùm actionis, & non remittendæ, *l. destitisse 10. D. de iudiciis,*

Liberatur denique debitor, si instrumentum, 33
vel chirographum recepit, *l. 2. D. de pactis, l. liberationem 3. §. 1. D. de libertate legata*: nisi tamen cautionem contra creditoris voluntatem receperit, *l. quod debitori 15. & l. pecuniæ 14. C. de solutionib.* aut si procurator chirographa à creditoribus redempta, domino restituerit, per hoc enim non videtur procuratori solutum, vel actio mandati ab eo remissa *l. inquisitio 18. C. de solution.* Huc pertinet chirographum cancellatum, *l. si chirograph. 24. D. de probation.* de quo aliàs.

CAPVT II.

De coactione ad solutionem.

ERTVM omninò est debitorem recusantem debiti solutionem, ad illam compelli posse, alioquin creditor iniuriam, & damnum sibi illatum pati cogeretur; non licet autem illi sibi ipsi ius dicere, & propria authoritate debitum suum recuperare, vti fusè habet Menoch. *tract. de recuperanda possession. remed. 5. num. 48.* nisi in quibusdam casibus, in quibus licita est occulta compensatio; de quibus inferiùs disputabimus: quare si quis debitum suum reluctante debitore subripiat, punietur vel amissione debiti sui, vel alia quapiam pœna iudicis arbitrio, vti habet Menoch. *de arbitrar. cent. 6. casu 516. num. 7.* Videndum igitur nobis quibus legitimis rationibus possit debitor ad soluendum compelli, vbi suæ obligationi satisfacere noluerit: quod hoc capite prosequemur.

ARTICVLVS I.

Quibus modis liceat debitorem ad soluendum vrgere.

Debiti petitio iuridica. 1.
Quomodo in illa procedendum. 2.
Quando liceat agere ad petitionem debiti. 3. 4. 5.
Cæteræ quæstiones remissiuè. 6.

NEmo vnus dubitat posse creditorem vbi debitorem amicè interpellauit & monuit, posse illi vadimonium dicere, vt iudicio se sistat, & damnetur ad solutionem repræsentandam, quā 1

tamen

tamen in actione cauendum est, ne quidpiam iniustè petas, si v. g. scias aliquam partem debiti persolutam esse, quamuis solutionis apocham exhibere nequeat debitor, & instrumento authentico siue syngrapha obligationis totum debitum exprimatur, iniustitiam profectò committis, & si quid vltra debitum accipias à debitore per iudicem damnato id restituere teneatis, quá de re vide Gutier. *lib. 1. practicar. qq. q. 129. n. 3.*

2 Videndum porrò est quomodo in hac iudiciali debiti petitione procedendum sit. Atque in primis quoties vnicum erit debitum, eodemque tempore contractum, debes coram eodem iudice totum petere, non verò vnam partem coram vno, & aliam coram altero: neque licitum est causæ continentiam diuidere, ita Glossa *in cap. fin. vers. per varias literas, de rescript.* & ibi Abbas, aliique contra quosdam, qui tantùm id concedunt in iudiciis delegatis, & non in ordinariis; nam eadem est in vtroque casu ratio, ne fiant fraudes, & dum vnus fortassis iudex absoluet reum à parte debiti petita, alius verò damnat, oriatur magna rerum confusio: quare actiones plurimæ sunt indiuisibiles, & mutatio iudicij passim damnatur, & nequidem licet rem suam alienare iudicij mutandi causâ, *toto titulo de alienatione rei indicij mutand. caus.*

3 Non licet agere petitione debiti quo tempore debitor moribundus est, ex communi DD. cùm in iis angustiis neque ipse debitor, nec eius domestici vel consanguinei vexari debeant; alioquin exactor iste ius & actionem crediti amittit, mulctatur quoque parte bonorum in gratiam hæredum, atque infamia notatur, ex constitutione Iustiniani, *in Authent. item qui, C. de sepulchro violato*: siue *nouella 60. cap. 1.*

4 Non licet etiam debitoris corpus sibi velut in pignus retinere, nec impedire ne sepeliatur, idque prohibet Iustinianus, *Nouell.* 115. vbi refert legem quondam ea de re à se sancitam; *Meminimus*, inquit, *insuper legem à nobis fuisse prolatam, per quam iussimus nulli prorsus esse licentiam corpora defunctorum debiti gratiâ detinere, aut impedimentum eorum facere sepulturæ, nam neque in liberum hominem, neque in eius corpus pignus cadere potest, ex lege qui filios, C. quæ res pignori obligari possint*: quidquid sit de veteri iure Romano hac in parte, de quo diximus *lib. 4. de vsur.* disputantes de pignoribus, & hypothecis: multo minùs igitur licebit cadauer mortui debitoris in pignus detinere, cùm inde creditori nullum accedat commodum, & maximum Reipublicæ præiudicium sequatur ex insepultis cadaueribus, & creditorum inhumanitate, qui etiam in cadauera debitorum sæuiant. Vide Couarr. *lib. 2. variar. cap. 1. num. 10.* Gomez *de contractibus cap. 11. num. 56.* Gutier. *de iurament. confirmator. 2. part. cap. 4. num. 10.* & Menoch. *de arbitrar. centur. 4. casu 387. n. 20.*

5 Non licèt ante nouendium à morte defuncti conuenire in iudicio, aut ad illud quocunque modo, vel debiti, vel alia quacunque ex causa defuncti vocare hæredes, parentes, vxorem, liberos, agnatos, vel fideiussores, vti probat Gutierr. *cap. 4. citat. num. 18. ex Authent. vt cum, de appellat. cognosc. §. sancimus*, quæ est *Nouell.* 115. quod tempus aliqui longiùs extendunt; volunt enim ante illud expletum tempus conficiendi inuentarij non posse creditorem, sicut neque legatarium, & fideicommissarium vexare hæredes defuncti. *ex l. finali, §. donec, C. de iure deliberandi.*

Quibus tamen omnibus tempus agendi non currit, & proinde hæredi nequit ad præscriptionem fauere: verùm illud ius deinde correctum est circa creditorem *Authent. vt cum, de appellation. cognosc. §. sancimus*; quod obseruat Gutierr. *cit. cap. 4. num. 20.*

Cætera quæ spectant ad petitionem istam iudicialem sui debiti, cum consistant in processu, & actione iudiciali instruenda & persequenda, reiicimus ad Pragmaticos, vtpote mirum quantum à nostro instituto aliena, iis quæ ad veterem eruditionem, & iuris intelligentiam faciunt paucis significasse contenti. Cùm verò duplici actione debitum postulari possit, vna qua agitur in personam ipsius debitoris, diciturque condictio, siue etiam condictitia actio, §. 1. *Inst. quibus mod. re contrah.* vbi Imperator ait dari agenti contra eum qui accepit solutionem sibi non debitam, condictitiam actionem propter repetitionem, per errorem soluti: & Vlpian. *in l. 13. §. 2. D. de iureiur.* dixit solum furem condictitia teneri. Altera actio est in rem ipsam debitam quæ petitur, quæ vindicatio dicitur; eo enim nomine appellat omnes actiones in rem Imperator. §. 15. *Inst. de action.* de illis pauca quædam nostro more tradenda sunt. Ordior à condictionibus. 6

ARTICVLVS II.

De condictionibus, & actionibus in personam debitoris.

Quid sit condicere, quid condictio. 1.
Quomodo differat à vadimonio. 2.
Condictionis species. 3.
§. 1. *Condictio certi.*
§. 2. *Condictio incerti.*
§. 3. *Condictio causa dati.*
§. 4. *Condictio ob turpem causam.*
§. 5. *Condictio sine causa.*
§. 6. *Condictio triticaria.*
§. 7. *Condictio furtiua.*
§. 8. *Condictio indebiti.*
§. 9. *Condictiones aliæ.*

CONdicere si propriè loquamur, est simul dicere, vti fit in pactionibus: sic Pompon. *in l. 66. D. de contrah. emption. In vendendo fundo quædam etiamsi non condicantur præstanda sunt.* Hinc factum vt qui ex compacto quidpiam gerunt, siue in lite, siue in alio negotio, condicere dicantur, hoc est mutuo sibi denuntiare diem, locumque rei gerendæ. Et Festus interpretatur condictum, simul dictum, quare condicere, est simul & communi consensu, diem, locumque quo quid fiat constituere. Plaut. *in Curcul. Si status condictus cum hoste intercedit dies, tamen est eundum quò imperant ingratis.* Liu. *lib. 1.* ex Ancij formula. *Quarum litium causarum condixit pater patratus, populi Romani Quiritum, patri patrato priscorum Latinorum*: & denuò Plaut. *in Sticho, act. 3. sc. 1. Eò condicam in symbolum ad cœnam, ac eius conseruum Sagarium Syrum.* Tull. *lib. 1. Epist. famil. ep. 9.* de Crasso agens; *Cum mihi condixisset cœnauit apud me in mei generi Crassipedis hortis.* Suet. in Tiber. *Sexto Claudio libidinoso, ac prodigo seni cœnam ea lege condixit, ne quid ex*

consuetudine immutaret aut demeret. In iure verò condicere, est alicui litem in diem certum denuntiare, siue denuntiando ius suum, aliquid ab alio repetere, *l. 11. D. de reb. credit. Si fugitiuus seruus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? an vindicari nummi possint si extant, aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi quod si sine dolo confunduntur, condici tibi poterunt, l. 11. D. eod. Condici furiosi nomine possit. & l. 13. D. eod. Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quàm eos consumpseris, quod si per partes consumpseris, an per partes condicam, quaerit Papinianus, & ait condicturum, si admonitus alios nummos fuisse, ideo per partes condice, quia nondum totos consumptos compereram.* Condicere igitur est denuntiare, condictio denuntiatio. Hinc condictio ad causam, coenam, symbolum, litem, & in iure condictio est cum denuntiatione alicuius repetitio, atque vt loquitur Festus, est *in diem certum eius rei, de qua agitur denuntiatio, & condicere, dicendo denuntiare:* moris enim fuit vt iudicio à Praetore constituto, diem ex suo commodo litigatores sumerent, quo in iudicium venirent, quod olim quoque obseruauimus *lib. 1. de vsur. cap. 4. art. 1. n.* 1. atque condicebant se iudicio affuturos. Hinc Iustinian. *§. 15. Instit. de actionib.* ait condictionem esse actionem in personam, qua actor intendit dari sibi oportere, sicut & actio in rem appellatur vindicatio. Notat tamen Imperator hanc condictionis acceptionem abusiuam esse, quia cum condicere prisca lingua sit denuntiare, & olim qui aliquem habebat obligatum, antequàm eum conueniret apud iudicem, cogebatur ei denuntiare; licèt eae solemnes denuntiationes ad iudicium aetate Iustiniani obsoleuissent, *l. si quis 6. C. Theod. de denuntiat.* ea tamen actio in personam per quemdam veluti abusum retinuit nomen condictionis & denuntiationis, cuius pro ratione rei quae petitur, variae sunt species, vt condictio ex causa data, ob turpem causam, & scriptura, condictio indebiti, & aliae similes. Cur autem solae actiones in personam condictiones dicerentur, respondet Hotman. *in commentar.* actiones in rem iam suum proprium nomen vindiciarum aut vindicationis habuisse, quoniam in illis necessarium est alterutrum litigatorum esse possessorem, vt obseruat Iustinianus *§ 4. Instit. de interd.* Alterum nomen condictionis quamuis genericum relictum esse actionibus in personam, haec enim duo membra actionis in rem, & in personam diuidunt adaequatè totum genus actionum.

1 Dices hinc sequi vadimonium non differre à condictione, quia vadimonium erat quoque denuntiatio, qui enim litem volebat intendere, aduersario denuntiabat vt in ius veniret, qui si nollet, vel eum cogebat, vel sponsorem accipiebat fore vt constituto die se sisteret; illa denuntiatio, vadatio dicebatur, & qui denuntiabat atque cui denuntiabatur vadari. Cicero *pro Quintio Vadari vis? promittit; in ius vocat, sequitur.* Horat. *satyra* 1.

Ventum erat ad vestae, quarta iam parte diei
Praeterita, & casu tunc respondere vadato
Debebat, quod ni fecisset perdere litem.

Haec enim erat poena deserti vadimonij, vt etiam testatur Sueton. *in Caligula*, vel bona praetoris decreto possidebantur, vt venderentur. Fas erat quoque ei qui aduersarium vadatus erat, si eum latitare animaduertisset, adhibitis atque antestatis testibus in ius rapere. Horat. *satyr. citata* 3.

——*Casu venit obuius illi*
Aduersarius, & quò tu turpissime; magna
Exclamat voce, & licèt antestari, ego verò
Oppono auriculam, rapit in ius, clamor vtrimque.

An fuerit opus praetoris venia ad vadandum, dubium videtur; nam apud Plaut. *in Aulul.* venia illa ad vadandum Miluium postulatur à praetore.

Pulmentum pridem ei eripuit, Miluius
Homo ad praetorem plorabundus deuenit,
Infit ibi postulare, plorans, eiulans,
Vt liceret Miluium vadarier.

Apud eumdem tamen in Persa Leno ex tempore in ius vocatur.

S. *Age ambula in ius Leno.* D. *Quid me in ius vocas?*

S. *Illic dicam apud Praetorem; sed ego in ius voco.* Itaque distinguit Hotman. *in Institut. §. 15. de actionib.* vt in maioribus causis, vel cùm reus ab vrbe abesset, impetranda esset illa venia, & non in caeteris casibus, ex *l. 1. Tab.* Sanè interdum vadimonia à Praetore dilata fuisse constat ex Iuu. *satyra* 3.

Si magna Asyrij cecidit domus, horrida mater
Pullati proceres, differt vadimonia Praetor.

Plin. *lib. 7. cap. 53.* Tull. *in orat. pro Quintio.*

Adibantur vadimonia apud Praetorem, vt colliges ex Agellio *lib. 7.* & aliis. Hotman. vult eo loco obiri solita vadimonia, cùm illud fieret de quo loquitur Vlpian. *l. 1. D. de edendo*; nempe cùm is qui actorus est, producit aduersarium suum ad Praetoris album, & formulam actionis, quia vi statuit, edemonstrat: id enim fieri solitum, vel ex ipsa re existimare licet, vel ex eo quod tractatus de edendo, tractatum de postulando antecedit. Ex his porrò vides quid inter vadimonium & condictionem intersit. Vadimonium siquidem est prima denuntiatio futurae & nondum exortae controuersiae, quod ante iudicium acceptum, litemque contestatam fiebat; condictio verò est denuntiatio committendi iudicij. Vadari est quasi bellum per feciales indicere; condicere verò diem pretij committendi constituere. 3

Condictio igitur in iure, est actio in personam quia actor intendit dari sibi oportere, quomodo definit Iustinian. *§. 15. Inst. de actionib.* suntque plures eius vt dixi species, materiales potiùs quàm formales & Logicae, cùm tamen omnes ad debiti solutionem petendam, vel malè soluti repetitionem spectent, ad hunc tractatum de debitore ad solutionem debiti compellendo iudicis ope pertinent; quare à nobis omitti vix possunt, singulas itaque perstringam. 4

§. I.

De certi condictione.

Condictio certi est actio personalis per quam certum quid, & determinatum petitur; cui opponitur condictio incerti, per eam enim quod incertum est, petitur. Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantum sit, vt aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi modij centum, *l. stipulatio 74. D. de verbor. obligat. & l. certum 6. D. si certum petatur*, id cuius species, vel quantitas aut nomine suo, aut demonstratione, quae vice nominis fungitur, qualis, quanta ue sit ostenditur: v. g. certa pecunia, decem aurei, certus fundus Tusculanus certus homo Stichus, certi generis frumentum, vinum Asiaticum 5

Asiaticum, Formianum, quod certo loco conditum, vulcum, triticum, vinum quod in tali horreo seruatur, & alia eiusmodi, quæ *in citata l. 47. D.de verb. obligat. explicantur*. Deoique certom dicitur quod vndequaque & omni ex parte certum est, nempe non tantùm quod ad ipsius designationem attinet, sed etiam quantum ad æstimationem.

6 Incertum est, quod quale, quantumue sit non apparet, vt si quis fundum aut hominem promittat & stipuletur, siue proprio nomine, aut appellatione, aliaue designatione: qui boni Attici frumenti modios centum promittit, qui vsumfructum, partum ex ancilla, vnam rem ex duabus, vni ex pluribus personis, qui vsuras, qui pœnam stipulatur, & eiusmodi alia, quæ qualia quantaue sint, & cuius existimationis existant incertum est: cùmque ad eam stipulationem agetur, incerti erit condictio. Incertò prætereà est id omne quod licèt habeat certam speciem, æstimationem tamen incertam habet, ac pro temporum, & locorum varietate mutabilem.

7 *Certi condictio*, inquit, Vlpian. *l. 6. D.si certum petat. competit ex omni causa, & obligatione, ex qua certum petitur*. Ex quibos verbis sapienter colligit Anton. Faber, tum *in Comm.* tum *in decade 83. de errorib. pragmatic. err.* 3. contra vulgus interpretum, vnicam esse certi generalem condictionem per quam certum petitor, ex qoacumque causa vel contractu petatur, nollamqoe esse specialem, ne quidem ex mutuo, qoæ est tantòm exemplom generalis condictionis certi, siue ex mutoo, sioe ex quacumque aliâ caosa certum debeator: quare non dicitur generalis ista condictio quòd plures sub se contioeat species; sed quia ad omnes petitiones certi, ex quacumque causa demùm oriaotur, & quidqoid tandem sit illud certum qood petitur, illa ipsa vna extenditor, & sufficit. Et sanè perabsurdum est, quod aliqol volunt hanc condictionem certi generalem, generaliter qooque exerceri, & in iodicium dedoci posse, & quæ habeat medium concludendi diuersum à condictionibus certi specialibus, ita vt qoi agit hac generali condictione certi iotendat ideò tantum sibi dari oportere, quòd certum debeatur, qui verò agit speciali, puta ex mutuo vel stipulatu, ideò tantum quòd res mutuo data, aut in stipulationem deducta fuerit: id, inquam, perabsurdum optimè demoostrat Faber, cùm nulla fingi possit quantumuis generalis actio, quam dum exercetur, oon oporteat tum aduersus aliquam personam, & certam rem dirigi, tum ad specialem aliqoam caosam restringi, cum constare debeat quam causam, quamue rationem babeat. Et sanè qui diceret tantùm se certum condicere, neque exprimeret qua de causa ageret, aut condiceret, non posset reus scire an ipse contendere, ao coocedere petenti deberet, quod ea condictione petit, quam tameo ob caosam qui acturus est, iubetur edere actionem, *l. 1. D.de edendo*; hoc est, perferre & exprimere, vel in libello complecti, & dare. Cùm autem certi cōdictiooem dicimus actionem, tantùm materiam designamus, nempe rem quam petimus, certum quidpiam esse, non significamus nomen vel formam actionis, vel causam eius. Addendum igitor est, nos illud certum petere ex mutuo, ex stipulatu, ex lege Aquilia, & re furtiua, aut quapiam alia huiusmodi causa, alioquin neque edita, neqoe instructa erit actio, neque ex illa condemnatio, vel sententia legitimè & ex iure sequi poterit. Neque enim coodemnabit prætor aliquem quia ab ipso certum petitur, nisi doceatur ipsom debere quod petitur: qoomodo verò constabit ipsom debere nisi simul constet de causa propter quam debet, cùm etiam licet proponeretur promissio per stipulationem facta, atque ageretur ex stipulato, si tamen nulla promissionis causa præcise diceretor, inanis esset actio illa ex stipulatione, aut saltem eliderertur facillimè per exceptionem doli mali, *l. 2. §. circa D. de doli mali exception. l. cùm eum 7. D. de nouat*. Deinde cum ex solemni more actiones non darentur à prætore, nisi post litem contestatam, potuitne illa litis contestatio fieri apud prætorem per solam certi petitionem nulla expressa causa ex qua illud certum qood petebatur, oriebatur? Quomodo verò prætor certam formulam iudici à se dato potuisset præscribere aut factū notare, de quo iudex ex formula expressa nō cognosceret? Hæc igitur condictio certi generalis dicitur quia nascitur ex quacunque causa certum petitur: idcircò Iustinian. *Instit. quibus mod. re contrah. obligat.* dixit ex contractu mutui nasci actionem quæ vocatur condictio, noo dixit autem condictionem specialem certi, immò neque condictionem certi, sed condictionem simpliciter; quia cùm mutui materia non sit sola pecunia numerata, sed omnis res io pondere, mensura, & quantitate consistens, si quis mutuò dedit frumentum, aut oleum, velitque illud sibi reddi, non æstimari ex mutuo, illi non nascitur sola condictio certi, sed etiam triticaria, vt vides: quare dicendum est condictiooes omnes inter se differre ratione solius causæ ex qua debitum quod petitur prouenit, & si debitum certum sit, erit condictio certi, quæ ad omoia certa debita ex quacunque caosa proueniant generaliter extenditur, siue ex illa peculiari causa actiones, & condictiones peculiare sibi nomen sumant, siue illud generale condictionis certi retineant. Denique fatetur ipse Barthol. quem hactenus confutauimus, nullam esse necessitatem inducendæ generalis condictionis certi, cùm illa actio nuoquam competere possit quin aliqua specialis competat. Cur igitur absque necessitate actiones istas multiplicat Barthol. ad quid enim illa generalis actio, si nunquam exerceri potest? ad quid speciales istæ, si generalis æquè sufficiat. Laboratque Barthol. vt non modò necessitatem illius condictionis ostendat, quam tandem nullam esse fatetur, sed neque eius vtilitatem positis aliis certi condictionibus specialibus ostendere satis potest, vti pluribus prosequitur Faber *decade 84. errore* 3. & illom concursum generalis condictionis cum specialibus subtiliter confutat.

Constituta igitur vnica hac generali certi condictione videndum est ex quibus causis, & quando competat hæc actio, quod explicuit Vlpian. *in l. certi condictio 9 D. si certum petat* ait enim primò in vniuersum competere ex omni causa, & omni obligatione ex qua certum petitur. Nomine porrò causę intelligit contractum aut quasi contractum, maleficium, vel quasi maleficium, & quamlibet aliam rem ex qua nascitur obligatio. itaque hoc loco obligatiooem pro effectu causæ illius interpretatur Accurs. Ex quacunque igitur obligatione certum quid debeatur, & ex quacumque causa profecta fuerit einsmodi obligatio, competet actio condictioois certi. 8

Deinde explicat singillarim Vlp. quod vniuersaliùs dixerat. Primò quidē ex quocunque contractu, 9

siue certo siue incerto, certum tamen petatur, competere actionem, modò agatur ad rem tradendam quæ certa sit; conditiones enim omnes ita dantur vt intendat actor sibi dari oportere rem aliquam, hoc est eius in se dominium transferri, vti initio diximus. Cum verò ex omni contractu nascantur obligationes personales, non reales, illæ siquidem ex præsenti tantùm possessione nascuntur *l. non alias 14. §. sed etsi postulatur, D. de iudic.* & *§. 1. Inst. de action.* mirum non est si ex illis condictio aliqua quæ personalis actio est, possit oriri. Nomine verò contractus incerti intelligit Vlpian. contractum innominatum, ex quo potest sine dubio deberi certa res; quod vnum requiritur ad hanc condictionem, sicut etiam ex contractu nominato, atque ex phrasi Vlpiani nasci condictionem incerti nihil vetat, si ex illo vel factum, vel quid incorporale, quod in iure consistat, vel id quod interest, aliúdue incertum debeatur.

10 Secundò obligatio debet esse præsens, neque die, neque conditione suspensa, alioquin ante diem vel conditionem impletam non licebit agere hac certi condictione, & de conditione quidem perspicuum est, cùm omnis actio personalis, qualis est condictio præsupponat obligationem præsentem, qualis non est quæ conditione nondum impleta suspenditur, *l. pecuniam 36. in fin. D. de rebus credit.* quod autem pendet, non est habendum pro eo quod nunc est, *l. in damnum 169. §. 1. D. de regul. iur.* Maior videtur esse difficultas cùm obligatio est in diem, si enim dies certa sit, siue certò ventura, iam debetur & existit obligatio antequam dies venerit, cedit enim dies quamuis nondum aduenerit dies *l. cedere diem 213. D. de verb. sign.* & poterit debitor interim soluere, etiam inuito creditore, & soluendo liberari. Ratio est quia totum illud medium tempus, & diei dilatio datur in fauorem debitoris, vt non possit cogi ad solutionem ante illam diem, non verò, vt non possit soluere si velit, *l. quod certa die 70. D. de solution.*

11 Resp. non posse exigi quod habetur in diem certam quæ nondum aduenit, etiamsi ante eam diem solui possit, etsi enim id debeatur, non tamen ante illam cogitur soluere debitor si nolit: quod si debeatur in diem incertam ante eius aduentum omnino non debetur, quia dies incerta facit conditionem, tum in testamentis, *in l. dies incertus 75. D. de condit. & demonstrat.* tum in contractibus, *l. sub conditione 16. §. 1. D. de condict. indebiti*: quare licèt dies certus non impediat præsentem obligationem, neque eam suspendat, quia non pendet dies qui non potest non venire, eius tamen executionem differt vsque ad tempus dictum, in eoque differt à conditione, & à die incerta, quæ suspendunt obligationem, hincque fit vt creditor in diem certum, licèt iure ipso possit statim agere, cum habeat iam nunc debitorem obligatum præsenti & non suspensa obligatione, quia tamen illa temporis, & diei adiectio ponitur in fauorem debitoris, si ante diem illam agat creditor, non rectè, neque legitimè aget, facietque iniuriam debitori, cui ex ipsa conuentione, aut lege tota illa dilatio concessa est. Non potest igitur illum condicere, & olim eiusmodi creditor causa cadebat, tanquam plus tempore petens, *§. plus autem. Inst. de actionib.* Qui verò creditor est sub die incerta aut conditione, si agat aut condicat debitori, nihil prorsus agit, quia actionem & condictionem euentu tantùm competituram instituit: sapienter igitur dixit Vlpian. non dari condictionem certi, quando obligatio est sub diem aut conditionem ante aduentum diei, aut conditionis, cùm tunc non possit agere, vti ostendimus.

Explicat tertiò Vlpian. *in eadem lege, §. 1.* ex quibus causis hæc certi condictio competat. Primò, ex legati causa, quod tamen est restringendum ad legatum rei alienæ, vel quantitatis certæ, quamuis in genere relictæ, tunc enim tam certa est ea quantitas, quàm si per modum speciei relicta esset, si enim de omni legato intelligeres, cùm legati dominium transeat in legatarium ex veteri prudentia iuris, quasi nunquam factum fuisset hæredis, confunderes vindicationem, quæ domino aduersùs possessorem competit cum certi condictione. 12

Secundò competere potest hæc condictio ex lege Aquilia, quia competit ex quacumque causa certum petitur, siue ex maleficio, siue ex contractu, siue ex quasi contractu, id autem fit cum petitur ex lege Aquilia, siue homo occisus petatur à debitore ipso, qui occidit, siue ad veram æstimationem agatur, quæ fuit mortis tempore, semper certum est pretium, quod est verum, & quod ad certum tempus refertur, *in l. falcidia 60. D. ad l. falcid.* Hæc tamen condictio certi ex lege Aquilia, plurimùm differt ab actione legis Aquiliæ, quæ pœnalis est, & persequitur quanti plurimi res fuit, eo anno retrorsum computato, & crescit per inficiationem *l. 4. C. de lege Aquilia.* Condictio autem nunquam pœnalis est, nec per inficiationem crescit, vt dicemus inferiùs. 13

Tertiò competere potest ex causa furtiua, quoties per eam certum petitur, erit enim simul condictio certi, & furtiua, quamuis vnica re sit condictio, nam etsi quis rem ipsam furtiuam, aut ipsius æstimationem peteret; esset simul condictio furtiua & triticaria, de quâ inferiùs dicemus. 14

Quartò competit ex Senatusconsulto, *cùm alicui fiduciaria hæreditas restituta est*, ille enim condictione quoque agere potest, quia post restitutam hæreditatem ex S. C. Trebelliano, omnes actiones quæ ex defuncto, & in defunctum competebant, & quæ ex lege XII. Tab. translatæ fuerant à defuncto in hæredem, transeunt authoritate Senatusconsulti ab hærede in fideicommissarium siue ciuiles, siue prætoriæ, siue ædilitiæ fuerint, non quidem directæ, illæ enim ab hæredis persona separari nequeunt, sed vtiles, *l. 1. & 2. & 27. §. qui te, D. ad SC. Trebellian.* 15

Quintò si quid vi fluminis in agrum alienum importatum est hac actione condici potest *l. si quis 4. §. fin. D. si certum petatur*: cùm enim ea importata dicantur, quæ eadem manserunt, nec dominum mutauerunt, nihil impedit quominus ea vindicari possint, si à possessoribus aut dominis prædiorum detineantur mala fide: quæ condictio poterit esse furtiua, si quæ importantur, possint esse materia furti quæ sunt ferè mobilia; nam si quid è meo fundo in tuum vi fluminis delatum, si cum tuo fundo coaluerit, & vnitatem cum eius terra fecerit, condici non poterit, neque vindicari, quia per illam alluuionem factum est tuum. 16

Sextò res pignori data, pecunia soluta condici potest, inquit Vlpian. *l. 4. §. 1. D. si certum petat.* quod Accurs. intelligit de condictione furtiua, vultque pignus illud esse quid mobile, quod vbi creditor soluta pecunia tibi deneget, hoc ipso furtum facit, vt contingit in eo qui depositi restitutionem denegat, illo enim ipso instanti se condictione obligat, *l. si quis inficiatur 13. §. 1. D. depositi*; aut si fuerit 17

quidpiam

quidpiam immobile: vult Accurs. esse quidpiam à prædone occupatum aut detentum; alij cùm fateantur etiam rei immobilis pignus esse posse, intelligunt Vlpian. de condictione triticaria, *ex l. 2. D. de condict. tritic.* Verùm lex illa non agit de quolibet malæ fidei possessore aut prædone, sed de eo dumtaxat qui dominum per vim deiecit, cuius sine dubio longè odiosior est causa, sicut & qui rem vi rapuit fur improbior dicitur *l. 2. §. cæterum, D. vi bonor. raptor.* At qui fundum in pignus accepit à debitore, licet soluto debito nolit illum restituere, non dicitur per vim eum occupasse, neque pro violento inuasore habetur, cùm illum à debitore acceperit, in his enim & similibus causis, potiùs inspicitur qua ratione quis possessionem nactus sit, quàm quo iure eam retineat. Cùm igitur non detur condictio triticaria aduersus malæ fidei possessorem fundi, qui prædo violentus non sit, sicut non datur condictio furtiua aduersus alium quàm aduersus furem pro re mobili: quare suspicantur aliqui Iurisconsultum hoc loco explicari posse de condictione sine causa. Verùm nullibi in iure legitur eiusmodi condictionem dari domino, cùm per illam, sicut & per alias actor intendat sibi dari quod petit, hoc est, eius dominium in se transferri oportere; quod fieri nequit, si iam dominus est, cùm non possit fieri magis dominus: quare dicunt alij condici pignus, non vt dominium quod semper mansit apud debitorem, illi restituatur, sed vt sola possessio qua caret ipsi reddatur, cum & aliquod dominium possessionis esse & fingi possit. Condicere quidem rem ipsam, & eius possessionem, diuersa quidem sunt, sicut res & possessio rei differunt, *l. 3. §. vlt. D. vti possid.* non est tamen insolitum in iure rem ad hoc solum condici, vt possessio illius restituatur, nam *in l. indebiti 15. §. sed et si nummi, D. de condictione indebit.* proponuntur duo casus, vnus quo nummi condicuntur, vt eorum possessio restituatur, alius quo possessio sola condicitur, & licet ea condictio solius possessionis restituendæ videatur esse minus propria, eam tamen omnino intelligendam esse hoc loco monet sapienter Anton. Faber, cùm debitor qui rem suam dedit pignori, cuiusque remansit dominus, non possit condicere nisi possessionem illius sibi restitui à creditore, non autem dominium quod iam habet, neque adeò condicere rem ipsam, nisi cùm furtiua esse incipit per denegationem creditoris; tunc enim condictione furtiua poterit agere. Denique intelligi potest Vlpian. de condictione generali, quæ non est iure ciuili inducta, sed iure gentium ex æquitate naturali, per quam possunt condici res omnes ab his qui eas ex non iusta causa possident, quod dicit tum Marcian. *in l. rerum quidem, D. rerum amotar.* tum ipse Vlp. *l. perpetuo 6. D. de condict. ob turp. caus.*

18 Septimò, repetuntur hac condictione fructus ex iniusta causa percepti, hoc est ex aliena re *in l. 4. §. 1. D. si certum petat.* nam si eiusmodi fructus percepti sunt ex re pignorata ante solutum debitum, ex domini voluntate, illos quidem creditor facit suos, sed illos non lucratur, cum in sortem ipsos computare debeat, vti diximus aliàs: illos igitur debitor vbi satisfactum fuerit creditori condicere potest tanquam alienos. Si verò soluto debito percepti sint, creditor non fecit illos suos, poterit illos itaque debitor condicere condictione furtiua. Ponit exemplum Vlpianus de colono qui percepit fructus ex non voluntate domini, hi enim condici possunt.

Octauò denique maximè datur ista condictio certi ex mutuatitia pecunia, vel alia re: ideò Vlpianus agit simul de rebus creditis, etsi certum petatur. Verùm de condictione ista ex ea causa mutui fusiùs pro nostro instituto disputauimus in opere de vsuris *lib. 1. c. 4. art. 1.* Obseruo dumtaxat hoc loco condictionem, non ex eo dici certi quod pro certa re competat, sed quia semper competit ad pecuniam numeratam, quæ cùm numerata sit non potest non esse certa, *l. 1. in princ. D. de condict. tritic.* ideóque dixit Vlpian. *in l. certi condictio 9. D. de reb. credit.* hanc condictionem competere ex omni causa & omni contractu siue incerto, siue certo: licèt enim si vocem incerti contractus propriè accipiamus, & non tantùm pro innominato, vt nuper interpretabamur, & ex contractu incerto non possit dari condictio nisi ad rem incertam, à qua contractus & stipulatio incerta dicuntur, quia tamen tunc non agitur in hac condictione ad rem ipsam consequendam, sed ad eius pretium, quod semper certum est, cùm consistat & repræsentetur in pecunia numerata, condictio certi dicitur: quare qui promisit triticum vel vinum in genere, vel triticum Affricum, aut vinum Campanum bonum, licèt quidpiam incertum promiserit, & contractum incertum fecerit *l. vbi autem 75. §. 1. D. verb. oblig.* conuenietur tamen condictione certi, *l. vinum 22. D. de reb. credit.* & *l. vlt. D. de condict. tritic.* quia per eam actionem conuenitur, non vt præster vinum, & triticum, sed vt lis de vino ipso & tritico contestata tanti æstimetur quanti vinum & triticum fuerit tempore contestationis ita Ant. Fab. *decad. 82. err. 6.* 19

§. II.

Incerti condictio.

OPponitur cõdictioni certi, quia in illa incertum quid petitur, aut rei alicuius æstimatio incerta. Huius condictionis hæ erant formolæ, si pareret Aurelium Licinio stipulanti centum spopondisse, tum Aurelius centum Licinio dare damnatus esto. Si pareret Æmilium Cornelio stipulanti hominem spopondisse, tum quantum ex eo stipulatu, Cornelium dare facere oportebit, tanti Æmilius damnetur. Hæc cõdictio vna est generalis, quæ ad omnes incerti petitiones & actiones pertinet, neque vllas sub se species particulares habet, vti iam diximus de condictione certi, ex quacumque enim causa incertum petatur, per hanc incerti condictionem peti potest. 20

Hinc etiam facilè vides quid hac condictione petatur, aut non petatur; totaque difficultas erit in iudicando an res quæ petitur, certa an incerta sit.

Quæritur in primis, an sit aliqua condictio furtiua incerti, quia Vlpian. *in l. si pignore 22. D. de pignor. action.* ait ex Papiniano; Creditori subrepto pignore, siue ab ipsomet debitore, siue à quopiam extraneo, competere non modò actionem furti aduersus furem, quisquis tandem ille sit, sed etiam condictionem, quæ non potest non esse nisi incerti, cùm sit ad id quod interest creditoris, quod incertum omninò est, vt dicemus inferiùs. Hanc verò condictionem incerti in isto casu, furtiuam esse contendit Cuiacius *ad librum nonum quæstionum Papiniani.* 21

Resp. de huius legis intelligentia, & Vlpiani, ac Papiniani mente dissidium ingens esse inter DD.

quod fusissimè prosequitur Anton. Faber, *decade 81. per sex primos errores.* Duo nobis dicenda sunt, primum est an sit aliqua condictio furtiua incerti, quod hoc loco quærimus. Alterum quænam fuerit sententia veterum illorum Iurisconsultorum Vlpiani & Papiniani *in l. si pignore, cit.*

22 Quoad priorem igitur quæstionem aio cum eodem Fabro *citata decade, err. 4.* & 5. Condictionem furtiuam incerti nullam esse, nam de condictione furtiua certi nullus dubitare potest, cùm Vlpian. *in l. 9. D. de reb. credit.* id diserte affirmet, vbi agit de condictione certi; *Sed ex causa furtiua* inquit, *per hanc actionem condicitur.* Vnde sumitur nostræ assertionis probatio: neque enim id appositè diceret Vlpianus, si æquè daretur condictio furtiua incerti, atque datur certi, cùm fieri nequeat vt eadem condictionis species sit certi & incerti, sicut neque idem certum & incertum esse potest. Atqui condictio furtiua competit præcisè ad dandam rem ipsam furtiuam vel eius æstimationem quanti plurimi, in quo nihil prorsus incerti est: nam quoad rem furtiuam, siue corpus ipsum rei, vt loquitur *l. in re furtiua* 8. *D. de condict. furtiua. In re furtiua condictio ipsorum corporum competit.* statim apparet nullum corpus incertum esse, nec quidquam incertum subtrahi posse, cum furtum sit contrectatio rei alienæ, & interuersio possessionis inuito domino *l. 1. & toto D. de furt.* Contrectari verò nihil potest quod non sit certum, & digito demonstrari valeat, *l. certum 6. D. de reb. credit.* & diximus *initio §. superiori*, neque etiam incertum possideri, aut eius possessio interuerti, *l. locus certus* 16. *D. de adquir. possess.* Cùm igitur condictio furtiua rem ipsam subreptam, aut possessionem interuersam restitui petat, condictio incerti esse nequit. Maior difficultas esse videtur, quando non extante re furtiua, eiusve corpore, quod amplius proinde præstari non potest, agitur per condictionem ad æstimationem. Nam rerum æstimatio incerta est, cùm pro locorum & temporum diuersitate pretia mutentur, & crescant, vel minuantur. Condictio igitur æstimationis rei furtiuæ non amplius extantis erit incerti condictio, cùm æstimatio quæ petitur incerta sit.

23 Resp. primò Vlpianum in primis in *citata l.* in re furtiua, dixisse durare condictionem æstimationis, quando non amplius extante re furtiua, corpus ipsum præstari non potest, si autem perseuerer condictio, eadem omnino est quæ fuerat, & non noua, qualis esset, si cum esset certi condictio, nunc foret incerti.

24 Resp. secundò, & nego omnem æstimationem semper esse infinitam, vel indefinitam, & vagam, atque adeò incertam; nam in primis æstimatio quanti plurimi, certa est ex natura sua, cum contineat eam quantitatem, quæ habet principalem gradum valoris, neque indefinita est. Vnde qui triticum Africum optimum, aut vinum Campanum optimum stipulatus est, non deduxit quidpiam incertum in stipulationem; quia stipulatus est id cuius bonitas principalem gradum bonitatis habeat, & illa optimi *appellatio certi significatiua est*: qui verò stipulatus est tritici Africi boni modios centum, aut vini Campani centùm amphoras, incertum videtur stipulatus, *Quia bono melius inueniri potest, quo fit vt boni appellatio non sit rata rei significatiua*; inquit Vlpian. *l. vbi autem* 75. §. 1. *D. de verbor. obligat.* Quæ omnia notauimus *lib. 3. cap. 2 art* 8. At verò æstimatio rei furtiuæ est æstimatio quanti plurimi *l. in re furtiua, §. 1. D. de condict. furtiua, l. 2. §. quæsitum, D. de priuatis delictis, l. inficiando* 67 *§. infans, D de furtis.* Deinde illa æstimatio quanti plurimi in hoc casu, ita certo tempore, & aliis circumstantiis concluditur, vt non vagetur, neque infinita sit; *Quia non egreditur retrorsum iudicij accipiendi, hoc est litis constata tempus*, vt loquitur Vlpianus *in citata l. 2. D. de delictis priuatis*; ideóque differre ait ab æstimatione quanti plurimi, quæ ex lege Aquilia præstatur, ea enim complectitur quanti eo anno res plurimi fuit, aut si in tertio anno quanti plurimi fuit triginta proximis diebus. Præterea cùm æstimatio si iusta sit respondere debeat rei, cuius est æstimatio, necessariò certam esse oportet æstimationem, quoties id quod æstimatur certum est, & si incertum sit, incerta quoque erit eius æstimatio, vt videmus in æstimatione iactus retis, quia enim incertus ille est, incertam quoque habet æstimationem, *l. si iactum* 12. *D. de act. emp.* & *l. periculi pretium* 5. *D. de nautico fænor.* Idem dicendum est cùm agitur de æstimando incertæ conditionis euentu, *l. 1. C. de pact. l. fideicommisso* 2. *C. de transact. l. si pater puella* 12. *C. de inofficios. testam.* quod non ita tamen intelligas velim, quasi, cùm res incerta in stipulationem, aut conuentionem deducta est, non debeat aut possit fieri certa aliqua æstimatio, immò *incertum illud æstimandum est*, vt dicitur in *citata lege si iactum*, alioquin non posset ferri de ea sententia, quæ sanè non valet si sine certa quantitate proferatur; *l. 3. & passim toto C. de sentent. quæ sine quant. profer.* Quare etiam cùm fit condemnatio alicuius incerti, v. g. eius quod interest, fieri tamen aliquam taxationem oportet, vt certum fiat, quod præstari debebit, quia quod incertum est, præstari non potest, *l. si traditio 4. in fin. C. de action. Empt. iuncta l. 1. C. eod.* ex quibus tandem vides, cùm res furtiua certa sit, eius quoque æstimationem certam esse, ac proinde cùm condictione furtiua agitur ad rei furtiuæ æstimationem quanti plurimi, agi condictione certi, cùm eiusmodi æstimatio certa sit saltem habita relatione ad certum tempus, v. g. litis contestatæ, quod præcedit dationem formulæ, & ideò dicitur tempus accipiendi iudicij *l. 2. §. quæsitum, D. de priuat. delict.*

Quod attinet ad alteram quæstionem de intelligentia *l. si pignore* 22. *D. de pignorat. action.* obserua Vlpianum eo loco circa creditorem, cui *pignus* subreptum est, quærere an cogatur debitor imputare quidquid actione furti perceperit. Respondet verò ex Papiniani sententia distinguendum esse an extraneus quispiam pignus abstulerit, an ipsemet debitor, & si quidem extraneus furtum fecerit, tenebitur debitor imputare debito quidquid actione furti à fure obtinuerit, illud autem est duplum, aut quadruplum, prout furtum manifestum aut non manifestum extiterit, in eoque duplo, aut quadruplo continetur simplum, *l. creditori* 87. *D. de furtis.* Hoc est summa ipsius non debiti sed pignoris, quod semper excedit valorem debiti: alioquin non esset satis cautum creditori, cùm tamen ob eam causam pignus detur, & ab eo accipiatur, *l. si mandat* 59. *§. vlt. D. mandati, l. 4. §. addici, D de fideicom. libertatib.* Ratio verò propter quam creditor teneatur id quod percepit imputare debito, atque actione pignoratitia obligetur præstare & restituere debitori totum illud quod debitum excedit, est quia pignus non datur creditori, vt ex eo lucrum aliquod faciat, cùm illo, inconsulto debitore vti non possit sine furto, 25

lege

lege si pignore 54. De de furt. sed vt ipsi caueatur, ne aliquo casu debiti iacturam patiatur, vti diximus. Vbi igitur creditor vel suum debitum, vel pignus recuperauit, iam totum illius interesse cessat. Non potest igitur aliquid supra debitum ex pignore sapere, aut si quid capiat debito debet imputare.

26 Dices primò si creditoris culpa furtum contingeret, aut neque fur, neque furtum deprehendi posset, aut fur soluendo non esset, totum periculum & damnum illius foret: igitur si quid actione furti creditor consequutus est, id totum illi non debitori cedere debet, nam cuius damnum & periculum est, eius debet esse lucrum, & commodum, *l. secundum naturam 10. D. de regul. iur. l. vni. §. pro secundo, C. de caduc. tollend.*

Resp. creditorem hoc casu damnum passurum ex sua culpa, lucrum verò ex delicto furis, quare ista compensari non debent, cùm poena vnius lucrum alterius esse non debeat, *l. si sequens 25. in princ. D. ad SC. Syllan.*

27 Dices secundò si res locata, aut commodata furto sublata est, datur actio furti commodatario & locatori, contra furem externum ad duplum vel quadruplum consequendum, neque quod ex illa actione perceperint commodanti, aut locatori restituere tenentur, *l. is qui rem 16. D. locati, & l. vlt. §. sed cum in secundam, C. de furt.* Ergò neque creditor pignoratitius restituere debebit debitori quod ex actione furti propter subreptum pignus consequutus fuerat à fure extraneo, cùm creditor melioris multo conditionis esse debeat; cùm verè ex proprio nomine pignus possideat quoad omnia, præterquam ad vsucapionem, *l. seruimonendi 16. D. de vsucap.* cùm commodatarius & locator non propriè possideant, sed sint tantùm in possessione nomine commodantis, & conductoris qui reipsa possident, *l. si quis ante, 10. l. si rem mobilem, 47. D. de adquir. possess. l. malè agitur 2. C. de prascript. 30. vel 40. annor.* Resp. discrimen hoc loco esse inter creditorem pignoratitium, & commodatarium, atque etiam Locatorem, quòd & commodatum & locatio fiant in lucrum & commodum commodatoris, & locatoris, quare per furtum amittunt vsum & commodum rei commodatæ & locatæ; ideóque & proprio nomine, & ad propriam vtilitatem furti agunt. Si igitur aliquid percipiant ex ea actione, non tenebuntur illud restituere rei domino. At verò creditor pignoratitius cùm non accipiat pignus ad illius vsum, aut lucrum capiendum ex eo, sed solùm ad sui debiti securitatem, illique dumtaxat datur actio furti, quia illius interest potiùs pignori incumbere quàm in personam agere; *Inst. de obligat. quæ ex delict.* non autem vt ex ea actione lucrari quidpiam possit supra debitum suum, cùm nihil eius intersit, modò sui debiti quantitatem habeat, vti ceuera habet quando pignus quod æquale est debito, vel etiam illud excedit, recuperat. Si quid igitur supra pignus accipiat, atque ex eo veluti lucratur, imputare debitori cogetur actione pignoratitia, vt aiunt Vlpian. & Papinianus, in lege quam versamus, & colligitur *ex l. creditoris 18. D. de furt.* Denique creditor est dumtaxat procurator debitoris, ratione pignoris, cuius habet solam custodiam, non dominium quod remanet penes debitorem. quare illius magis interest subreptum non fuisse pignus, ideoque si quod ex actione illa furtiua lucrum percipiat creditor, illud imputare debebit debito, alioquin plus reciperet quàm dederit, & lucrum ex debitore perciperet. Vnde plura apud Antonium Fabrum *errore 1. decade 81.*

Aget porrò creditor duplici actione, nempe actione furti & condictione, vt ait Vlpian. *in l. si pignore.* Non exprimit autem, quænam futura sit ista condictio, vti ostendimus. Est igitur condictio incerti, non ad rem ipsam furtiuam, quæ semper certa est, sed ad id quod interest eius qui furtum passus est, *l. & ideo 14. §. vlt. D. de condict. furtiua.* Id verò quod interest semper incertum est, quoniam in facto, non in iure consistit.

Restat tamen quærendum cur Vlpianus dicat 28 id quod ex pignore subrepto à fure externo creditor perceperit, multò magis imputādum esse debito, si cōdictione, nū actione furti id obtinuerit.

Resp. condictionem siue certi siue incerti, etiam ex causa furti, esse totam persequutoriam rei, & nunquam poenalem. At verò actio furti tota poenalis est, quare videbatur non teneri creditorem reddere quod ex actione furti fuerat consequutus, cùm illa poena actori debita esse videri posset: at verò in condictione quæ tota rei persecutoria est, non apparebat ea ratio.

Alter casus propositus ab Vlpiano erat de fur- 29 to pignoris ab ipso debitore facto, an si quid actione furti, vel condictione creditor percepisset, illi id à creditore restituendum esset, & debito imputandum, quod negat Vlpian. ex mente Papiniani quem allegat; sapienter omninò, cùm enim debitor qui suum pignus subripit, verè & propriè furtum committat, *§. vnde constat. Inst. de oblig. quæ ex delict.* & *l. in actione 19. §. pen. & vlt. D. de furt.* eius delictum impunitum esse non oportet, vt tamen esset, si quod furti actione creditori præstitit, totum ab eodem creditore per actionem pignoratitiam reciperet. Quod autem additur ibidem de condictione creditoris aduersùs debitorem furem pignoris, est Triboniani assumentum, vti fusiùs ostendit Faber, *err. 3. & 5. decadis 81.* Cùm eiusmodi condictio incerti, quæ alia hoc loco fingi non potest, non possit dari contra debitorem, cùm non intersit aliud creditoris, quàm vt pignus ad sui debiti securitatem recipiat. Deinde si Vlpian. proposuerat quæstionem de eo quod creditor à debitore fure, siue per actionem furti, siue per condictionem percepisset, an illi restituendum foret? Respondere debuit ad vtramque illius quæstionis partem, quod tamen minimè facit, sed ait dumtaxat, id quod per actionem furti creditor obtinuit, non debere debitori restitui; quod est euidens argumentum in quæstione ista secunda nihil actum fuisse de condictione, quam Tribonianus, aliàs ineptè apposuit.

Quæritur secundò hoc loco an condictio ad id 30 quod interest, sit semper condictio incerti, an verò ad illud quoque possit aliquando dari condictio certi, id enim aliquando placuit Accursio & Bartolo *in l. certi condictio 9. D. de reb. credit.* & *ad l. sed et si 22. §. cùm ner, D. de condict. indebit.* Quos pluribus iure confutat Faber., *errore 4. decade 83.* cùm dari condictionem certi, qua tamen petatur incertum, pugnet in ipsis terminis. Id verò quod interest quidpiam incertum esse nemo dubitat, cum non in iure sed in facto consistat, & non solum quærendum sit, quatenus & quantum intersit; sed etiam vtrum intersit; difficilioresque sint ea in re probationes, nomine enim incerti intelligimus hoc loco id cuius certitudo sciri & constare nobis non potest, siue reuerà existat in rerum natura, siue non. Cùm quale & quantum sit, non appareat.

Deinde

Deinde constat ex toto iure, condictionem incerti nunquam dari, nisi illi cuius interest, neque ad aliud quidquam, quàm ad id quod interest: quod fusissimè & eruditissimè ex variis locis iuris docet Faber *errore citato.* Neque dici potest illud quod interest certum esse, quia per taxationem & definitionem certum fieri potest à iudice.

31 Præterea nemo sapiens affirmet aliquid certum esse, quia fieri potest certum à iudice vel ab alio, eo enim ipso quod fieri possit, nondum est factum, & quamuis aliquid certum dicatur de quo constat, per relationem ad aliquid certum, *l. certum 6. D. de reb. credit.* illa tamen relatio iam certa esse debet & ad rem quæ iam ipsa sit certa in rerum natura, quomodo enim dicetur certum per relationem ad aliquid incertum. Atqui relatio eius, quod interest ad taxationem faciendam à iudice, est relatio ad aliquid incertum, cùm & incertum sit, an taxaturus sit iudex, & omnia futura dicantur incerta in iure, & qualis futura sit illa taxatio, quæ à iudicis arbitrio, momentis probationum, fide testium, & inquisitione *quanti intersit*, pendeat: & denique id totum pluribus ex causis variabile esse, nemo poterit inficiari. Postremò euentum iudiciorum incertum esse fatentur omnes etiam cùm de iure agitur, quod verius est in quæstionibus facti. An verò, & quatenus intersit, quæstio facti est, *l. quatenus 24. D. de regul. iur.*

32 Neque dicas æstimationem cæterarum rerum, licèt à iudice facienda sit, nihilominus certam dici, & per certi condictionem peti posse: cur non igitur id quod interest certum dicetur, licèt à iudice ex variis probationibus definiendum, & æstimandum sit.

Resp. res omnes quæ sua natura certæ sunt, certam quoque natura sua habere æstimationem, quæ neque ex iudicis arbitrio, neque ex hominum voluntate metienda sit, sed ex communi hominum opinione, quæ semper certa hoc loco est, quia non respicit tempus futurum, sed præteritum cuius nulla est incertitudo, *l. pretia rerum 63. D. ad l. falcidiam, l. si seruus 33. D. ad l. Aquiliam.* Itaque pretia rerum definire ex communi opinione, est inspicere quanti res eiusdem naturæ, & conditionis, in iisdemque circumstantiis vendi communiter solitæ sint, in qua æstimatione nihil vt vides variabile est, cùm quæ præterita & facta iam sunt, infecta fieri non possint quacumque hominum voluntate, & opinione; neque adeò incerta haberi: quare licèt æstimatio mercium per peritos & bonos mercatores facienda, incerta esse videatur quia facienda est, & nondum facta, certa tamen reipsa est, cùm facienda sit ex comparatione præteriti temporis, & relatione ad ea quæ iam facta, ideoque certa sunt, & ideò certi condictione peti potest. At verò æstimatio eius quod interest nihil habet vnde certa dici possit ante taxationē, cùm nullis certis finibus circumscribatur, & prorsus pendeat ex facti circumstantiis, quæ nunquam eædem, neque adeò inter se similes sunt, vt ex præteritis taxationibus probatio vlla, imò neque coniectura duci queat, quanti æstimandum sit id quod interest, de quo tunc disputatur. Itaque licèt per sententiam iudicis taxari, definiri, æstimari, & vt loquuntur certificari possit, non tamen per relationem ad illam sententiam certum prudenter dici potest. Vide plura alia hanc in rem apud Fabrum, *errore 2. decade 84.*

§. III.

Condictio causa dati non sequuta.

Sic enim nominanda est ista condictio, non vt 33 vulgò appellatur condictio *causa data*, cùm neque Latinæ linguæ ratio, neque modus loquendi in iure vsurpatus id ferat. Dicitur enim perpetuò condictio mutui, certi, incerti, indebiti, ob turpem causam dati, sine causa dati, per errorem dati, immò & hæc ipsa condictio de qua disputamus, condictio ob rem dati, re non secutâ, *l. si donationis 9. l. si procurator 14. l. vlt. D. de condictione causa dati, l. 1. in fin. D. de rerum permut. l. 5. D. de præscript. verb. l. hoc iure 19. §. vlt. D. de donat.* quamquam inter causam & rem distinguit hac in parte Pompon. *in l. damus 52. D. de condict. indeb.* quia causa respicit præteritum, & res futurum, quare quod ob causam datur, propter causam præteritam datur, ob rem verò, quæ secutura est. Distinguit etiam eodem modo Paul. *l. 1 D. de condict. ob turp. caus.* Non dicitur tantùm hæc condictio causa dati, sed etiam datorum in rubrica Codicis.

Est verò condictio causa dati, causa non secuta, 34 actio naturalis qua id quod ob iustam causam nominatim datum est, nempe vt aliquid detur aut fiat, vel ne detur, & ne fiat, vel si detur aut fiat, vel ex pœnitentia datoris, vel causa non secuta repetitur, qua paulò longiori definitione, totam huius condictionis naturam, materiam, causas, & effectus complexus sum. Atque in primis dixi esse actionem naturalem, quia neque lege vlla, neque SC. neque prætoris edicto comparata est hæc actio, sed à Iurisconsultis propter naturalem æquitatem, *l. 8. §. si quis, D. de transact. l. in summa 65. §. 4. & l. 6. D. condict. indebiti,* quibus locis Paul. & Papinian. dicunt condictionem ex æquo & bono inductam fuisse, nempe cùm ex *l. 12.* Tabul. ex contractu mutui inducta esset condictio, vt creditor quantitatem quam alteri crediderat, recuperare posset, & in pluribus aliis causis, in quibus eadem æquitas obtinebat, non fuissent institutæ similes condictiones. Prætores illâ ipsâ æquitate moti ex causis similibus, similes quoque condictiones dederunt, quas summo consensu Iurisconsulti probarunt; quod enim alterius apud alterum est sine causa, aut ob iniustam causam, id ab eo cuius est, repeti & condici æquum est. Quæ ratio ostendit quidem omnes condictiones esse ex æquitate naturali primùm inductas, sed valet in primis in hac de qua agimus, de datione ob rem futuram, aut implendæ conditionis causa, quæ tamen sequuta & impleta non est, qui enim ita dat contrahit saltem tacitè cum eo qui accipit, *l. iuris gentium 7. §. 1. D. de pactis,* neque dat repetendi animo, sed contrahendi, habetque obligatum aduersarium, vt ex parte sua impleat quod promisit, aut præstet quanti interest datoris non fuisse præstitum, qui proinde aget actione ciuili præscriptis verbis, *l. naturalis, §. 1. D. de præscript. verb.* Itaque condictio qua deinde datum repetitur, non nascitur præcisè ex eo quod initio agebatur, sed ex tacito quodam iure, quod licèt conueniat omnibus condictionibus, *l. si qui 13. D commod.* in his tamen condictionibus in quibus datum repetitur, consulenda fuit priùs æquitas naturalis, quàm ius ciuile. Neque enim permittendum videbatur vt qui suo facto dominium rei suæ transtulerat in alium, contra suum factum veniret, & dari sibi intenderet ab aduersario suo, quod ipse prior aduersario

uerſario dediſſet, nemo verò contra ſuum factum veniet, qooties eiuſmodi factum non eſt à iure reprobatum, *l poſt mortem* 25. *D. de adopt. l. vlt. C. de pactis inter emptor. & vend.* Ea tamen æquitas, quæ omnes vt dixi condictiones, & repetitiones induxit, non patitur vt ex alieoa iactura quis locupletetur *l. iure gentium* 206. *D. de regul. iur. l. nam hoc natura* 14. *D. de condict. indebiti.* Ideo quod ex alieno apud alium ſine cauſa, nulloque iure eſſe comperitur, ex æquo & bono auocandum eſt. Ex ea ſcilicet æquitate, quæ iuris naturalis eſt, & gentium; *l. verum* 25. *D. rerum amotar. l. in ſumma* 65. *§. quod ob rem, D. de condict. indebiti.* Iure igitur hæc actio dicitur naturalis, quamuis enim vbi à Iuriſconſultis recepta fuit, ciuilis quoque dici debeat *ex l.* 2. *§. his legibus, D. de origine iur.* vt tamen ab aliis ciuilibus actionibus, quæque mero iure ciuili inductæ ſunt, illam diſtingueremus, naturalem appellauimus.

35 Dixi per actionem iſtam repeti quod ob iuſtam cauſam datum eſt. Quibus verbis duo requiro. Primò vt illud quod repetitur ob cauſam donatum ſit, eſt enim tacita quædam conuentio, immò & ſynallagma, quo qui accipit obligatur ad id propter quod donatur. Requiro præterea iuſtam cauſam, nam ſi vel oulla fuerit cauſa, vel non iuſta, ſed turpis & inhoneſta, datum repetetur alia condictione, nimirum vel condictione ſine cauſa, vel condictione ob turpem cauſam, de quibus dicemus inferiùs.

36 Dationis præthereà nomine complector donationes omnes quæ ſub modo, onere, & conditione fiunt, niſi impleatur aut conditio, aut modus ponatur, aut onus impoſitum præſtetur, atque adeò ſi cauſa donationis ſequuta non fuerit, erit locus huic condicictioni: quod diſertè affirmat *l.* 2. 3. *& 6. C. de condict. ob cauſ. dator.* iu quam *l.* 2. affert Maynardus Curiæ decretum 20. Maij, ann. 1617. quo donationem quamuis piam cauſa illius non ſecuta declarauit irritam. Neque excipiendæ ſunt donationes cauſa mortis, nam in illis quoque valebit hæc coodictio.

37 Deoique dati nomine ſignifico dominium rei datæ tranſlatum fuiſſe in accipientem, alioquin non daretur condictio, ſed rei vindicatio, vel actio ad exhibendum, vel præſcriptis verbis ad intereſſe, *l. cum ſeruus* 15. *D. de condict. cauſa dati*, cuius eſt hoc thema, cùm tuus ſeruus in furti ſuſpicionem Attio veniſſet, eum illi *dediſti in quæſtionem*, hoc eſt vt quæſtionem de ipſo haberet, ſub ea tamen cauſa vt ſi nihil in eo criminis reperiretur, tibi redderetur; Attius verò oulla quæſtione habita, illum quaſi furti reum, & in facinore deprehenſum præfecto vigilum tradidit, qui per ſummam iniuriam ipſum ſummo ſupplicio affecit. Quæritur autem quænam tibi actio competat aduerſùs Attium; & quidem Pomponius in hac lege tibi concedit condictionem, de qua agimus: Labeo verò quem ibi refert, nec improbat Vlpian. vult agi poſſe ad exhibendum: Proculus diſtinguit, oam ſi eius ſerui dominium in Attium tranſtuleris, & vt ipſe loquitur *eius hominem feceris*, non poſſe te agere ad exhibendum, ſi verò tuus manſerit, quia eius dominium retinuiſti, poteris furti agere: quæ omnes Iuriſconſultorum ſententiæ veræ ſunt, poſita diſtinctione allata, an dominium ſerui tui io Attium, cui illum in quæſtionem dediſti, tranſtuleris, an tibi retinueris: nam in priore caſu ſapienter dixit Pomponius poſſe te agere cum Attio, *dare eum tibi oportere*, hoc eſt condictione, quæ eſt actio qua actor intendit ſibi dari oportere, *§. appellamus, Inſt. de actionib*, quæ condictio erit ex cauſa dati cauſa non ſequuta, quia res ob quam dederas ſeruum Attio nunquam poſita eſt, cùm noo compertum fuerit furtum ab eo commiſſum fuiſſe, illo igitur viuo quæſita tibi fuit coodictio ob rem dati, re non ſequuta, ab eo ſcilicet tempore quo ſeruus deſiit reddi poſſe, & ab ipſo momento quo ſupplicio extremo affici, & mori cœpit; inſtans enim mortis vitæ tribuitur, cùm oemo moriatur mortuus, ſed viuus, *l qui duos* 18. *§.* 1. *D. de manumiſſ. teſtam.* Quæſita verò tibi condictio viueote ſeruo, eius morte intercidere non poteſt, cùm non ſuo facto naturali, ſed facto Attij & eius crimine perierit, cùm enim præfecto vigilum tamquam io crimine deprehenſum tradiderit, cum tu dediſſes Attio in quæſtionem dumtaxat, quod niſi feciſſes, non erat apod te periturus æquè atque apud Attium: ſi verò hæc condictio tibi quæſita non fuiſſet ante mortem ſerui, poſt eius mortem naſci oon potuiſſet, oeque incipere, reſque tota in eum deueniſſet caſum, à quo non potuiſſet actio incipere, *ex l. qui in eum caſum* 6. *D. ad l. Aquil.* cùm homo mortuus in obligationem & actionem deduci non poſſit: quæ omnia ſignificat Pompon. cùm ait te poſſe agere condictione, quia & *ante mortem dare eum tibi oportuerat*, alioquio eo iam mortuo non poſſe niſi ad eius æſtimationem agere, actione præſcriptis verbis, quod vult omninò Papin. *l. ſi dominus* 8. *D. de praeſcript. verb.* vbi domino in eodem caſu dat actionem præſcriptis verbis, & non condictionem, cùm homo mortuus condici oon poſſit, nec oiſi in æſtimatione præſtari. Atque ita Papinian. non diſſentit in ea lege à Pomponio, neque commodiùs conciliari poſſunt, fruſtràque ſe torquent Interpretes, vti fuſiſſimè oſtendit Faber, *decade* 83, *errore* 5. & 6

Venio ad Labeonem qui concedebat hoc caſu 38
actionem ad exhibendum; verùm id voluit tantùm ſi dominium ſerui tui non tranſtuleris in Attium, tunc enim competere tibi condictio non poteſt, quia nemo condictione tenetur, niſi qui dare poſſit, hoc eſt dominium transferre, quod non poteſt, qui illud non habet, Attius autem ſerui tui dominus non eſt. Danda igitur tibi eſſet vindicatio, ſi ſeruus adhuc extaret, quo perempto non alia tibi ſupereſt actio, quàm ad exhibendum, quæ præparatoria vindicationis eſt. *l.* 1. *D. ad exhibend.* Neque putauit Labeo condictionem ſimul cum actione ad exhibendum hoc caſu concurrere poſſe; non datur enim niſi propter vindicationes, aliáſque actiones, in quibus de poſſeſſione quæritur, quia non poteſt res poſſideri oiſi quæ ſit præſens, *l. hac ſi res* 47. *D. de rei vindicat.* In omnibus autem condictionibus de dominio quæritur, non de poſſeſſione, *§. appellamus, & §. ſic itaque, Inſt. de actionib.* non autem poteſt teneri ad exhibendum is qui condictione aliqua tenetur, ſi furtiuam excipias de qua inferiùs, quia fur tenetur vindicatione, tanquam poſſeſſor, ſiue poſſideat, ſiue dolo malo deſierit poſſidere.

Venio ad Proculum qui tibi actionem furti ad- 39
uerſus Attium concedit, ſi tuum ſeruum hominem eius non feceris, hoc eſt illius dominium noo ipſi dederis, ſapienter omnino, quia cùm tuum ſeruum te ignorante caſtigandum Præfecto vigilum tradiderit quaſi in furto deprehenſum, re aliena vſus eſt inuito domino, furtum tibi fecit, & tantam iniuriam irrogauit, vt licèt ſeruus non periiſſet, ioiuriarum tamen actiooe tibi teneretur Attius

lege

lege sed si vnius 17. §. 1. *D. de iniuriis.*

40 Reliquis verbis allatæ nuper definitionis expono causas propter quas datum fuerat quod ista condictione repetitur; eæ porrò tres sunt, prima vt detur, vel fiat; secunda ne detur, vel fiat, tertia, si detur vel fiat Duæ priores causæ continent modum qui solet coocipi per *vt*, & *ne*; postrema, conditionem exprimit per *si*, quod in iure vulgatom est. Ex quibus vides has cooventiones similes esse cootractibus innominatis, *do vt des*, *aut facias, facio vt des, aut facias*, vt obseruat Paul. *in l.5. D. de præscript. verb.* Cauendum tamen est, ne in hac conuentiooe, *do vt des*, sit contractus emptionis, vel permutationis, & cùm *do vt facias* sit, locatio. Et quidem vel datur pecunia vt res accipiatur, vel datur res ad habendam aliam rem: si primum fiat, erit venditio, datur siquidem pecunia vt pretium rei accipiendæ, & quam venditor qui pecuniam & pretium accipit tradere tenetur, nondum tamen necessariò tradit, neque dat, eaque est venditionis natura, *l. 1. l. ex empto* 11. §. 1. *D. de action. empt. l. 1. D. de permut.* non verò obligatur ad dandum, hoc est ad dominium rei venditæ transferendum in emptorem, vti aliàs diximos, ex *l. si non distrahatur* 25. §. 1. *D. de contrah. empt.* quamois venditio esse non possit, si id actum sit vt dominiom in emptorem non transferatur, *ex l. penult.* § 1. *D. eod.* quod aliàs qooque nos obseruaoimus. Dum verò do rem vt rem accipiam, noo est quidem venditio, sed permotatio, inchoata tamen dumtaxat, sicque interpretor Paul. *in citata lege naturalis*, §. 1. *D. de præscriptis verbis*: neque enim potest esse permutatio perfecta, quia permutatio est contractus, non *do vt des*, sed *quia dedisti*: quare est tantùm velut executio contractus, *do vt des*, non enim permutatio facta videri potest, quoosque ex vtraque parte impleta fuerit, quod nomen ipsum indicat, licèt præcesserit pactum de permutando, id enim in omni permotatione præcedere debet, vt sciatur qua mente datom sit, an animo contrahendæ permutationis, an animo dandi vt des. Differentia prætereà apparet quia in contractu innominato, *do vt des*, prima datione totus contractus statim perficitur; cùm enim accipis quod tibi do vt mihi des, eo ipso te obligas ad dandum mihi, quod ego te dare volui, cùm tibi dedi, idque adeò verum esse existimauit Bartol. vt velit te hoc ipso in mora constitui etiam nulla interpellatione præcedente, licèt contra communem regulam *l. mora* 32. *D. de vsur. l. Titia Seio* 87. §. *vsuras*, *D. de legat.* 2. & difficile omninò sit eodem instanti eomdem in obligatione & in mora simul constitoi, *l. promissor* 21. §. 1. *D. de pecunia constit.* Vides igitur tom ex his, tum ex aliis qoæ libro superiore fusiùs diximus, contractum venditionis, permutationis, & contractum innominatum *do vt des*, inter sese differre. Ex istis porrò tribus contractibus qui licèt plurimùm inter se similes, diuersi tameo sunt, primus est nominatus, duo posteriores innominati, nam permutatiooem innominatum contractum diximus aliàs cum Antonio Fabro, *in l. 1. D. de permutat.* & alibi sæpiùs; & inde diuersæ oriuntur actiones, atque diuerso modo: nam in emptione datur actio ex empto aduersus venditorem ad id omne quod emptoris interest, si venditor nolit rem tradere, *l. 1. l. ex empto* 11. §. 1. *D. de action. empt. l. si in venditione* 60. *l. l. euicta* 70. *D. de euict.* Non permittitur autem emptori pretium quod dedit, etiamsi id mallet, reuetere *l. ea conditione* 14. *C. de rescind. vendit. l. incivile* 12. *C. de rei vindic.* In permutatione qoi ex sua parte contractum compleoit eligere potest, an malit rem quam dedit repetere, quod faciet condictione ob rem dati re non sequuta, an verò agere velit præscriptis verbis ad id qnod interest, siue res ea altera parte permotata euicta sit, siue alter contrahentium nolit rem tradere, cùm ab alio rem acceperit, quod affirmat Paul. *in l. naturalis* 5. § 1. *D. de præscript. verb.* qui secum ipse non pugoat, *in l. 1. D. de permutat.* dum scripsit; *Non in hoc agimus quod interest nostra rem illam accepisse de qua conuenit, sed vt res nostra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.* Id est, quaodo non agimus ad hoc quod nostra interest rem illam non accepisse, sed illam ipsam rem quam dedimus repetimus, agemus condictione; si verò agamus ad id tantum qnod interest, præscriptis verbis agemus. Et sanè vtramqne illam actionem nempe condictionis causa dati, & præscriptis verbis, nasci ex hoc contractu constat tum ex ipso Paulo, tum *ex l. cum precibus* 4. *l. rebus* 6. *C. de rerum permutat.* & *ex* §. *actionum*, *Instit. de action.* certum est. Qoamuis enim permutationis contractus nullus sit ante rem vtrimqoe traditam, & sit tantùm placitum permutandi, & ex contractu nondum perfecto, & absoluto agi non possit, nullaque proinde ciuilis actio possit oriri, & nequidem actio præscriptis verbis ad id quod interest ex permutatione tantùm inchoata, & non perfecta, sed prorsus nulla; neque ex placito permutandi, nisi mutua traditione habuerit effectum, vt de placito diuisionis scribitur, *in l. diuisionis* 45. *D. de pactis*, & de placito permutandi dicitur *l. 3. & 4. C. de rerum permutat.* Nihilominus verè dixit Paul. *in l. 1. D. de rerum permutat.* permutatio ex re tradita initium obligationis præbet, quia qui ea causa permutationis rem ab alio accipit, hoc ipso incipit se obligare, non quidem alia actione, quæ ex placito permutandi, vel ex contractu ipso noodum perfecto nasci præcisè possit ad id quod interest, sed vt exinde teneatur id quod accepit reddere condictitia actione, nisi malit rem quam dare debuit, præstare; parit enim illa obligatio condictionem non tam ex vi & potestate contractos, quem nondum perfectum esse diximus, quàm ex illa generali æquitate naturali, quæ condictiones omnes induxit, & quæ non patitur hoc caso, vt quod ego tibi dedi, vt vicissim aliquid mihi dares, *apud te* remaneat, si non des mihi quod dare debebas, *l. vlt. D. de condict. causa dati*, *l. 1.* §. *sed si ob causam*, & *l. nihil refert* 4 D. *de condict. sine causa.* Actio verò præscriptis verbis ad quanti interest conceditur, *l. cum precib. C. de rerum permutat.* ita vt in potestate & arbitrio actoris sit vel suum repetere, vel ad id quod interest agere, vti iam diximus.

Contractus *do vt des*, à permotatione differt 41
quòd statim prima datione perficiatur, vt dixi, neque pendeat ab vllo pacto permotandi quod præcesserit, sed à datione prima per quam fit, vt qui prior accipit, se obliget, non pacto nudo sed iosto contractu innominato, ad dandum vicissim id qnod accipiendo rem datoris, promisit se datorum, quæ promissio cùm acceptione vestiatur, non potest dici nudum pactum, *l. si Dominus* 8. *D. de præscript. verb* & *l. vlt. C. de rerum permutat.* Quod si malis hanc conuentionem pactum quàm contractum nominare, cùm illud fuerit appositum à datore in datione, & traditione rei suæ, seruandum omninò erit, *l. in traditionib.* 48. D. *de pactis.* Ex hoc igitur siue pacto non nudo, sed vestito, siue

siue contractu *do vt des*, nasci statim actionem certum est; ea verò duplex est, nimirum actio præscriptis verbis, vt dicitur, *l. naturalis 5. §. 1. D. de præscript. verb.* ad id quod interest; quæ tamen non est eadem cum ea quæ nascitur ex permutatione etiam perfecta, sed diuersa; prior enim illa est stricti iuris; ista verò bonæ fidei; *§. actionum, Inst. de actionib.* vnde vlterius ostenditur diuersitas contractus; *do vt des*, à permutatione, cùm fieri nequeat vt vnus & idem contractus producat duas actiones præscriptis verbis, quarum vna sit bonæ fidei, altera stricti iuris. In hac porrò actione præscriptis verbis ex contractu, *do vt des*, tanti lis æstimatur, quanti actoris interest, cum in cæteris actionibus stricti iuris; quæ ad dandum competunt, tanti dumtaxat lis æstimetur quanti ea res est, aut fuit quæ debetur, non quanti interest, *l. vlt. & penult. D. de condict. triticar. l. vinum 22. D. de rebus credit. l. 3. §. in hac, D. commodati, l. hominem 37. D. mand.* Ratio est quia intolerabilis videtur perfidia illius qui cum ab alio acceperit vt daret, attamen postquam accepit, non vult dare, æquum enim foret dari in eum actionem de dolo, nisi id impediret quod alia actio competit, qua competente cessat actio de dolo, *l. 1. §. ait prætor, D. de dolo*: tamen ex contractu, *do vt des*, lis æstimanda est quanti actoris interest, quia licèt non sit actio de dolo, datur tamen propter dolum qui ex contractu, reique persecutione descendit, *l. si hominem 7. §. 1. D. depositi.*

42 Præter hanc actionem præscriptis verbis ex contractu, *do vt des*, quæ datur aduersùs eum qui postquam accepit, non vult dare; datur condictio per quam repetat id quod dedit, si ita velit, vt constat ex hactenus dictis, *hoc §.* quæ inutilis non est, licèt ex priori illa actor consequi possit quidquid eius interest, vt modò diximus: non modò quia prior nascitur ex contractu, & ex eo quod inter contrahentes actum est ad omne id quod actoris interest. Condictio verò nascitur tantùm ex æquitate negotij, & extra id quod actum est, vti sæpiùs monuimus. Sed quia nonnumquam qui rem suam dedit, existimat sibi melius esse suam repetere, quàm agere ad id quod interest, quod fieri non potest nisi per condictionem ex contractu innominato in quo vt dicam inferiùs, est locus pœnitentiæ. Deinde aliquando nihil interest eius qui dedit, nisi vt rem suam recipiat, aut si quid præterea intersit, id probari non possit, aut timet ne minus quàm sit æstimetur: denique nihil prohibet ex vno, eodemque negotio plures actiones competere modo ad diuersa tendant, & actor habeat arbitrium eligendi quam voluerit ex illis, *l. quod in herede 9 § eligere, D. de tribut. action. l. cùm filius 72. §. variis, D de legat. 2.*

43 Hactenus hanc condictionem causa dati non sequuta distinximus ab actione quæ ex permutatione, aut ex empto sequitur, restat vt illam distinguamus ab actione ex locato, quando repeto quod dedi vt facias, in quo videtur esse contractus locationis, sicut quando do vt des, videtur esse contractus venditionis, vel permutationis. Quoties igitur do vt facias, & repeto quod dedi, quia non fecisti, quænam competat actio an ex locato, an condictio causa dati, aut alia quæpiam, explicat Paul. *in citata l. naturalis 5. §. 2. D. de præscrips. verb.* Distinguit igitur circa contractum innominatum, *do vt facias*, an tale sit factum illud de quo conuenimus quod locari soleat, an verò non soleat locari: deindè an si locari soleat, data sit pro illo faciendo pecunia, aut quæpiam alia res, nam si pecunia data sit, erit locatio quæ maximè consistit ex mercede, quoties illa datur in pecunia numerata, *l. si tibi 22. D. de præscript. verb. l. 2. D. locati, l. 1. §. si quis seruum 9. D. depositi.* Si verò quæpiam alia res quàm pecunia data sit, non poterit esse locatio, sed erit contractus innominatus, ex quo dabitur ciuilis actio præscriptis verbis ad id quod interest factum esse, quod fieri debuit, neque factum est, sicut superius diximus ex contractu, *do vt des*, competere ciuilem actionem præscriptis verbis ad id omne quod actoris interest, rem illam habere de qua conuenit; estque de natura omnium obligationum faciendi, vt in vicem obligationis faciendi succedat præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13. in fin. D. de re iudicata.* Si tamen malit quis condicere rem à se datam, quàm quod interest persequi, audiendus erit. In actoris igitur arbitrio fuerit, an datum à se malit condicere, aut ad id quod sua interest agere: duplex igitur illa actio competit alternatiuè actori, nempe vel actio præscriptis verbis ad id quod interest, vel condictio ad dati repetitionem, vt ait Paul. hoc loco, dum negat actionẽ præscriptis verbis dari ad repetendum id quod datum fuit, sed dumtaxat ad consequendum id quod interest, cui non satis consentit *l. cum precibus 4. C. de rerum permutat.* quam antinomiam difficilè explicant DD.

Tota verò difficultas hoc loco erit in dignoscendis iis factis quæ locari solent, ab iis quæ non solent, vt vlterius cognoscamus an locatio celebrata sit, an verò contractus innominatus *do vt facias*, licèt numerata sit pecunia, quia vt sit locatio, non sufficit dari, & numerari pecuniam ad aliquid faciendum, sed prætereà necessarium est, vt illud factum locari soleat. Dicunt vulgò ea facta locari solere, quæ habent tractum successiuum, vt tabulam pingere, monumentum extruere, aliáue similia, non autem illa quæ habent factum momentaneum, & ius aliquod admixtum, vt seruum manumittere, aut vendere, & denique dignoscendi sunt contractus innominati, sicut & nominati ex modo ineundi, & non ex modo implendi, si igitur dederim tibi pecuniam vt aliquid faceres, quod locari non solet: v.g. seruum manumitteres, non erit locatio, quamuis pecunia interuenerit, cum non sit subiectum habile ad locationem, & factum illud locari non soleat. Erit itaque contractus innominatus, *do vt facias*, quod si non feceris, & seruum non manumiseris, non dabitur mihi actio locati, sed præscriptis verbis ad id quod mea interest seruum fuisse manumissum, & prætereà condictio ad repetendam pecuniam quam dedi, sicut si tibi dedissem Stichum, vt pro me Romam ires, aut mihi tabulam pingeres, quo casu non esset locatio, quia res non pecunia in facti mercedem data fuisset. 44

Dices seruum ita datum, vt intra certum tempus, & prædefinitum manumittatur, si intra illud tempus manumissus non fuerit, aut si nullum definitum tempus fuerit, tantumque transierit, vt amplius manumitti non possit, ipso iure liberum esse ex constitutione diui Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum *lege si is qui 4. C. si mancipium ita fuerit alienat.* Ergo nulla condictio competere poterit eius serui

nomine qui iam liber est, contra quàm affirmet Paulus, *in l. naturalis 5. §. 2.* quem versamus hoc loco.

45 Resp. constitutionem illam loqui de seruo qui à suo domino traditus fuit alij vt ab eo manumitteretur, qui si non manumittatur definito tempore. modo explicato, fiet ipso iure liber, quare repeti & condici non poterit. At verò Paulus agit de seruo qui non fuit proprius eius qui cum domino conuenit, vt ab illo manumitteretur, eamque ob causam illi pecuniam, vel aliquam speciem dedit. qui si non manumittat, condici poterit quod illi datum fuerat, vt seruum illum manumitteret, vel præscriptis verbis agi ad id quod interest actoris seruum fuisse manumissum, vt diximus. Alia plura circa hanc condictitiam actionem, in casibus in quibus potest etiam dari actio ciuilis præscriptis verbis ad id quod interest, vide apud Antonium Fabrum, *in l. naturalis 5. & sequentib. D. de præscriptis verb.*

46 Non tantùm porrò datur aliquid vt quidpiam detur aut fiat, sed etiam ne quid detur aut fiat, vt ne eatur ad iudicem. Quæritur verò an detur in illis condictioni locus. Distinguit Vlpian. *in l. dedi tibi 3. D. de condict. causa dati*, duobus modis in hoc casu quidpiam dari posse. Primò, ne ad iudicem eatur, secundò vt repromittatur non iri: primo modo cessare condictionem, secundo modo locum illi esse si non repromittatur non iri ad iudicem. Ratio est quia plurimum interest an tibi dederim pecuniam, vt aliquid faceres, aut ne faceres, nam in priori casu non impleuisti conditionem, & contractum illum innominatum donec feceris: quare toto illo tempore est locus mihi pœnitentiæ, vt dicam inferius, ac proindè vbi me pœnitebit, condictioni. In posteriore casu imples conditionem, & contractum cum nihil facis. & quamdiu nihil facis, licèt possis adhuc facere si velis, & tamdiu non potest esse locus condictioni, quia contractus habet complementum suum, & effectum, mihique tantùm remanet ius quandocumque ibis ad iudicem, condicendi. Idem dicendum asserit Vlpian. *citata l. §. 1.* si dedero ne Stichum manumittas: nam si dederim solùm pecuniam vt non manumittas cessat condictio, quamdiu non manumittitur. Si dedi vt mihi repromittas te non manumissurum, si non repromittatur, condici poterit, & erit locus pœnitentiæ.

47 Ex his igitur omnibus vides dari condictionem causa dati, causa non secuta, vti hactenus explicuimus, & constat ex toto titulo de condictione: quare si titulo liberalitatis res tuas in sponsam conferendo, certam dixisti legem, cui illa cum posset non paruit, conuenire poteris successores ipsius de repetendis quæ dederas. *l. dictam 8. C. de condict. ob causam.* Pecuniam aduocationis causâ datam, si per eos qui susceperunt stetit quominus fidem datam implerent, restitui conuenit, *l. vlt. C. eod.* Si pater tuus ea lege dedit sorori tuæ prædia, cæteráque donauit vt creditoribus satisfaceret, & si placita obseruata non essent, donatio solueretur, eáque contra fidem negotij versata est, competet condictio ad rerum donatarum repetitionem, *l. 2. C. eod.* alia exempla dantur, *l. ea lege 3. l. cùm ancillam 6. l. si liber 9. C. eod.* Donator qui donationem causâ mortis fecerat, & conualuit, condicit fructus quoque, partus ancillarum, & quidquid accreuit rei donatæ, *l. cùm quis 12. D. de condict. causa dati.* Vide, *& l. si heres 11. & l. si procuratori 14. §. quod si dominus*, & *legem vlt. D. eodem.*

Hinc si non est numeratum, quod velut accepturum te sumpsisse scripsisti, & nondum elapsum est tempus statutum, vel infra hanc diem habitam contestationem monstras reddi, cautionem postulare potes, *l. si non 4. C. de condict. ex lege*, si quis accepto tulerit debitori suo, cum conueniret vt expromissorem daret, nec ille det, potest condici ei qui accepto sit liberatus, *l. si quis 4. D. de cond. causa dati.* Simile quid de nuptura, quæ pecuniam accepto tulit, nuptiis deindè non sequutis *l. si mulier 10. C. eod. tit.* habetur. 48

Causa porrò ob quam aliquid datur potest non sequi, siue non poni pluribus modis, iure nimirum, culpa accipientis, voluntate alterius, & casu fortuito: quare quæri potest an quocumque ex illis modis causa dati non sequuta fuerit, datum repeti, & condici valeat.

Iure quidem cessat causa, quando illud ad quod aliquid datur, iure nullum, & inualidum est, vt si quid detur spe matrimonij, quod tamen iure non consistit, & in eo quidem casu si causa non ponatur, datur repetitio, & condictio dati. Quædam auunculo nuptura dotem ei dedit, neque nupsit, illi condictionem sine causa concedit Papinian. *l. auunculo 5. D. de condict. sine causa*, quia causa proxima dotis dandæ fuit matrimonium, quamuis illud impossibile fuerit iuris impossibilitate, & non nisi illicitè contrahi potuerit, matrimonium autem sequutum non fuit: an verò idem dicendum sit si mulier, neque ius, neque factum ignorarit, & secutum fuerit illicitum illud matrimonium, & caduca fuit dos, disputat Antonius Faber, *in l. 5. citatam*, vbi *§. 1.* ponitur similis casus de nouerca, quæ priuigno, & nuru, quæ socero, pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit, quibus condictio competit, cùm nulla fuerit causa dotis dandæ. Similiter si militi datum sit, vt procuratoris munere fungatur, quod iure non licet, causa non sequuta, condictio dati competit, *l. 5. C. de condiction. dator. causa.* Immò videtur iure impeditam rei consequutionem quæ facto quidem sequuta est, sed iure non constat; veluti si pecunia data sit ab homine libero, vt manumitteretur, & manumissus est, competeret manumisso pecuniæ datæ repetitio, & condictio, ex Iuliano, refertque Neratius Paridem Pantomimum à Domitia Neronis filia decem quæ ei pro libertate dederat, repetisse per iudicem *l. 3. §. si liber*, & *§. Neratius, D. de condict. causa dati*, quia in his verum est causam ob quam pecunia data fuit secutam non esse, quia neque sequi potuit, causa enim eius est consecutio libertatis, siue datio libertatis per manumissionem. Atqui liber homo, licèt seruum esse se existimet, & seruiat, non minus tamen est liber, neque magis fieri liber per manumissionem potest, & manumissio nulla omnino est, vbi nulla est datio libertatis; quare licèt in casu posito iste fuerit manumissus, non dicitur tamen verè causam dati fuisse positam, ac proinde locum omnino esse condictioni dati. Obseruat tamen Anton. Faber, *in hunc §. si liber homo*, cùm Vlpianus vult concedi repetitionem pecuniæ ab eo datæ, qui cùm liber esset, seruus credebatur, id intelligendum esse de pecunia quæ non sit ex peculio, quod ad ipsum bonæ fidei possessorem pertinebat, eo enim casu nulla posset esse repetitio ab eo qui suam pecuniam accepisset. 49

accepisset. Hinc tamen colligit quod modò significabamus, si causa propter quam datum est aliquid, sequatur de facto tantum, non etiam de iure, competere repetitionem, neque distinguendum esse, an sciens, an ignorans quis acceperit; nisi quod id verius est in eo qui mala fide accepit: sciens v. g. eum à quo accepit pecuniam vt ipsum manumitteret, liberum esse. Denique nihil omninò refert in hoc casu, an nihil fiat, aut de iure non fiat, quia non videtur factum, quod de iure factum non est: hincque similes casus de quibus Vlpianus *in ea lege* 3. §. 5. 6. & 7. disputat, dissolues. Hinc quoque fit vt datum ob transactionem alimentorum, ex testamento debitorum repeti valeat. Quia ea transactio iure non valet, & à Senatusconsulto infirmatur. Datum itaque repeti poterit, tanquam indebitum. Neque dicas nefas esse proprium factum impugnare, *ex l. post mortem* 25. *D. de adoption.* illa enim communis regula falsa est quoties proprium factum à iure improbatum est, *cap. non præstat impedimentum, de regul. iur. in* 6. Quando igitur transactio à iure improbatur, licèt transigenti contra illam venire, nisi consulto prætore authoritatem præstante facta fuerit.

50 Secundò causa dati non sequitur culpam accipientis, quod contingit quoties qui accepit, fidem promissam non præstat, & non ponit causam ob quam illi quidpiam datum est, cum tamen possit, vti apertè traditur, & exemplis ostenditur *l. 2. l. dictam* 8. & *l. vlt. C. de condict. ob causam datorum*, & in superioribus ostendimus, tuncque est repetitioni locus.

51 Tertiò non sequitur causa dati voluntatem alterius quàm accipientis, v. g. dedit quis puellæ parentibus, vt eam in vxorem acciperet, quod puella non vult, eamque conditionem repudiat, *l. 2. C. de donat. ante nuptias, l. in potestate, D. de sponsalibus*, estque locus repetitioni, & condictioni.

52 Quartò denique non ponitur causa dati casu quodam, & absque culpa ac voluntate accipientis, vt si is cui causâ mortis datum est, prior decesserit, *l. non omnis* 19. *D. de rebus credit.* Si Stichus ad cuius manumissionem data fuerat pecunia, decessit antequam manumitteretur; dubitatur verò an omnis omnino casus, quo impeditur ne causa dati sequatur, sufficiat ad condictionem dati; videtur enim *l. penult. C. de condict. ob causam dator.* negare condictionem istam quoties casu, & sine culpa accipientis, causa datorum posita non fuit. Itaque distinguendum est an in eo casu culpa aliqua interuenerit, vel nulla. Si primum vel ea culpa fuit dantis rem aut pecuniam, aut accipientis: si culpâ dantis non fuit causa ob quam dabatur, posita, non condicitur, argumento *l. penult. D. locati*, ipse enim sibi imputare debet, qui impedierit sua culpa, ne causa quam intendebat, & ob quam pecuniam dederat, fuerit sequuta. Si verò culpa fuerit accipientis, condicitur, vti iam diximus, & habetur *l. pen. C. de condict. ob causam datorum.* Quod si neque dantis, neque accipientis culpa vlla fuit, sed casus omninò fortuitus, maior videtur difficultas, an condictioni dati locus dandus sit, iterumque distinguendum videtur, & inquirendum quænam causa huius casus, & impedimenti fuerit; nam aliquando ipsamet impletio contractus & pacti causam præbet huic casui, aliquando nullo modo in hunc casum influit, v. g. dum Stichus, cuius manumittendi causâ pecunia data fuit ad manumissionem, duceretur ad Magistratum, casu periit, cessabit condictio. Quod si impletio contractus nullam causam præbuit casui, quo impedita fuit causæ dati consecutio, concedetur omninò condictio, idque vult *l. 5. §. 1. & 2. & l. vlt. D. de condict. causa dati.* Vbi plurima Anton. Faber. Sic videmus venditum seruum, necdum traditum venditoris periculo manere *l. si fundus* 33. *D. locati.* Considerandum prætereà erit circa istum casum, an iam aliqui sumptus implendæ conditionis causa facti fuerint, vt si quis ad iter accepit pecuniam, & dum iam accingit se itineri, valetudine vel tempestate impeditur, re integra competet ex pœnitentia condictio, at si quis in apparatum sumptus fecit, computandi erunt, & ipse indemnis seruandus, *l. 1. D. hoc titul.* Eodem pertinet quod de Aduocatis constituitur, *l. qui operas* 38 *D. locati*, & *l. 1. §. diuus. D. de extraor. cognit.* vt si quid ipsis datum est ad causam agendam, si morbo, aut morte, aliâue fortuito casu, & impedimento prohibeantur quominus agant, non tamen condicatur, quia nimirum res integra non est, cùm iam in causam cognoscendam, & meditandam operam impenderint. Denique quod dicimus causa non sequuta nasci condictionem, ita intelligendum erit, vt causa omninò desperata sit, & sequi non possit, nam quamdiu est veluti in pendenti, nondum condicitur; v. g. si decem dedero, vt aliquid fiat, quamdiu in mora non fuerit debitor, non nascitur adhuc obligatio, *l. non omnis* 19. *D. de reb. credit. l. quod seruus* 8. *D. de condict. causa dati.*

Non datur dumtaxat condictio quando non sequitur causa dati, sed etiam cum dantem pœnitet, re adhuc integra, tunc enim datum repetere, & condicere licet, *l. 3. §. 2. D. de condiction. causa dati*: & fusiùs *l. si pecuniam* 5. *per plures* §§. *D. eod.* illa enim inter contractus nominatos, & innominatos est differentia, quod omnes nominati perfecti sunt, hoc est non priùs nomen contractus merentur, quàm perfecti sint, vel re, vel consensu, vel verbis, vel litteris pro varia ipsorum ratione, modo alibi explicato. At verò contractus innominati non perficiuntur nisi implemento ex vtraque parte sequuto; ideóque quamdiu ex parte tua sequutum non est quod debebas ponere, potest me pœnitere, v. g. dedi tibi decem vt Stichum manumitteres, quamdiu non manumittis, contractus nondum perfectus est, idcircò potest me pœnitere, neque vllam tibi facio iniuriam; imputare tibi enim debes, quod citiùs non impleueris, quam primùm implere potuisti, ne pœnitentiæ locus vnquam esse posset, impleto contractu: quare quod vulgò dicitur contractus qui ab initio sunt voluntatis, ex postfacto fieri necessitatis, *l. sicut* 5. *C. de obligat. & action.* verum est de contractibus perfectis quibus stare necessa est, licèt sponte & liberè celebrati fuerint. 53

Sicut porrò causa dati non sequuta potest condici, vti hactenus explicuimus: ita causa sequuta cessat repetitio, si causa inhonesta non fuit, sed honesta: v. g. vt filius emanciparetur, seruus manumitteretur, discederetur à lite: ita Vlpianus, *in l. 1. D. de condict. causa dati.* Quod malè impugnant aliqui eo quod in his exemplis allatis ab Vlpiano nulla fuisse causa videatur dandæ pecuniæ, cùm nulla inde nascatur vtilitas danti pecuniam, sed patri qui emancipãdo 54

filium remanet pater; & si eius patronus, *l.* 1. §. *vlt. D. si à parent. quis manumiss.* & domino, qui & manumittendo seruum, acquirit libertum, qui & ea ratione eius quodammodo remanet *l. talem institutionem* 51. §. 1. *D. de hered. instit.* & acquirit eximia iura patronatus propter operas quas naturaliter libertus debet patrono, *l. si non sortem* 16. §. *libertus. D. de condict. indebiti*: & successionem tam ex testamento, quàm ex intestato, *D. de bonis libertor. toto, & Instit. de success. libert.* In his igitur duobus casibus datæ pecuniæ ab Vlpiano propositis, data fuit pecunia sine causa, ideoque locus non erit repetitioni, nisi per condictionem sine causa, de qua dicemus paulò post: quod æquè verum est. in tertio exemplo, de data pecunia vt discedatur à lite. Nam si lis mota sit inter alios, quàm dantem, nihil eius videtur interesse, vt ab illa discedatur, si verò cum ipsomet dante mota sit lis, æquè interest accipientis atque dantis pecuniam, vt à lite discedatur. Nulla igitur fuit causa iusta dandi pecuniam in his casibus, ideoque manebit quidem locus repetitioni pecuniæ, sed tamquam sine causa datæ, non condictioni causa dati non sequuta.

Resp. tamen in his casibus contrahi contractu innominato, do vt facias, inter dantem pecuniam, & patrem ac dominum illam accipientem, vt filium emancipet, & seruum manumittat: eo enim ipso quod quis ab alio pecuniam accipit, obligat se ad faciendum illud ad quod pecuniam accipit, *l. iuris gentium* 7. §. 1. *D. de pactis.* Ex quo contractu, *do vt facias*, dator & repetitio dati, & actio præscriptis verbis ad id quod interest dantis fuisse factum, vt nuper fusius explicuimus, *ex l. naturalis. D. de praescript. verb.* Atque è contrario vbi pactum impletum est, & factum fuit id ad quod faciendum data fuit pecunia, cessare prorsus debet eius repetitio, & condictio causa dati non sequuta, de qua agimus, quia verè causa sequuta fuit. Neque dici potest in hac conuentione esse nudum pactum, ex quo neque actio, neque obligatio ciuilis nascitur, neque proinde vnus paciscens obligatur non repetere quod dedit, & denique non sit contractus vtrinque obligatorius. Hoc inquam dici non potest, cùm hæc conuentio muniatur traditione rei ex parte vnius, *l. si dominus* 8. *in fin. D. de praescript. verb.* postulatque naturalis æquitas, vt ille qui certa lege rem suam tradidit, alioquin illam non traditurus, decipiatur, *l. vlt. C. de pactis inter emptor. & vendit.* ita neque decipi debet, qui pecuniam accepit, vt aliquid faceret, quod ipsa fecit, non facturus nisi pecuniam illam accepisset, quod tamen fieret, si iam exhibito opere, pecunia data ab illo repeti posset, magno illius damno. Neque dubium est quin in exemplis allatis ab Vlpiano plurimum intersit patris ac domini filium emancipare, aut seruum manumittere, ob acceptam pecuniam, cùm pater emancipando filium, eum quodammodo amittat, & faciat penè extraneum, *l. quin etiam* 55. *in fin. D. de ritu nuptiar.* priuet se patria potestate quæ inæstimabilis est, *l. filiusfamilias est*, §. *sed si liberet. D. de legat.* 1. *l. si eui* 92. *D. de condit. & demonstrat.* Amittit præterea quidquid per filium acquirere potuisset, si in eius potestate mansisset, *l.* 1. *D. si à parent. quis manumissus sit. l. placet*, 79. *D. de acquir. heredit.* Interest quoque domini seruum sibi retinere, cum per illum etiam inuitum acquirat penè ex omnibus causis, *l. etiam* 32. *D. de adquirend. rerum domin.* Manumissio extinguit dominicam potestatem, æquè ac mors cui idcirco comparatur *l. si mihi* 92. *D. de solution. l. inter omnes* 46. *D. de furtis*, & alibi neque alia de causa inducta sunt iura patronatus, quàm vt essent patrono in solatium, & vicem amissi dominij. Denique quod attinet ad tertium exemplum Vlpiani de data pecunia vt à lite discederetur, certum est esse iustam causam, cùm is qui dedit pecuniam tanti id fecerit, vt maluerit carere pecunia, quàm vi diutius litigaretur. In his igitur & aliis omnibus casibus, in quibus ob iustam causam datur pecunia, vt aliquid fiat, aut obtineatur, posita causa ob quam data fuit, cessat repetitio, & condictio dati, vti hactenus ostendimus. Tota difficultas itaque restabit videre an causa sequuta sit, an non, neque aliud ferè inquiritur in singularibus casibus, toto titulo de hac condictione propositis, quos vide, & eruditum, atque illustrem eius Commentatorem Antonium Fabrum.

Debet porrò in datione pecuniæ, vel rei suæ ob causam esse promissio, & contractus innominatus, vti hactenus exposuimus, & non tantum spes aliqua obtinendæ cuiuspiam rei intuito eiusmodi donationis: quare qui dedit ea spe, quod se ab eo qui accepit remunerari existimaret, vel amiciorem sibi futurum, repetere non potest opinione falsa deceptus, inquit *l.* 3. §. *si quis. D. de condict. causa dati*, sibi enim tribuere debet quod falsa persuasione seipsum deceperit, & propositum mente retentum, aut spes animo concepta, nihil operatur ad hanc condictionem, *l. si repetendi* 7. *C. eod. l. si maiores* 25. *C. de transaction.* Et sanè qui ita donat meretur decipi, sunt enim huiusmodi munera viscata, vti nominant Plinius *lib.* 9. *epist.* 10. & *satyra* 3. Iuuen. *Plena domus libis venalibus.* Neque enim eiusmodi donatores, donare videntur, sed vendere inquit Plutarch. *in tract. de ii Delphico*, & cauponantibus assimilantur ab Horatio *ad Nicecl.* quæ omnia & pleraque alia in captantes hæreditates intorquent Martial. Seneca, Plaut. Ammian. Lucian. & alij qui sua spe delusos rident. Sed de his captatoribus vide Cuiac. *lib.* 16. *cap.* 11. *obseruat.* 55

§. IV.

De condictione ob turpem causam.

Condictio ista est actio per quam id quod aliquis ob turpem rem, vel causam exhibendam accepit, quoties in solo accipiente turpitudo reperitur, reposcitur, siue res secuta sit, siue non sit: si verò vel solius dantis, vel vtriusque, dantis nimirum & accipientis turpitudo, & flagitium existat, danti denegatur condictio. Hac longiori definitione totam istius condictionis naturam complector. 56

Obsequia igitur conuentionum alias natura, alias ciuiliter tantùm turpes haberi, quod aliàs sæpiùs obseruauimus *ex l. probrum* 42. *D. de verb. signi.* Natura turpes sunt quibus conuenit, de eo quod natura, & seclusa omni lege positiua probrum est, veluti de adulterio, homicidio, item de nouercæ & priuigni, nurus, & soceri nuptiis, *lege fin. D. de condict. sine caus.* Ciuiliter turpes sunt, quæ iuris Romani instituto flagitiosæ habentur, cùm apud alias gentes probeosæ nō sint, *l. si stipulor* 35. *D. de verb. oblig.* Cimoni, inquit Æmil. Probus, *non fuit turpe Atheniensium summo viro*

viro sororem germanam habere in matrimonio: quippe enim cives eius eodem viterentur instituto, at id quidem nostris moribus nefas habetur. Idem de amitæ, materteræ, auunculi, aut patrui nuptiis dicitur, *l. vlt. D. de condict. sine causa.* Conuentio quoque de certo hærede instituendo contra bonos mores esse dicitur, *l. stipulatio 62. D. de verb. obligat, l. 4. C. de inutilib. stipulat.*

57 Obseroa deiodè aliquam conuentionem censeri turpiter fieri duobus modis: Primò vt ius aliquod violetur, siue naturale, siue positioum, fiat v. g. furtum, adulterium, homicidium, violeturue lex alia quæpiaio. Secundò ne violetur aliquod ius, ne committatur furtum, stuprum, ne iocestæ nuptiæ fiaot, & alia similia; vt depositum, & commodatum restituatur, aliaque quæ sine turpitudine omitti non possunt præsteotur; hæc enim conuentio turpis existimatur, quia qui ita conuenit, significat se paratum esse ad illa flagitia committeoda, ocque ab illis cessare, nisi pactione & datione pecuniæ, quæ si noo daretur, scelus omniuò patraret, vnde est turpitudo io accipiente aliquid ad abstioendum a scelere; oportet siquidem quemque pudore, non pactione à maleficiis deterreri, *l. 2. in fin. D. de condict. ob turp. caus.* & *l. 7. D. de pactis.*

58 Obserua secundò in istis conuentionibus reperiri turpitudinem vel ex parte solius dantis, vel solius accipientis, vel vtriusque; cùm enim quis accipit vt quæ furatus est reddat, vt commodatum aut depositum restitoat, turpiter accipit; qui verò dat vt alium à committendo facinore auocet, honestè dat vt statim dicam, cùm quis accipit, vt vxori suæ lenocinetur, & turpiter accipit, & qui dat, turpiter dat: deoiquè aliquando vnus turpiter dat, alter verò non turpiter accipit. Exemplom pooo ot io meretrice quæ turpiter quidem facit, quod sit meretrix, non turpiter tamen accipit, cum sit meretrix, vt ait Paol. *l. 3. § 2. D. de condict. ob turp. caus. vel iniust.* qua de re alibi, & statim iterum, io exemplis siquidem non semper requiritur veritas.

59 Obseruandum tertiò est in turpi conuentione, vel aliquid promissum tantum esse, & nondum quidpiam datum, vel iam datum esse. Et sanè istæ conuentiones innominatæ, *do vt des*, aut facias, vel facio vt des, incipiunt ab ipsa exhibitione, & datione rei, quod superiùs obseruauimus: oeque sunt perfecti contractus nisi ipsa impletione ex parte vtrius. Quoties igitur aliqoid promissum dumtaxat est, constatque de turpitudioe coouentionis, prætor negat actionem petenti promissum, *l. 5. C. de condict. ob turp. caus. l. generaliter 26.* & *l. seq. 27. D de verb. obligat. l. 1. §. idem Pomponius, D de dolo malo,* iure meritò cùm ab ioitio obligatio nulla sit, siue conueniat vt flagitium fiat, siue vt ne fiat *l. 7. D. de pactis, l. si flagitij 123. D. de verb. obligat.* Quod si noo constet de turpitudioe conuentionis, prætor concedit quidem actionem, sed cum exceptione doli mali, *l. penult. D. de condict. ob turp. caus.* & *l. 1. C. eod.* quod si quidpiam datum non est, quæritur an illud, siue causa sequuta sit, siue non sit, repeti & condici queat, quod statim definiam.

60 Vbi obseruaueris Paul. *in l. 1. huius titul.* distinguere dationem ob rem, vel ob causam turpem, & inhonestam, quæ distinctio inutilis videtur, cùm res ob quam datur, sit causa dandi, & causa non possit esse sine re, *l. 2. §. circa, D. de doli mal. exception. l. cùm enim 6. D. de nouat.* Respondent aliqui rei nomen latiùs patere, quàm causæ, rei siquidem oomine intelligunt omnia, etiam quæ in facieodo consistuot: à Paulo verò vsurpatur nomen rei strictiùs pro re danda, & non pro re facienda: verum indè sequeretur condictionem ob rem dati, causa oon sequuta, nasci ex solo contractu, do vt des, & non ex cootractu do vt facias, & coodictio ex causa dati, causa non sequuta, oasceretur ex contractu, do vt des, qood falsum esse constat, *ex l. si procuratori 14. D. de condict. causa dati*: ibi enim datur condictio ob rem dati, re non sequuta, quia non fuerat sequuta ratihabitio, quæ tota facti est: deiodè ex toto titol. *C. de condict. ob causam dator.* constat nihil omnino interesse ad condictionem istam, an ob rem, an ob caosam aliqoid datum sit, re vel causa non sequuta; quare alij distinguunt, quod datum ob rem, sit datum ob rem futuram, quam etiam non distinguunt à causa futura: nomine verò causæ; volunt intelligi causam præteritam; sed melius loquerentur, si dicerent ex causa ocmpe præterita quàm ob causam, qui loquendi modus indicat potiùs futurum, quàm præteritum; sed leuis omninò est illa controuersia, fortassis illa grauior quod turpem sioe rem, siue causam distinguam ab ioiusta, quas tamen alij confundunt, & pro synonimis habeot, sed malè quia quamuis duæ illæ causæ quoad condictionem eamdem vim, & effectum habeant, sunt tamen inter se diuersæ. Turpis siquidem res dicitur, quæ est contra bonos mores; iniusta quæ contra ius & leges, vt *in l. condictiones, 14. & l. filius 15. D. de condit. instit.* Neque quidquid est cootra ius & leges, statim est contra bonos mores, nisi fortassis ciuiles, quamuis è contrario, quidquid est contra bonos moses, sit etiam contra ius ciuile, cuius est pottissimum præceptom honeste viuere: quare latiùs pateot fines honestatis, quàm ioris aut æquitatis, *l. non omne 144. D de regul. iur. l. semper 42. D. de ritu nuptiar.* his obseruatis.

Prima regula est, quod turpiter accipitor, honestò & instè condici, siue causa sequuta sit, siue oon sit, *l. 1. D. de condict. ob turp. caus.* atque ita vides hanc condictionem distingoi à condictione causâ datorum in qua necessariò requiritur, vt causa sequuta non sit, nisi proponatur sequuta post moram, aut pœniteotiam. Hæc verò condictio ob turpitudioem accipientis datur, licet causa ipsa, & res posita sit, quoties solius accipientis turpitudo existit. Exemplum affert Vlpian. *in l. 2. hoc titul.* si tibi dedi ne furtum, aut sacrilegium, aut cædem committas, aut depositum reddas, vel instrumentum; quia vti iam monui, qui ista accipiunt, vt à scelere abstineaot, vel non committendo delictum, & maleficium, vel præstando quod sine scelere omittere non possunt, ostendunt se scelera illa commissuros nisi pecuniam acciperent, turpitudo aotem delictorum non tam in ipsis delictis consistit, qoam in voluntate delinquendi, quamuis cogitationis solius nemo pœnam patiator, *l. qui iniuriam 53. D. de furtis. l. cogitationis 18. D. de pœnis.* Aliud exemplum affert Celsus *in l. idem si 4. §. quoties. D. de condict. ob turp. caus.* si tibi dedero ne mihi iniuriam facias, & Paul. *in l. 9. D. eod.* si vestimenta vtenda tibi commodauero, & deindè pretium vt illa reciperem dedi, possum illud condicere; turpiter enim datum est, siue potius acceptum, quia qui pecuniam accipit, vt id quod gratis, & ex officio ac iure suo debet, præstet, turpiter accipit, cum demonstret se non aliter facturum, immò & fidem commodati fuisse violaturum, nisi 61

pecuoiam accepisset; neque dicas ad hanc peconiam tepetendam competete actionem ex contractu, eoque nominato ac booæ fidei, nempè ex commodato, ac proindè impediri condictiooem. Nam sequeretor cootractum bonæ fidei deterioris esse conditionis, quia bonæ fidei est, si cum illo oon posset competere alia actio, vt videmus in pacto apposito in contractu bonæ fidei; nam nascitur actio præscriptis verbis *l.2.C.de pact.inter emptor. & venditor.*& tameu tunc etiam competit actio ex contractu; cur igitor condictio ob turpem causam non concurret cum actione bonæ fidei, cum ex bona fide non sit, vt qoidpiam fiat turpiter: quare aliquando & condictio competit, & actio bonæ fidei ex contractu, sed diuersa ratione, actio nimirum bonæ fidei, vt quia illud ipsum quod ex contractu dedit, & ipsi ex contractu debetur, repetat: condictio verò vt repetat aliud quidpiam quod extra contractum, & ex postfacto dedit, vt cootractus ipsius fides, & obligatio impleatur ab eo qoi gratis implere debuerat. Quare vides has duas actiones ex coorractu, & condictiouem ob turpem causam diuersas esse, & licèt simul aliquando concorrant, babere diuersom obiectum quod repetant, neque quod petitot per vnam, posse præcisè peti par aliam. Nam actio ex contractu intendit impleri contractum, non autem præeisè sibi reddi qood extra causam & contractum datum fuit: condictio aotem petit quod extra cootractum datum fuit ad obtiuendam impletionem ipsius. Nihilominus ex quadam veluti conoentione, vel consequentia actio bonæ fidei ex contractu extenditur ad id quod contra ipsum eontractum, eiusque bonam fidem factum est, vt boc casu in quo non ex contractu data fuit illa pecunia, sed potius cootra ipsum contractum. Cùm enim ex illo mihi rem aliquam præstare deberes, & vltrò reddere, per insignem tamen perfidiam, & cootra bonam fidem pocuniam à me accepisti; postulat autem æquitas, & bona fides, vt quod contra bonam fidem accepisti, mibi restituas, proindè ea præstatio pecuniæ à me acceptæ venit in actionẽ bonæ fidei, sicut & cætera omoia, quæ sunt ex bona fide, & æquitate, etiam illa da quibus neque actum neqoe cogitatum fuerat *l.in bona fide 7.D.de eo quod certo loco*, & *§.1.Inst.de obligat. quæ ex quasi contract.* hoc tamen noo impedit condictionem ob turpem causam, quæ licèt stricti iuris sit, ex æqoitate tamen est, cùm nihil magis æquitati aduersetur, quàm turpitudo: quare dicendum omoino est, quod sicut exceptiones doli, & aliæ omnes quæ sunt ex æquitate, insunt bonæ fidei iudiciis, *l.3.D.de rescind.vendit.l.si sdeo* 21. *D. soluto matrim.l. huiusmodi* 84.*§.qui seruum, D.de legat.*1.adeóque actiones de dolo, *l.& eleganter 7.D. de dolo,l. si hominis 7.§.1.D.depositi.* Ita condictiones adoentitiæ, hoc est noo descendentes ex ipso contractu, sed ex facto aliquo extrinseco, quod contra bonam fidem euenerit, iisdem bonæ fidei iudiciis insunt, vt quod contra bonam fidem factum esset, æquitate ipsius iudicij, quod est bonæ fidei, vindicetur. Quod aliter in contractibus stricti iuris contiogit, io quibus nec dolus ipse vindicari potest, nisi per oppositam doli exceptionem. Hinc intelliges qood habet Paulus *l.vlt. §.1.D.de condict. ob turpem caus.* me habera tecum actionem ex locato, vel vendito, vel ex mandato si à me pecuniam acceperis, vt mihi redderas rem tibi locatam. vel venditam à te, vel mandatam vt redderes, nam ono modò rem illam mibi reddendam petere possum actione ex contractu, sed etiam id quod extra contractom vt illum impleres à me accepisti, actione quoque ex contractu, sed bonæ fidei, modo explicato, quæ tamen non impedit condictionem ob torpem causam vt dixi, si ea ad eam repetitionem vti velim; vnde addit Paul. ex Pomponio quem allegat, si vt id qood mihi ex stipulatu, vel testamento debebas, redderes, pecuoiam tibi dederim, condictionem dumtaxat pecuniæ datæ, eo nomine mibi competituram, non autem ex stipulatu, aut testamento ad eam repetitiooem. qoia nimirum hæ actiooes suot stricti iuris, & proindè non possunt extendi ad aliud quidpiam extrinsecum, & in cootractu, vel testamento non comprehensum: & sicut qoidquid obstringendæ obligationis est, nisi palam verbis exprimatur, pro omisso habendũ est, *l.quidquid 99. D.de verb.obligat.* ita etiam quidquid testamento non comprehenditor, ex testamento repeti neqoit, neque ex ipso agi ad aliud quàm ad legatum, vel fideicommissum, alioqoin essemus nonnunquam io re testatoris liberaliores ipso testatore, quod nemo oon dicet esse ridiculum, *l.debitor 59.l. factam 63.§ si sub conditione, D.ad SC.Trebellianum.* Non igitur poiero ex stipulato, vel testamento agere ad repetendam pecuniam quam tibi dedi, vt mibi debitum ex stipulato, vel testamento præstares; vti tamen possum si pecuniam à me accepisti, vt rem tibi locatam, aut à te venditam mihi redderes, agere ex locato, & vendito, actiooe booæ fidei; quæ tamen noo impediet condictionem ob turpem caosam, vti iam diximus; monet verò Anton. Faber in vltimam legem citatam, quem sequimur, licet in boc casu condictio competat, & actio ex contractu bonæ fidei, longè commodius & vtilius esse agere ex iodicio bonæ fidei, quàm condictione ob torpem causam, quia vsuræ ex iudiciis booæ fidei à die motæ præstandæ sunt, *l.mora 32.§.vt bonæ fidei, & l. vsura 34.& l.36. D.de vsuris.* Nunquam verò debentor ex iudiciis stricti ioris, atque proindè neqoe ex condictionibus, *l.quoties 4.C.de condict. ob turp. caus.* & *l.1.C.de condiction.indebiti.* Vnde etiam licèt actio ex testamento sola ex actiooibus stricti iuris gaudeat priuilegio, vt fructuum & vsurarum additamenta recipiat, *l.3. C.in quib.caus. non est necess. in integr. restit.* Si quis tamen agat condictione eius quod hæredi dedit, vt recipiat sibi testamento relicta, acquiret ea condictione vsuras, commodius igitur illi erit, omissa ea condictione agere tantum ex testamento, sic enim vsuras à die moræ obtinebit.

Alud exemplum simile superioribos ponitur 62
in l.vlt.C.de condict.ob turp.caus. de eo qui acceperat pecuniam ad restituenda pecora quæ abegerat; nam tum ad restitoenda illa pecora, licèt perierint tenetur, cùm fur noo liberetor extincta, vel destructa re furtiua, eius siqoidem æstimationem debebit; tom ad pecuniam qoam vt restitueret quod debebat, accepit, reddendam damnabitur: & *in l. quod euitandi 3. C.eod.* qui euitandi tyrocinij causa aliquid dederit, id ipsum apud iudicem repetet, qui præterea memor censuræ publicæ concussionis crimen inoltum esse noo patietur. Ad constitutionis huius intelligentiam obseroandum est quod aliàs *lib.2.* diximus, & habet Cuiac. atqoe Ioannes Costa in suis verosimilibus aduersus Cuiacium: Tyrocinium fuisse onus præstandi tyronis à siogulis agrorum possessoribus, cuios deindè loco pendi certom

auri

auri vectigal voluerunt Imperatores, quod aurum tyronicum dictum fuit. quam commutationem intulisse plurimas Romano Imperio clades queritur Veget. *lib.* 1. *cap.* 7. quod præstitisse Valentem, & numeratio pretio vendidisse militem refert Socrates *lib.* 3. *histor.* Symmach. *lib.* 10. *epist.* 9. vocat taxationem tyronis. Ab eo verò immunes erant ipsi milites agrorum possessores ex *l.* 3. *&* 18. *de tyronib. C. Theodos.* Queritur itaque Dizo miles ad quem rescribunt Imperatores *in ea l.* 3. quod ab eo exactum fuisset agri sui militaris tyrocinium, contra immunitatem qua gaudebat, quam iniustam exactionem vt vitaret, coactus fuerit dare pecuniam; quod si apud Iudicem constiterit, iubeot Imperatores Iudici, vt & pecuniam Dizonti restitui curet, & concussionis crimen puniat; fuerat siquidem in accipiente illam pecuniam turpitudo. Alij hanc constitutionem explicant de redempto pecunia tyrocinio; cùm enim ex veteri Romana disciplina, nemo inter milites referri posset, nisi exacto annali tyrocinio, cuius onera grauissima erant, vt videbis apud Vegetium *lib.* 1. *cap.* 4. 5. 10. 11. 14. 15. 16. & 17. *ex lib.* 12. *Cod. tit. de tyronib.* Soluta iam antiqua seueritate plerique pecunia redimebant illud tyrocinium, & se in milites referri curabant, qua in re erat turpitudo accipientis pecuniam, quam idcirco condici posse certum est, & sapienter *in citata* l. 3. statuunt Imperatores. Tertiò Cuiac. ad illam *legem* 3. *in notis posthumis*, condictionem istam datæ pecuniæ referr ad eum qui delectum militem habebat, & pecuniam extorserat, ne quem deligeret, aut citaret; qui enim citatus ad delectum, militiæ detrectandæ causa, non respondebat, redigebatur in seruitutem, tamquam proditor libertatis *l. qui cum vno, D. de re militari.* Verùm cùm Dizontis querela esset de pecunia *vitandi Tyrocinij causa*, non autem *de delectus euitandi causa*, minùs placet ea Cuiacij coniectura, maximè cùm neque ipsi tandem placuisse videatur, *in l.* 4. *C. de dignitatib. lib.* 12.

63 Secunda regula: vbi solius dantis turpitudo est, non est locus condictioni: æquum enim est, vt qui turpiter dedit, careat actione ad repetendum quod turpiter dedit, iustè enim punitur priuatione suæ rei, quam ad facinus turpe dedit, & sanè qui proponit condictionem eius quod ob turpem causam datum est, fundat suam actionem in aduersarij turpitudine, & non in sua quam nemo allegat: neque in hac vniuersali regula difficultas vlla est, cùm vt iam monui, qui turpiter non accepit, non possit obligari ad restituendum, quod honestè accepit ab eo qui date & potuit, & voluit, quod verius est quando turpiter dedit, vt monui. Itaque tota difficultas est circa exempla quæ subiiciunt Iurisconsulti, *nam in l.* 4. *D. hoc titulo,* §. 1. Marcellus & Labeo negant repeti quod meretrici datum est, quia in eo solius dantis turpitudo est, quam nouam rationem dicunt, cùm veteres in dante, & accipiente turpitudinem agnouissent, ideoque repetitionem negassent: & meretricem turpiter agere, quod meretrix sit, non turpiter tamen accipere meretricij mercedem ob sui corporis vsum præstitum: *Quis enim*, inquit Varro, *nescit locare meretricem infamiam corporis,* & Turpilius apud Nonium, *Emnire, ac desere hanc meretricem, quæ te semel nacta, semper studuit perdere, spoliare, opplereque adeò infamia, & flagitiis.* Verùm de tota ea quæstione, an flagitij patrati mercès promissa accipi, aut etiam extrahi possit, fusiùs disputauimus *lib.* 1. *c.* 4. *art.* 3. *conf.* 10. 11. & 12.

Regula tertia: non potest condici aut repeti, 64 quod non est turpiter acceptum, etiamsi turpiter datum fuisset.

Hæc regula sequitur ex priori; si enim qui turpiter accipit tenetur condictione ista ob turpem causam, qui non accepit turpiter, non tenebitur illa per argumentum à contrario. Itaque disertè asserit *l.* 4. §. 2. *D. de condict. ob turp. caus.* & *l.* 6. *D. eod.* vbi Vlpianus allegato Sabino, & Celso veterumque opinione ait condici posse, quod ex iniusta causa est apud aliquem. Igitur si ex iniusta causa apud alium non sit, condici non poterit. At verò qui non accipit turpiter, non accipit ex iniusta causa, vt patet, nisi velis turpem causam ab iniusta distinguere, vti faciunt aliqui. Sed vt alias monui, quod iniustè accipitur, vel retinetur, contra bonos mores retinetur; cùm ius iubeat vnicuique suum tribuere. Hinc *in l.* 4. *citata* §. 2. si tibi indicium & pecuniam dedero, vt fugitiuum meum indices, vel furem rerum mearum, repeti non potest, quia non turpiter accepisti; nam aliud est pecuniam dare vt quis furem indicet, aliud ne indicet: nam posterius istud turpe est, non aliud: turpe est enim aduersus publicam vtilitatem aliquid facere, quod fit quoties aliquid agitur quo impeditur manifestario & punitio criminum, id verò facit qui accipit pecuniam ne furem indicet, alioquin indicaturus; qui verò pecuniam accipit vt indicet, nihil vt vides facit contra publicam vtilitatem, immò illam potius procurat, quia se obstringit ad indicanda, & aperienda crimina, ad quæ aperienda neque naturali, neque positiuo iure tunc obligabatur. Et sanè publicam vtilitatem nimimè offendit qui crimen non manifestat, cum possit, modo non eripiat sibi potestatem manifestandi cum volet, & cum ad id aliquo casu & iure tenebitur. Cùm igitur pecuniam accipit vt furem indicet, non facit quidquam contra publicam vtilitatem, aut bonos mores; cùm eo casu non teneatur indicare, ita neque gratis indicare tenebitur. Itaque vt monet Anton. Faber, licet alicui gratis non facere, quod tamen non gratis facere non licet, & licet tibi furem non prodere, si gratis, nullaque accepta pecunia id facias; at non gratis, & accepta pecunia id ipsum facere tibi non licet: contrà verò furem prodere non solùm gratis licet, sed etiam non gratis, acceptaque ad eam rem pecunia, vt prodas, quia non cogebaris prodere; neque inhonestum est alium præmio incitare ad opus aliquod honestum, quod sine culpa prætermittere potuisset, quod si non potuit sine scelere omittere, & pœna, nullo dignus est præmio, facitque turpiter, si quid accipiat eam ob causam. Posse præterea accipi pecuniam ad indicandum furem, indè quoque confirmatur, quod si promissa sit ea pecunia, & non præstetur, competit in eam rem actio præscriptis verbis, *l. solent* 15. *D. de præscript. verb.* Porrò non modo turpiter facis si à me pecuniam accipis, ne fugitiuum meum indices, sed etiam si ab ipso meo fugitiuo in hanc rem accepisti, possum tibi condicere tamquam furi *ex citata l.* 4. §. 3. *D. de condict. ob turp. caus.* Ratio est quia facis quantum potes, & quidem dolo malo, vt seruo meo caream. Ergo teneris condictione furtiua ratione ipsius serui, quamuis eum non possideas, & potiori ratione, pecuniæ à fugitiuo datæ quam possides. Vnde dicit Vlpian. posse in hoc casu me tibi condicere quasi

furi, quia non agit nisi de condictione furtiua, quæ datur quasi domino, non de condictione, quæ soli non domino datur propter turpem aut iniustam caosam accipientis, quod aliqui interpretes non satis aduerteront. Quid verò si fur ipse vel fugitiuus, vel eios socius a me indiciom accipiat, hoc est pecuniam ad furem indicandum, competerne mihi condictio, quandoquidem diximus licitum esse peconiam accipere ad furem indicandum. Respondet Vlpian. *in citato* §. 3. condictionem locum habere, quod iotelligendum omo nò est de condictione furtioa, oon ob turpem causam, qoia facit furtum eios pecuniæ, quam accipit, & eius oomine tenetur.

65 Regula quarta: quoties in dante simol & accipiente reperitor turpitudo, non dator condictio, *l. 3. D. de condict. ob turp. caus. l. 4. D. eod.* vbi quod ob stuprom datum est, aut ne adulter deprehensus prodatur, negatur posse repeti. Et *in l. mercalem 5. C. eod.* datum ob lenocinium proponentis vxorem suam mercalem. Verùm difficultas non leuis est circa hanc vniuersalissimam regulam omnium seosu receptam. Nam videtor iniquum esse eum qoi turpiter quidpiam accepit, illud retinere, & peccantem ex sua iniquitate proficere, atque cum alterius damno, licet æquè peccantis, locupletiorem fieri; quare licèt turpiter dans, non possit datum repetere, non tamen turpiter accipiens debebit illud retioere. Cum enim vterque torpiter æquè faciat, vnus punietur, & priuabitur re data, alter lucrabitur rem sibi turpiter datam, & à se æquè turpiter acceptam retinendo. Respondet Anton Faber, *in l. 3. citatam*, neutrum quidem ex istis dignum esse qui auxilio iuris iuoetur, siue ad repetendum, & denuò acquirendum quod turpiter dedit, siue ad retinendum quod turpiter accepit, & tameo in hoc casu alterum ex istis euenire necesse est, aut vt is qui torpiter accepit, retioeat, aut qui turpiter dedit, condicat, minùs tamen iniquum videri tetentiouem dari ei qui turpiter accepit, quàm actionem condictiriam ei, qui turpiter dedit; quia actio non datur nisi iure, retentio verò magis datur occasione, quàm iure, *l. 2. D. de riuis*; hoc est, non tam æquitas aliquando suadet concedi retentionem, quàm quia nemo sit, qui rem eoincat, aut possit euincere: quo casu licèt contra possessorem esset iudicatom, possessio tamen ei non posset auferti, & ei post condemnationem habere liceret, *l. habere licere 57. D. de euiction.* Hinc illud diuerbium in pari causa, hoc est in pari non iure, meliorem esse conditionem possidentis, *l. pen. D. de condict. ob turp. caus. l. 2. C. eod. l. vlt. D. de condict. sine causa.* Et præterea possessionem, etiamsi vitiosa sit, prodesse tamen aduersus extraneos, hoc est, nullom ius habeotes ad agendum & aoocandum possessorem, *l. vlt. D. de adquir. possess.* quia quisquis possidet, quamuis nullo iure, tamen hoc ipso quod possidet, plus iuris habet, quàm qui omninò non possidet, neque ius possidendi habet, *l. 2. D. vti possidetis.* Adde istum qoi turpiter accepit, quoties æqualis turpitudo dantis impedit condictionem, habere potius dari retentionem, quàm ius retinendi. Dices ergo oõ poterit retinere in conscieotia, nego consequentiam, quia ius illi permittit eam retentionem, quandoquidem noo permittit datom ab illo condici, deindè etiam poterit mercedem operis turpis retinere, vt diximus *lib. 1. cap. 4. art. 3. consectar.* 10. Sæpiùs tamen rem simul & turpiter datam, & turpiter acceptam sibi fiscus vindicat, *lege su heredem 5. D. de calumniatoribus.*

Quæres quid faciendum sit, si quis rem indioiduam, puta seruitutem dedit ob causam partim turpem, partim hooestam, eritne concedenda eius aut retentio, aut condictio, cum ex parte dari nequeat, si est indiuidua?

Resp. cum Anton. Fabro honestam causam præualere oportere, non vt totum condicatur, sed vt æstimatio partis reddator; licet enim aliquando accidat, vt potentior sit causa quæ oocet, quàm quæ prodest, *l. 3 §. vlt. D. ad SC. Syllan.* & in indioiduis vtile per inutile vitiari dicatur, dator tamen interdum repetitio totius propter indioiduitatem rei, vt in *l. si non sortem 26. §. si centum, D. de condict. indebiti.*

Circa hanc porrò regulam, que negat condictiooem dari quoties in dante, & accipiente reperitur turpitudo, restat difficultas in exemplo quod affert Vlpian. *in l. 2. §. 1. D. de condict. ob turp. caus.* eius qui dedit iudici, vt secoodum se in bona causa iodicaret; ait enim: *Est quidem relatum, esse locum condictioni*: ipse verò addit, *Sed hic quoque crimen contrahit, iudicem enim corrumpere videtur, & non ita pridem Imperator noster constituit litem eum perdere.* Hanc legem vulgò ita interpretantur, vt velint eum qui bonam causam habet, atque vt secundum se Iudex pronuntiet, dat pecuniam, posse illam condicere, cùm turpitudo sit ex parte accipieotis iudicis, qui verò malam causam habet, & pecuniam dat iudici, vt secundum se pronunriet, nequit condicere, quia turpitudo est in accipiente, & dante simul. Confirmant hanc expositionem ex sequeoti *l. 3.* vbi Paul. ait non posse repeti, *si detur pecunia vt malè iudicetur*: cur enim diceret Paul. oon esse repetitionem pecuniæ datæ, *vt malè iudicetur*, si æquè noo posset repeti data, vt beoe iudicetur. Existimat tamen sapienter Anton. Faber in vtroque illo casu bonæ & malæ causæ, non esse locum condictioni pecooiæ quam quis dedit iudici vt secundum se pronunriet, quia in vtroqoe casu est turpitudo, tum in dante, tum in accipiente, ex mente sine dubio ipsius Vlpiaoi. Primò quia vbi initio legis retulit varios casus io quibus datur condictio, quia tota turpitudo se tenet ex parte accipientis, subiungit statim §. 1. per aduersatiuam particulam: *Sed si dedi vt secundum me in bona causa iudex pronuntiaret*: quæ verba ostendunt hunc casum diuersum esse à superioribus, & de illo, alio iure censendum este. 2. refert prudentum opinionem, qui senserunt dandam esse condictionem ei qui dedisset pecuniam iudici, vt in bona causa secundum se pronuntiaret, quia nimirum totam turpitodinem tribuebant accipienti; ipse autem suam opinionem diuersam esse ostendit, & simul affert rationem propter quam aliter ipse sentiat, *Sed hic quoque crimen contrahit, iudicem enim corrumpere videtur*: quorum verborum alia non potest esse senteotia, quàm illum quoque qui dat pecuniam iodici etiam in bona causa crimen contrahere, & turpiter facere, dando eiusmodi pecuniam, quia *videtur iudicem corrumpere.* Quod probat ex Imperatoris Aotonioi Edicto, qoi constituit eum litem perdere, & actionem amittere, in pœnam videlicet commissi criminis, dum suæ causæ diffidens, spem in corruptela iudicis reposuit, *l. 1. C. de pœn. iudic. qui malè iudic.* Cùm igitur iste pecuniam dando iudici etiam in bona causa, turpiter dederit, non potest esse condictioni locus, idque optimè demonstrat Vlpiao. contra veterum quorumdam prudẽtum iuris sensum; quod iterum

ex

ex illa ipsa Imperatoria constitutione quam allegat Vlpiao. confirmare licèt; nam iactuta illa litis, & actionis, quam Antonin. imposuit illi qui pecunia iudicem corrumpere rentasset, non potest intelligi nisi de eo qui bonam causam babeat, quia iactuta malæ & iniustæ litis, neque damnom, neque pœna est. Deindè si hic amittendo litem & actionem, habetet nihilominos condictionem pecuniæ datæ iudici, teuerà non ponitetur. Aune igitur iudex retinebit illam pecuniam sibi turpiter datam, & à se turpiter acceptam. Resp. Iustinian. *Nouell.* 124. vnde sumpta est Authent. *sed nouo iure, C. de pœn. iudic. qui malè iudic.* eam pecuniam applicuisse fisco; qood si pecunia non data sit, sed promissa, eaque de causa pignora data siut, repetine ea possiut vindicatione, an pignoratitia actione, disputat post Battol. Faber *in l. a. citatam* §. 1. quæ dispotatio merè fotensis est.

§. V.

De condictione sine causa.

67 COndictio sine causa, est actio per qoam id quod sine causa apud alterum alterius est, ex æquo & bono tepetitur: quibus vltimis verbis, quæ sunt loco differentiæ in hac definitione, vides latissimè patere hanc condictiooem, & cum aliis condictionibus simul aliquaudo concurrere. Cum condictione quidem causa dati, causa non sequota, *l. 4. D. de condict. sine causa*, quia licèt illud initio ob causam datom fuerit, nunc tamen apud illum sine causa reperitor, quandoquidem causa propter quam ponendam aut præstandam datum est, nō est posita, neque nunc amplius poni potest, sine causa igitur apud illum repetitut. Deinde aliquando propter causam datum est, sed ea modo cessat, & finita est, v. g. cui chyrographum, aut pignus ob creditam pecuniam datum fuit, nunc autem pecunia soluta est, *l. 4. §. 1. D. de reb. credit. l. 2. C. de condict. ex lege*, aut cùm arra venditori data est, & pretium deinde solutum, *l. ex empto* 11. §. *is qui vina. D. de action. empt.* Pari ratione si causa propter quam quidpiam datum est, falsa comperitur, vt si seruus bona fide possessus domino suo stipularus, ei acquisierit: nam bonæ fidei possessor per hanc actionem id condicer, *l. penult. D. de stipulat. seruor.* Secundò concurrit cum condictione indebiti, *l. 1. D hoc titulo, & l. hat condictio* 66. *D. de condict. indebiti*, quia cùm quid indebitum est, causa quoqoe illud retinendi nulla est. Tertiò cum condictione ob turpem aut iniostam causam reperitur etiam hæc condictio sine causa, quia causa turpis nulla est, & non dat ius retinendi vti nuper diximus, ideoque tunc est locus condictioni sine caosa *l. 1. §. fin. D. de condict. sine causa, l. perpetuò* 6. *D. de condict. ob turp. caus. & l.* 6. *D. de donat. inter viu.* Quartò cum condictione tam certi quàm incerti, certi quidem, si certum petatur, qood apud alium sit sine causa: incerti verò si incertum, v. g. si quis promiserit aliqoid sine causa; condicenda enim erit liberatio ab ea obligatione, *l. 1. D. de condict. sine causa.* Quintò denique concurrit cum condictione furtiua, si fur, vel prædo froctus aliquos ex re furtioa, aot vi ablata perceperit, condictione furtiua tenetur, cùm eorum fructuum furtum fecerit, *l. in re furtiua* 8. §. *vlt. D. de condict. furtiua, & l. si seruus* 61. §. *locaui. D. de furtis.* Simul quoque tenerur condictione sine causa, cùm eos fructus sine causa retineat. Hae de causa existimarunt aliqui condictionem istam noo esse condictionem aliqoam specialem, sed genus quoddam generalissimum condictionis, quod omnes eius species sub se contineat; quibus repugnat Vlpian. qui *l. 1. D. de condict. sine causa*, ipsam speciem condictionis nominat, & ipsa etiam ratio idem demonstrat. Neque enim hæc condictio prædicatur de cæteris condictionibus tamqoam genus de suis speciebus; deindè habet specialem & essentialem differentiam à cæteris, quibuscum aliquando coocurrit, neque ex illo concursu potest necessariò colligi rerum identitas, maximè cum aliquando sola per se locum babeat, & in pluribus ab aliis differat: v. g. à condictione causa dati, causa non sequuta, quia illa nunquam datur ex contractu nominato, ne in illo detor locus pœnitentiæ, *l. si pecuniam* 5. *& l. vlt. D. de condict. ob causam dati*, condictio verò sine causa datur etiam ex contractu oomioato: deinde differt à condictione indebiti, quòd condictio indebiti contendat indebitum fuisse solutionis tempore, qood solutum est, & si de iure debiti pronuntiatum est, & velit solutum condicere; impuguet oportet iodicatum, quandoquidem indebitum esse contendit, quod iudex deberi pronuntiauit. At verò condictio sine causa eo casu contendit domtaxat rem hodie sine causa reperiri apud eum qoi conuenitur, siue causa ab initio nolla fuerit, siue ad non causam redierit. Præterea condictio indebiti respicit tempus præteritum factæ solutionis: condictio sine causa tempus præsens propositæ actionis. A condictione quoque ob turpem causam differt, quia ea condictione nihil reperi potest, quoties turpitudo est ex parte dantis, quæ turpis causa est perpetuò nulla. Denique condictio certi vel incerti, non est coodictio aliqua specialis, sed qoalitas actionis, quæ omnibus condictionibus conoenit prout per illas petitur aliqoid certum vel incertum, vti diximus aliàs. Condictio denique furtiua non est eadem cum condictione sioe causa, quia illa concurrere potest cum vindicatione, si res extet apud furem, condictio verò sine causa numquam cum vindicatione concurrit. Alias præterea dabimus differentias inferiùs.

Dices frustra multiplicari, actiones in eandem rem, v. g. quod datum fuit ob causam, non sequuta causa, repeti potest per condictionem causa dati, quæ eam in rem specialiter inducta fuit, vt quid igitur fuit etiam opus concedere condictionem sine causa, quæ alio, vt iam diximos, iure censetur.

Resp. commodum esse actoris posse pro arbitrio eligere qua voluerit actione experiri, cum aliquando commodius sit vna agere quàm altera, v.g. in hoc ipso negotio, si qui rem suam dedit, vt aliqoid sequeretur, mauult re integra reperere id quod dedit, quàm fieri, & seqoi id propter quod dedit, siue pœnitentia motus, siue qua alia de causa, aget condictione causa dati, & vbi probauerit causam non esse sequutam, licèt aduersarius paratus si facere vt sequatur, rem tamen datam recuperabit. At verò si agat condictione sine causa, relinquet in potestate, & arbitrio aduersarij implere qood promisit, nam implendo non poterit dici, id qood accepit, esse apud eum sine causa. Vides igitur iura faoere actori, dum illi permittunt, qua velit condictione agere.

Quæres,

68 Quæres, quinam condicere possunt hac condictione. Primò qui sine causa promisit, non potest condicere quantitatem, quam non dedit, sed ipsam obligationem, vt ab ea liberetur, *l. 1. §. 1. D. de condict. sine causa.* Secundò qui plusquam debet promisit, non totam obligationem condicit, sed id tantum quod ampliùs promisit, *l. 3. & 4. D. eod.* Tertiò qui sine causa indebitum promisit, vel soluit, condicit hac condictione *l. 1. & l. 2. D. eod.* Quartò. nihil refert vtrum ab initio quid sine causa datum sit, an causa propter quam quid datum est, secuta non sit, *l. 4. D. eod. & l. cùm ancillam 6. C. de condict. ob caus.* Quintò, si causa propter quam aliquid datum, vel promissum fuerit, finita sit, *l. 1. §. siue autem. D. eod.* Exemplum habes, *l. ex empto 11. §. ego illud. D. de action. empti, & l. 2. D. de condictione sine causa.* Sextò si res alicuius ad alium ex iniusta causa peruenerit, vel redeat ad iniustam causam *l. 1. fin. D. eod.*

69 Cum hac condictione sine causa concurrunt simul, & aliæ actiones, vti superiùs monuimus; nam si arra data fuerit, pretia soluta, atque adeò causa finita, non fuerit emptori reddita, dabitur quoque actio ex empto, *l. ex empto 11. citat.* Deindè si fullo propter vestimenta deperdita pretium eorum domino soluisset, si dominus deinde vestimenta receperit, erit fulloni actio ex conducto, vel condictio sine causa, *l. 2. D. de condict. sine causa.* Tertiò qui sine causa promisit, præter condictionem, habet quoque exceptionem doli mali, qua se deffendat, si conueniatur, *l. 2. §. circa. D. de doli mali exception.*

§. VI.

De condictione triticaria.

70 HVius condictionis, per quam cæteræ res omnes, excepta numerata pecunia, petuntur, vt ait Vlpian. *l. 1.* nomen à tritico desumi fatentur omnes, sed in reddenda ratione nomenclationis huiusmodi protsus dissentiunt, aut etiam ineptiunt, vt in pluribus aliis ethymologiis. Accursius deducit à quodã Triticio prætore, eodem modo quo actio Seruiana, & Paulliana à Paullo, & Seruio; verùm dicenda fuisset potius triticiaria Deindè hæc actio ciuilis est, & non Prætoria. Bartolus verò lusit in eo nomine, cùm enim per eam actionem petantur res omnes, præter numeratam pecuniam, dixit inductam fuisse à quodam Franciscano, qui omnes alias res præter pecuniam capiebat; aut quia eius vsus Franciscanis antiquior est, mauult inductam à quodam Philosopho, qui profiteretur se pecuniam respuere. Cuiacius Stephanum Græcum interpretem secutus casu quodam factum esse hoc nomen putat, cùm is qui primus hanc actionem postulasset, fortè de tritico æstimando negotium haberet, quæ sanè non est docti hominis coniectura, inquit Hotman. sed anilis potiùs deliratio. Alij volunt dictam potius à tritico quàm à cæteris rebus, quæ per eam petuntur, quòd omnium aliarum mercium, illa magis sit ad vsum vitæ necessaria, & plurima quæ diuersis speciebus ex æquo conueniunt, soleant ab ea quæ nobilior est, denominari. Verùm cùm hac condictione fundus ipse, vsusfructus, cæteræ res incorporales, quæ in iure consistunt, ac nobiliores tritico, cæterisque mercibus existunt, petantur, denominanda potiùs ab illis fuisset condictio fundaria, vsufructuaria, non triticaria, maximè cùm triticum in fundi fructu sit, fundo ipso potiùs contineri, quam fundum tritico dicendum sit, atque adeò à fundo non à tritico denominari debuisset hæc actio. Bartolus igitur missis iocis ait esse inductam ad eas res, quarum æstimatio pro varietate temporum variatur, in quibus non est pecunia numerata, cuius semper vna certa, perpetuaque est æstimatio, quod verè quidem dictum est, si quæratur cur condictio triticaria non detur ad pecuniam numeratam, sicut ad res aliàs. Hoc tamen modò non quærimus, sed solum cur à tritico potiùs dicta sit hæc condictio triticaria, quàm ab aliis rebus, quarum non minus incerta & varia est æstimatio, quàm ipsius tritici. Deindè per hanc condictionem peti non tantum rerum æstimationem, sed res ipsas, multi contendunt.

Itaque Antonius Faber, *decade 83. errore 1.* 71
& 2. denominationem istam fusiùs, nescio an feliciùs explicat. Ait igitur actiones omnes comparatas esse ad res cuiuscumque generis petendas, quibus hominum vita, societas, & commercia continentur. Illæ verò duplicis sunt generis, certæ nimirum, & incertæ. Certæ sunt, quæ aut nomine, aut demonstratione, quæ nominis vice fungatur, quales, & quantæ sint ostenduntur; vt fundus Cornelianus, Tusculanus. Incertæ verò sunt ex quarum denominatione & demonstratione intelligi non potest, quales, & quantæ sint, vt triticum, nihil addendo aliud, aut triticum Africanum, neque addendo bonum, aut optimum, his enim vocibus designatur res incertæ æstimationis, immò & ipsa res incerta significatur. Hæc porrò certitudo, vel incertitudo iterum diuersa est, maior videlicet, aut minor: nam res illa certa omni ex parte censetur, quæ talis est, quantum ad eius designationem, & demonstrationem, atque etiam, quantum ad ipsius æstimationem, qua perfecta certitudine sola pecunia numerata certa est. Cæteræ omnes res incertæ sunt; quamuis enim habeant certam speciem ac naturam, ita vt si in stipulationem, ac contractum deducantur, faciant certam stipulationem, & contractum, *lege stipulationum 74. & seq. D. de verb. obligat.* quia tamen habent etiam actionem incertam, atque pro temporum & locorum varietate mutabilem, incertæ sunt ex parte, siue non omni modo, & absolutè, ac simpliciter certæ, cùm aliquid incerti admixtum habeant. Hinc factum, vt condictione aut petitione certi designarint iura eam actionem, qua numerata certa pecunia petitur, quia præter pecuniam numeratam nihil omninò est, quod absolutè certum sit. Ad illam deindè omnes alias actiones quibus certum aliquid petitur, reuocarunt, & ad edictum si certum petatur. Cùm autem cæteræ res omnes alio genere actionis petendæ essent, tanquam incertæ, eius actionis nomen sumere voluerunt ex re quæ esset omnium incertissima, tam quoad suam intrinsecam æstimationem, quàm quoad suam naturam, & substantiam, cuiusmodi sunt ea quæ in genere, non in specie consistunt, illa enim semper sunt incerta quoad propriam naturam, & substantiam, atque quoad æstimationem, vnde nec perire possunt, nec fieri deteriora, quamdiu in generis nomine, & natura manent, nec

transeunt

transeunt in speciem. Talia sunt triticum, vinum, oleum, hordeum, & aliæ similes res, quæ mercis nomine continentur, vnde concludit Faber. Benè igitur dicta est condictio triticaria à tritico, quia licèt per eam aliæ res omnes præter certam pecuniam numeratam petantur, non minus quàm triticum, potuerunt tamen eæ res omnes tamquàm incertæ significari per triticum, cuius appellatione res omnino incerta significatur. Quia verò obiici potest, dici æquè debuisse vinariam, oleariam, cùm vinum & oleum non minus quàm triticum in genere consistant, incertamque habeant non modò æstimationem, sed etiam naturam. Respondet Faber triticariam appellatam fuisse, & appellari debuisse, eo quod ex omnibus mercibus licèt cum tritico simillimam naturam habeant, nulla sit ad hominis vitam magis necessaria, quàm triticum, ex quo fit panis, sine quo vita vix transigi potest, vti sine vino & oleo duci potest, quamuis non nisi minus commodè. Vides igitur sapienter nomina actionis si certum petatur, hoc est condictionis certi, & conditionis triticariæ, ducta fuisse à pecunia numerata, qua certius nihil est, & à tritico re omnium incertissima, vti diximus. Atque illo duplici actionum genere, comprehendi omnes actiones, quæ ex necessitate hominum gratia comparatæ sunt, cum in illis omnibus aliquid certum vel incertum petatur.

72 Manet tamen grauis difficultas; falsum enim est certi condictione nihil peti nisi certam pecuniam numeratam, & per condictiones triticarias cæteras res omnes: nam ipsum triticum, vinum, oleum, & alia quæ pondere, vel numero, vel mensura constant, in quibus mutuum consistere dicitur, immò & fundus, homo, & aliæ species, per certi conditionem peti possunt, *l. 2. §. mutuum datio*, *l. si vinum* 22. *l. si quis certum* 24. *l. cùm fundus* 31. & passim, *D. de reb. credit.* vbi de condictione certi, non de triticaria agitur. Per condictionem igitur certi non petitur sola pecunia numerata, vti tamen totus iste Fabri discursus supponit: deindè quomodo differet condictio certi à condictione triticaria, quandoquidem per condictionem certi, etiam triticum peti potest, & res alia quælibet, æquè atque per ipsam condictionem triticariam. Respondet Faber *errore 2. decade* 83. posse quidem per certi condictionem peti illas ipsas res, quæ per triticariam peterentur, sed æstimandas certo pretio, ac proindè pecunia numerata; quia cùm petitio fiat apud prætorem per contestationem litis, contestatio verò fiat, priusquam dictetur formula actionis, & iudicij, necessariò sequitur vt qui per condictionem certi petere vlt triticum, quod mutuum dedit, non æstimationem tritici petat apud prætorem, sed triticum ipsum, quod in obligatione est, quare liberabitur debitor, si eo ipso tempore quo fit litis contestatio, præstet triticum æquè bonum, hoc est quale, quantumque est illud quod debet, *l. cùm quid 3. D. de rebus credit.* sed quia tale dari debet, quale est aliquid cum petitur, *lege 2. D. de vsur.* Est siquidem nouissimum illud instans quo satisfacere potest obligationi, is qui conuenitur, *lege si calendis* 11. *D. de re iudic.* Tritici autem, & cæterarum mercium æstimatio in singula momenta variatur, & triticum, dum alterius pretij est, iam aliud factum esse videtur, indè fit vt qui triticum petit apud Prætorem, vt impetret formulam condictionis certi, æstimandum sit triticum eo pretio quo fuit iudicij accepti tempore; quæ æstimatio certa fieri non potest, nisi consistat in certa pecunia numerata; pecunia enim numerata, cæteras omnes res æstimat, & per illas æstimari non potest, *l. si ita fideiussorem 42. D. de fideiuss.* Qui igitur petit triticum vt eius æstimationem obtineat, quæ fuit tempore litis contestatæ, quod pro suo iure facere potest, eo ipso certam pecuniam numeratam petit, quia licèt ante factam æstimationem ignoretur quantitas, & numerus pecuniæ ex ea causa debitæ; ea tamen ex sua natura certa est, cum ad tempus præteritum, illudque certum referatur, in eamque causam accommodatur ei condictio certi, quam prætor non dat nisi petenti, nec nisi post litem contestatam, nec alij quàm ei cui iam ius quæsitum sit petendi pretij in pecunia numerata, & qui voluntatem suam esse declarauerit, vt non triticum ipsum, sed tritici æstimationem, quæ accepti iudicij tempore fuisset maior, consequi velit: itaque formula actionis à prætore sic accipienda erit, vt debitor non ad præstandum triticum, sed ad eam præcisè æstimationem, quæ litis contestatæ tempore fuerit, condemnetur. Operosus ista discursus longius & accuratius examen postularet maximè quoad illam certi condictionem, quod vt ad solam numeratam certam pecuniam restringatur, postulat omnia quæ per illam peti nemo dubitare potest, ad æstimationem ipsorum, quæ fuit litis contestatæ tempore reduci, cum licèt id in quibusdam rebus fieri nonnunquam debeat, non tamen neque semper fit, neque in omnibus, vt cum petitur fundus Tusculanus centum iugerum, & certis limitibus designatis, an prætor dabit actionem, qua possessor eius damnetur ad illius æstimationem, quæ fuit litis contestatæ tempore, an potiùs ad illum ipsum fundum restituendum, nisi fortassis ad compensationem damni, quod culpa possessoris acceperit. Deindè quomodo fundus ille certus condictione triticaria, quæ est condictio incerti ex Fabro peti poterit.

Vltimò igitur Hotman. *in D. de condict. triticaria*, totam istam nomenclationem ex antiquis moribus, eruditè nisi fallor deriuat; qui enim cum imperio & potestate mittebantur in prouincias poterant ex S. C. & legibus certum tritici numerum aratoribus, & ciuitatibus imperare, quem ad cellam, id est vsum domesticum in certum aliquem prouinciæ locum cogerent, poterant & pro tritico pecuniam quanti ex S. C. æstimatum fuerat, accipere, si commodius id illis fuisset: quare frumentum illud æstimatum dicebatur, quod ex Tullio multis locis in orationibus in Verrem, & ex Asconio colligere licet. Cùm autem, vti aliàs monuimus, condictio veteri consuetudine pro denuntiatione vsurparetur: denuntiatio illa ciuitatibus, & aratoribus fieri solita, condictio triticaria dicebatur quasi denuntiatio vt pro tritico pecunia daretur, simulque loci, vbi reddendum triticum erat, ratio habebatur. Hinc Cicero, *Verrin. V. Nam cum ex S. C. & ex legibus frumentum ei in cellam habere liceret, idque frumentum ita Senatus æstimasset quaternis tritici modium, binis hordei: iste tritici* 73

modios

modios singulos cum aratoribus denariis ternis æstimauit. Et mox; *Hæc æstimatio nata est, iudices, non ex Prætorum, aut Consulum, sed ex aratorum, atque ciuitatum commodo: nam cùm arator in eum locum, quo imperabatur, frumentum portare nollet, petiuit beneficij loco, & gratia, vt sibi pro frumento, quanti frumentum esset, dare liceret. Ex eiusmodi principio, atque ex liberalitate, atque adcommodatione Magistratuum, consuetudo æstimationis introducta est.* Hinc factum non malè existimauit Hotman. vt cùm illa triticaria condictio in prouinciis vsitata esset, sensim consuetudine forensi induceretur, vt quæ actio non tam rem, quàm æstimationem peteret, ea triticaria diceretur, maximè vbi non modo rei æstimandæ, verùm etiam loci ratio duceretur. Neque dicas apud Ciceronem, & Asconium non triticum sed frumentum æstimatum appellari. Nam etiam tritici in cellam mentio apud illos obuia est, & promiscuè vtrumque vsurpatur, vt vides apud Cassiodor. in formula præfecti annonæ, *Triticarias quidem copias*, inquit, *præfectura prætoriana procurat: sed non minor laus est dispensationem probabilem facere, quàm frumenta colligere.* Huic Hotmani coniecturæ circa nomen triticariæ condictionis nihil videtur obiici posse, quàm quòd ea condictione, non tam rerum æstimationem, quàm ipsas res peti nonnulli existiment. Verùm quidquid de ea opinione, de qua statim disputabimus, sentire placeat, negari non potest in hac condictione cogi nos sæpiùs ad æstimationem rerum quæ petuntur, cùm etiam in condictione certi, post contestationem litis, prætor det formulam actionis, vt debitor damnetur ad pretium, & æstimationem frumenti, & aliarum mercium, quæ fuerat tempore dati iudicij, vti Faber disserebat, vt probaret etiam triticum, & alia eiusmodi peti condictione si certum petatur, quia cogitur prætor sæpè in formula iudicij iubere vt debitor damnetur ad æstimationem quæ fuit tempore contestatæ litis, vel dati iudicij; quæ æstimatio fieri nequit, nisi in certa pecunia numerata, ideóque inde dici existimat per certi condictionem, peti solam certam pecuniam numeratam. Cur igitur non dicetur per condictionem triticariam peti æstimationem, non res ipsas, quandoquidem in ea petitione, vel damnatione ferè semper deueniendum est ad aliquam æstimationem, eo quod in illis ferè semper varietur, & alioquin aliud esset in obligatione, aliud in condemnatione, cùm triticum, cuius æstimatio variata est, non sit illud ipsum quod erat in obligatione, sed maioris vel minoris valoris; atque ita non redditur quod debebatur, sed maius aut minus. Deindè cum per hanc cõdictionem petantur res incertæ, vti omnes fatentur, earum incertitudo non potest ferè aliter tolli, quàm per æstimationem, neque quidquam interest, an quis petat æstimationem tritici, an triticum æstimatum vel æstimandum: quare condictio per quàm vel æstimatio rei, vel res æstimata sæpiùs petitur, triticaria iure meritò dicitur ea antiquo illo more denuntiandi, aut condicendi pretium, & æstimationem tritici ab aratoribus, & ciuitatibus in cellam Magistratuum qui prouinciæ præerant cogendi. Atque hactenus de nomine condictionis triticariæ fusiùs fortassis quàm par fuisset, cùm eiusmodi de nomine controuersiæ leues plerumque sint, cum tamen in eo non semel Iurisconsulti magnum momentum constituere videantur, & aliquando ineptiant; qua de re in nostra scientia canonica diximus aliquid.

Venio igitur ad ipsam naturam, & definitionem huius condictionis, de qua fusissimè Antonius Faber, *decade* 84. *errore* 4. *& seq.* vbi pluribus refert Cuiacij, & aliorũ opinionem, qui existimarunt condictionem triticariam esse actionem arbitrariam per quàm petantur non modo res incertæ; sed & incorporales, & immobiles; alij verò volunt per illam loco rei, quam dari oportuit, peti eius æstimationem, quæ omnia fusissimè confutat Faber, & tandem, *errore* 7. ait condictionem triticariam nihil aliud esse quàm strictam actionem per quam intendimus rem ipsam præcisè nobis dari oportere, nulla siue loci, siue temporis habita ratione, & siue res pluris fuerit tempore moræ, siue litis contestatæ, siue minoris; proinde vsum eius in eo consistere, vt triticum, aut aliud quidlibet extra pecuniam numeratam præcisè petatur, si præuideat creditor auctum iri æstimationem, pretiumque tritici, vel alterius rei, futuramque rem pluris eo tempore, quo in condemnationem deducetur, quàm sit eo tempore quo petitur, id est quo litis contestatio fit, quemadmodum si è contrario præuideat fore vt æstimatio decrescat, consultius multo fecerit, si omissa triticaria, condictionem certi elegerit, quæ competat siue ea mutuo, siue ex stipulatione, per quam actionem petat verbis ipsis actionis, non eandem rem quæ debetur, & quam peteret per triticariam, sed æstimationem eius, scilicet quanti sit res tempore litis contestatæ, si dies adiectus solutioni non fuerat, aut quanti eo die quo dari debuit, si in diem obligatio fuit. Rursus quanti eo loco in quo petitur, si non conuenerit vt alio certo loco redderetur, aut si de eo pactum siue in continenti, siue ex interuallo intercesserat, quanti fuit in eo ipso loco, in quo solui debuit: quæ omnia retulisse ex ipso Fabro eiusque verbis placuit, vt ex tanti viri mente explicatam habeas condictionis triticariæ naturam, & eius à condictione certi distinctionem secùs quam vulgus interpretum sentiat; putant enim quoties aliqua ratio loci, vel temporis habenda est cessare condictionem certi, eaque de causa inducendam necessariò esse triticariam. Est igitur commune vtrique actioni, & condictioni certi, & triticariæ, vt rem ipsam quæ in obligatione est peti oporteat, sed aliter in hac, aliter in illa actione. Nam in actione certi res ipsa quidem petitur, sed non præstanda præcisè, sed quanti fuit tempore litis contestatæ. In triticaria verò res ipsa præcisè præstanda, etiam post litem contestatam, si velit reus effugere condemnationem. Rationem reddit Faber ea ipso processu, & ordine iudiciorum in Rationalibus suis *ad l.* 1. *D. de condict. triticaria.* Distinguit enim duplicem petitionem, prima fit per litis contestationem, postquam datur actio à Prætore per formulam per quàm datur quoque Iudex: quæ petitio maximè propria est, *l. amplius peti* 15. *D. rem ratam hab.* In eam verò petitionem illud ipsum deducendum omninò est, quod fuit in obligatione, ac proinde fundus non pecunia, si fundus & non pecunia debebatur, *l. certum* 6. *l. cum fundus* 35. *D. de reb. credit.* & *l. fundum* 28. *D. de nouat.* Altera petitio fit in iudicio post litem contestatam,

datamque

datamque à prætore actionem, in ea petitione nihil nisi pecunia numerata petitur, quamuis fundus tempore contestatæ litis fuerit peritus *l. fundum 28. D. de nouation.* fit siquidem nouatio per contestationem, *l. denegare 11. §. 1. l. si Iuliam 29. D. de nouation.* quod intelligendum est, cum certi condictione agitur. Aliter enim dicendum est, si condictione triticaria agatur; in illa siquidem res ipsa quæ fuit debita ante litis contestationem, & per illam petita, eadem post litem contestatam petitur in iudicio vsque ad sententiam. Dicitur itaque condictio generalis, quia ex quacunque causa datur, & ex quocunque contractu, siue certo, siue incerto, dummodo certum sit quod debetur, & quod petitur, siue in specie, siue in quantitate consistat. Per eam tamen actor nihil aliud consequi, aut petere potest ex die litis contestatæ, quàm pecuniam numeratam. In triticaria verò res ipsa debita non modò in contestatione litis, sed post illam contestatam, & in ipso iudicio petitur: quamuis actor nihil nisi pecuniam numeratam consequuturus sit, quia etiam in triticaria lis æstimanda est, *l. 3. D. de condict. triticaria.* Neque dicas malè & imprudenter indicare Iudicem, qui pro fundo, aut tritico petito condemnat reum ad æstimationem: idenim facit primò ex mera iuris necessitate, vt post sententiam executio aliqua iudicati inuito etiam condemnato fieri possit sine vi, & impressione per capiẽda pignora, *l. à diuo Pio 15. §. si pignora. D. de re iudic.* Deindè id facit in præscripto formulæ datæ à prætore, à qua nec minimũ etiamsi velit, discedere potest. Idcircò cõdictio triticaria sicut & condictio certi conueniunt si attendas tempus quod inter litis contestationem, & sententiam interiicitur, non verò si tempus litis contestatæ, aut ferendæ sententiæ. In certi condictione, contestatio litis fieri potest de rebus omnibus certis siue in specie siue in quantitate consistant. Condemnatio verò tum in illa tum in triticaria fieri debet in pecuniam numeratam; aliundè tamen generalior dici debet triticaria condictione certi, quia per eam petuntur etiam res incertæ, & iura, quæ tamen per certi condictionem peti non possunt: quia iura nec digito demonstrari, nec per relationem ad aliquid certum, certa fieri possunt, cùm sint incorporalia.

75 Ex his vides quænam sit materia condictionis triticariæ, sunt enim res omnes, vti explicat Vlpian. *l. 1. D. de condict. triticar.* vbi ipsummet fundum peti posse affirmat; nempè, vti iam diximus, vsque ad litem contestatam, & in ipsa contestatione, si erat in obligatione, sed post litem contestatam, datamque formulam à prætore, à quo tempore actio & iudicium incipit, non aliud in iudicium condictionis certi deducitur, nisi quanti fuit fundus tempore litis, *l. cum fundus 31. D. de rebus credit.* At verò in iudicium condictionis triticariæ, per quam fundus petebatur, ipse quoque fundus deducitur, non eius æstimatio quæ præcisè finit tempore litis contestatæ. Neque alia quantitas deducenda erit in condemnationem, quàm quæ fuit tempore litis contestatæ. Quare plurimum interest, vt iam sæpè monuimus, vtrum fundus petatur condictione certi, an triticaria, nullo etiam adiecto loco, vel tempore, quia adiectio loci & temporis facit actionem arbitrariam, non triticariã.

Secundò condici potest fundus, etiam vectigalis, inquit Vlpian. *l. 1. citata.* Est verò fundus vectigalis, cuius retinendi potestatem etiam inuito domino habet possessor, quamdiu vectigal ipsi debitum soluit, immò & illum vindicare potest vtili in rem actione, si sine sua culpa possessionem amiserit *l. 1. D. si ager vectigal. & emphit. petat.* Vnde aliqui negant einsmodi fundum peti posse per aliquam condictionem siue certi, siue triticariam, quia in nulla condictione præterquam furtiua petimus vnquam quod nostrum fuit, vt initio huius articuli diximus, *l. videamus 38. §. si actionem, D. de vsur.* quia per condictionem intendimus aduersarium dare nobis oportere, *§ sic itaque. Inst. de action.* fundus autem vectigalis nũquam fuit in dominio possessoris, neque ita est dominij. vt possit absolutè dicere illum suum esse *l. lex vectigali fundo 31. D. de pignorib. l. finita 15. §. si de vectigalib. D. de damno infecto.* Verùm cùm & possessor fundi non vectigalis, & eius dominus aliquod in eo fundo ius habeat, condicere ius illud poterit, non quidem per condictionem certi. Quoniam iura omnia incerta esse creduntur, eo quod sint incorporalia, *l. vbi autem 75. §. fundi autem, D. de verb. obligat.* Condicetur itaque per triticariam, vt dixit Vlpian. quia per illam incerta, atque adeò iura petuntur. Deindè fundus vectigalis partim in re, partim in iure consistit. Æquè igitur per triticariam condicetur, atque cætera quæ in iure consistunt. 75

Tertiò poterit quoque peti per triticariã vsusfructus, vt *eadem l. 1.* dicit Vlpian. quia licèt vsusfructus quoad effectum, emolomentum rei contineat, formaliter tamen consistit in iure, non in parte aut portione; & cum sit seruitus personalis, profectò ius est, sicut cæteræ seruitutes tam personales, quàm reales; quare qui vsumfructum fundi quamuis certi iuris stipulatus est, incertum stipulatus est *l. vbi autem 75. §. fundi certi. D. de verb. obligat.* quia omnia iura incerta sunt. Per condictionem igitur triticariam, per quam iura, & omnia incerta petuntur, peti poterit. 77

Quartò per hanc condictionem petuntur seruitutes, vtrorumque prædiorum, hoc est tum vrbanorum, tum rusticorum, cùm sint iura, & in iure consistant. Immò neque emolumentum rei contineant, in eoque differunt ab vsufructu. Condicentur itaque seruitutes antequam constitutæ sint, nam postquam constitutæ sunt, & traditæ eo modo quo iura tradi possunt, non condicuntur, sed vindicantur propria actione, de qua *in D. si vsusfruct. petat.* & *D. si seruit. vindic.* condicere suam seruitutem siue realem siue personalem, non magis quàm aliam rem suam nemo potest, vt statim dicam. 78

Quintò nemo rem suam condicere potest, nisi in causa furtiua, vel re mobili vi abrepta, inquit Vlpian. *in l. 1. citata.* Cuius assertionis euidẽs est ratio; cùm enim in omni cõdictione intendit actor rem sibi dari oportere, & dare sit dominium transferre, vt toto articulo sæpius monuimus, necessariò sequitur id quod meum iam est, dari mihi amplius non posse, cùm non possit magis meum fieri, quod iam meum est. Cùm itaque condictio triticaria sit eiusdem naturæ, & potestatis cum cæteris, & per eam quoque intendat actor sibi dari oportere, non 79

poterit per illam petere rem suam, nisi in speciali causa, id speciali iure indulgeatur, vt in condictione furtiua in odiũ furti, de qua *§. sequ.*

80 Sextò non datur etiam ad factum condictio triticaria, sicut neque condictio certi, diuersa tamen ratione: nam condictio facti negatur, quia omnia facta incerta sunt, *l. vbi autem 75. §. qui id 15. D. de verb. obligat.* Triticariâ verò non agitur ad factum, quia licet illa detur ad res etiam incertas, non datur tamen ad pecuniam numeratam, atqui in omnibus faciendi obligationibus, in locum obligationis facti succedit obligatio præstandæ pecuniæ *l. si quis ab alio 13. D. de re iudic.* Ad illam igitur dari nequit condictio triticaria.

81 Sic explicata paulò fusiùs condictionis triticariæ natura, intelliges obscurissimam *l. 3. D. de condict. triticaria*, qua vix in toto iure difficiliorem & obscuriorem reperiri existimauit Anton. Faber, quare & accuratiùs de illa disputauit *decade 74. maximè errore* 8. 9. 10. vbi nonnulla quæ in libris coniecturarum dixerat emendauit: discussæ tamen videntur omnes illæ tenebræ ex hactenus dictis. Volt enim Vlpian. in hac condictione triticaria, quoties quæritur cuius æstimationem temporis recipiat res quæ petitur; verius esse quod dixit Seruius, spectandum esse tempus condemnationis, cuius dicti non exigua videtur esse difficultas; nam in omnibus stricti iuris actionibus, vbi quæritur de rei debitæ æstimatione definienda, perpetuò, & præcisè tempus litis contestatæ spectatur, *l. vinum 22. D. de reb. credit.* & alibi. In eoque differunt à iudiciis bonæ fidei, in quibus rei iudicandæ tempus attenditur, aut moræ, vtro tempore pluris fuerit. Atqui condictio triticaria est stricti iuris, vt & cæteræ omnes condictiones. In illa igitur tanti est æstimanda lis per sententiã, quanti præcisè fuit tẽpore contestationis.

Resp. differentiam esse inter condictionem triticariam, & alias, hac in parte, quòd cùm æstimari debeat res petita eo tempore quo postremo & nouissimè solui potuit, *l. si calendis 11. D. de re iudicata*, res per triticariam potuit solui ipso vltimo instanti ante condemnationẽ, & si tunc solueretur, eius solutio pareret omninò liberationem debitori *§. vlt. Inst. de perpet. & temporal. action.* Si itaque soluta non sit ante sententiam, tempus condemnationis præcisè spectandum erit, in ea sententia ferenda, & lite per illam æstimanda, quæ æstimatio nullo modo fieri potest, nisi in numerata pecunia, quod sæpiùs monemus. Cùm igitur instans ante condemnationem & sententiam sit primum in quo res petita solui posse desinit, in illo sanè æstimanda est, hoc est secondum valorem, quem habet in illo instanti. At verò alia longè ratio, & ius est in cæteris condictionibus. In illis enim res petita solui posse desinit, & pecunia deberi incipit ex tempore litis contestatæ propter nouationem quæ fit per contestationem, illud igitur tempus in æstimanda lite spectandum est, non in triticaria, quia in ea nulla fit nouatio per contestationem; immò hoc expressè agitur, vt nulla fiat nouatio, sed vt ipsum quod in obligatione, & petitione fuit tempore litis contestatæ, in eodem statu & causa maneat, vsque ad tempus rei iudicatæ. Quod igitur in æstimatione rei quæ per condictionem triticariam petitur, spectetur præcisè tempus condemnationis, contra quam contingat in cæteris condictionibus, in quibus vt & in omnibus iudiciis stricti iuris inspicitur tempus litis contestatæ, id non contingit quòd condictio triticaria non sit stricti iuris, vti cæteræ, aut sit aliqua bonæ fidei, sed quia in hac sola non fit nouatio per contestationem, resque per illam petita manet in eadem causa vsque ad tempus iudicij, & instanti vltimo potest adhuc solui, in eoque tantum posse solui desinit, cum in aliis condictionibus, vt diximus, res petita desinat solui posse in tempore litis contestatæ, tuncque incipiat deberi pecunia, quæ sine dubio non debetur nisi pro æstimatione rei petitæ. Illam igitur æstimationem pro ratione illius temporis litis contestatæ fieri omninò oportet. Alia dabit Anton. Faber qui cæteras interpretationes, & reiicit, & quæ in eam *l. 3. & 4.* difficilia sunt, discutit. Hæc enim omnia ad interpretum iuris subtiliores scholas remittimus, cùm nostro instituto necessaria non sint immò neque ad hodiernum vsum fori. Obseruat enim Mornac. in hunc titulum, eius condictionis nullum hodie vsum fore, cùm omnes actiones quibus experimur, sint vel in rem, vel in personam, vel mixtæ, omnes hodie in actiones in factum degenerare, abrogatis, veteribus formolis; satisque est ex constitutione regia anni 1539. *art.* 16. vt libello nudo, simplici, conciso, castigatóque sermone complectamur, quod ab aduersario fieri, dari, præstarive volumus. Et denique solum factum, & rem, vti gesta est, includimus nostro libello parum solliciti de formulis, siue de pecunia numerata, siue de re quapiam alia agatur.

§. VII.

De condictione furtiua.

Obseruandum est quod iterum monebimus *lib. sequenti*, vbi de actionibus ratione furti disputabimus, ex furti delicto quadruplicem actionem dari, nimirum actionem furti, condictionem furtiuam, vindicationem, & actionem ad exhibendum, vt dixit Vlpian. *l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furtiua*, quam legem loco citato explicamus. Et quidem actio furti merè pœnalis est, & nihil nisi pœnam persequitur. *De* ea agemus libro citato. At verò condictio furtiua, de qua modo disputamus, rei dumtaxat persecutoria est, nec nisi rem ipsam subreptam persequitur, & aliquando id quod interest: tanquam aliquid subreptæ cohærens, pœnam verò nunquam persequitur: quare neque pœnalis, neque famosa actio est, vndè quoque fit vt actio furti, & condictio simul concurrere possint, & vna non tollat aut consummet alteram. Vindicatio verò non datur nisi contra possessorem, *l. officium 9. l. is qui destinauit 24.* & passim *D. de rei vindicat.* & nascitur ex præsenti possessione, *l. non alias 24. §. sed si postulatur, D. de iudic.* neque per vindicationem peti potest res nisi præsens, & quæ digito demonstrari possit, ex vulgari & consueta formula: *Hanc rem iure Quiritium meam esse aio: l. 1. D. de rei vindicat.* Per cõdictionem autem quæ est actio personalis res debita peti potest, etiamsi perempta sit, si modo præcesserit aliqua mora, quæ facere possit, vt ea ipsa res, quæ periit, adhuc extare, & debita esse videatur, *l. si seruum 91. §. sequitur, & §. vlt. Digest. de verb.*

verb. obligat. quod ipsum in fure contingit, qui debitor est rei furtivæ, quovsque illam restituerit, & perpetuam moram in ea restituenda facere intelligitur, *l.in re furtiua* 8. §.1. *D. de condict. furtiua*, quia nec eam ab initio debuit aufere *l.vlt.D.eod.* sunt & aliæ inter condictionem furtiuam, & vindicationem differentiæ, quæ coostabunt inferius, vbi de vindicatione disputabimus. Actio denique ad exhibendum differt à condictione, propter eandem rationem, quia eiusmodi actio non datur etiam nisi contra possidentem, aut eum qui dolo malo desiit possidere *l.3.§.vlt.l.si ad exhibendum* 8.*l.de eo* 12. §.*vlt. D ad exhibendum.*

83 Condictio igitur furtiua est actio per quam is cui furtum factum est, ipsam rem subreptam, vel eius æstimationem sibi dari oportere intendit. Ex qua definitione vides imprimis materiam huius condictionis, siue quod per illam petitur, & ab aduersario dari oportere intenditur, esse primo quidem loco rem ipsam subreptam, *l.in re furtiua* 8. *D.de condict. furtiua;* est enim hæc conditio, sicut & cæteræ perfecutiua rei, & quidem, si res ipsa esset nulla posteà esse dubitatio quin ipsa condicatur. Verum difficultas est quid condici possit. Respondet ipsemet Vlpian. *in l.citata*, si fur non obtulerit rem subreptam, durare condictionem æstimationis, quandoquidem corpus quod non exiat, præstari non potest; quorum ratio est, quia res debita, si post moram debitoris perit, ipsi debitori perit, & in eius pœnam, ac odium habetur pro extante, *l. si seruum* 91. §. *sequitur*, & §.*vlt.D.de verb.obligat. l.in actionibus* 5. *D. de in litem iur.*& *l.pen.D.de condict.causa dati.* Atqui fur qui rei furtiuę est debitor, censetur semper esse in mora illam restituere, vt monuimus. Debet igitur purgare illam moram per obligationem realem, nullaque conditione suspensam, *l.qui decem.§.1.D.de solution.l.parui refert* 17. *D. de condict. furt. l. vlt. C. eod.* Vel si fur non obtulit, durabit condictio, vt ait *in citata l.8.* Vlpian. ita vt corpora ipsa furtiua peri possint, sed quia præstari non possunt, præstetur æstimatio. Itaque corpus est in petitione, æstimatio in solutione tantùm.

Neque dicas rei non extantis æstimationem non posse fieri à Iudice sine delatione iurisiurandi in litem, *l. in actionibus* 5. *D. de in litem iur.* Atqui nunquam dicitur in toto iure deferri iusiurandum in litem in condictione furtiua, quamuis in actione furti deferatur.

Resp. enim tunc tantùm necessarium esse iusiurandum in litem ad æstimandam rem peremptam in actionibus stricti iuris; cuiusmodi sunt condictiones omnes, cùm eius æstimatio temporis præcisè spectanda est, quo agitur de re perempta, vt habetur *citata l.5.* At verò cùm rei furtiuæ peremptæ æstimatio fit, nullius certi temporis ratio habetur, sed quanti plurimi res vnquam fuit, vt ait Vlpian. *l.8.citata.§.1.* quod in odium furis constitutum est: quod tamen intelligendum est, non à die furti commissi, sed litis contestatæ in tempus vsque iudicij; ne alioquin per continuationem furti melior euaderet conditio furis, quàm alterius debitoris in mora constituti: fieri autem posse æstimationem quanti plurimi nullo delato iureiurando patet *ex l. Aquilia*, in qua certum est nunquam iurari, *l.ait lex* 21. *D. ad l.Aquil.* & tamen in ea fit æstimatio quanti plurimi, quamquam melior est conditio furis, & mulieris quæ mariti res amouit, quàm eius qui contra *l. Aquiliam* hominem vulnerauit, aut occidit; hic enim tenetur quanti plurimi fuit homo ex die admissi delicti. In actione autem rerum amotarum, & condictione furtiua, existimatio quanti plurimi non egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus, *l.25.§.quæsitum.D.de priuat.delict.* quia in omnibus actionibus stricti iuris nulla haberi potest ratio æstimationis, quæ præcessit litis contestationem, quia quale quid est cum petitur, tale dari debet, inquit Papinian. *l.2. D. de vsur.* & sibi imputare debet actor cur non citiùs egerit. Neque dicas furem ex die admissi furti semper esse in mora, ac proinde totius illius temporis rationem fieri debere; quia in cōdictionibus, & iudiciis omnibus stricti iuris nulla penitus moræ ratio habetur ad augendam obligationem, sed ad eam perpetuandam, *l.si seruum* 91. §. *sequitur. D.de verb.obligat.* Dices in *l.rerum* 29. *D. rerum amotarum:* dicitur rerum amotarum æstimationem ad tempus quo amotæ sunt, referri, & si pluris factæ non restituuntur, crescit æstimatio, vt in condictione furtiua, cui legi concordant alia iura.

Resp. hinc dumtaxat haberi condictione furtiua peti illam ipsam rem, quæ sublata fuit, quod si melior fuit facta, & non deterior, spectatur tempus quo plurimi fuit, vt diximus.

Secundò ex his habes materiam condictionis furtiuæ, esse rei furtiuæ æstimationem modo explicato. Et sanè alioquio rei furtiuæ interitu etiam post moram, quam semper facere intelligitur fur, liberaretur contra apertissima iura, meliorque esset eius conditio, quàm cuiuslibet alterius debitoris in mora constituti, quæ tamen in iure deterior est. Idcóque præstant condictionem quanti plurimi quam cæteri debitores, vt diximus, non præstant. His adde rem furtiuam posse fieri deteriorem, ac proinde non redditur à fure eadem quæ subrepta est, eùm tamen ipse sit in perpetua mora, æstimari igitur debebit, cùm petitur. 84

Tertiò condicuntur fructus ex re furtiua percepti siue extent, siue consumpti sint, neque enim distinguit Vlpian. *l.8.§.2.D.de condict. furtiua.* Extantes quidem sunt eodem iure actoris, & condicentis, quo res ipsa quæ condicitur, quæ adhuc, vt dicam inferius, actoris est, vt eius dominij; nō enim isti fructus ad furē peruenere, nisi ex nouo furto, & noua cōtrectatione. Consumpti verò fructus desierunt quidem esse actoris; singulari tamen iure condicuntur. Hinc fit vt partus ancillæ furtiuæ condicatur, *l. ancilla* 12.*C.de furtis.* Sunt porrò fructus siue tantum accessoriè debeantur, aliquid à reipsa separatum, quod plurimis demonstrat Anton. Faber *in suo Codice tit. de vsur. definit.9.* quare quando præstatur æstimatio quanti plurimi, præstantur prętereà fructus & aliæ accessiones. Quod malè negant aliqui, quia æstimatio quanti plurimi est rea ipsa quæ debetur, fructus autē & accessiones sunt aliquid à reipsa separatum. 85

Quartò condicuntur quæ ex re subrepta facta sunt, vt pocula ex argento, vel massa argentea *l.si. quis* 52.*§. si quis massam. D. de furt.* in poculis fit etiam æstimatio cælaturæ, quæ impensa furis facta est, & si infans subreptus adolevetit, æstimatio fit adolescentis, quam- 86

ois cura & sumptibus furis creuerit, *l.ex argento* 13. *D. de condic.furtiua.* Vuis quoque subteptis mostum & vinacia condici possunt, *l. si seruus* 14.§ *fin. D.eod.* Ratio isturum est quia materia argenti subtracti, & poculorum inde factorom eadem prorsus est, nec differunt nisi forma: quare æquè eiusmodi poeulorum, atque ipsius argenti cundictio competat. Neqne hoc loco controuersia illa Sabitianorum, & Proculaniorum, de dominio speciei ex aliena materia confectæ, attendenda est, vtrom præferri debeat dominium materiæ ei qui nouam speciem fecisset, an forma materiæ præhabenda; an verò videndum vtrum illa materia ad sua initia redigi possit *l.adeo* 7.§. *cùm quis. D. de acquir. rerum domin.*& §.*cum ex aliena. Inst de rerum diuision.l.quæsitum* 78.§.*illud.D. de legat.*3.Illa siquidem disputatio instituta fuit de eo qui ex aliena materia suu nomine & bona fide nouam speciem facit; non de fure qui non potest rem alienam quam sciens subripuit, suam facere, nouam ei formam adiiciendo, atque ita rei furtiuæ duminium sibi quærere, quud autem dicebat Paul.de æstimatiune cælaturæ sumptibus furis factæ, æquissimum est, cùm eadem maneat subtepta materia, quæ reddenda est, sibique imputet fur, qui rei alienæ & furtiuæ cælaturam, aliaque ornamenta inseparabilia addiderit. Idem quoque de infante subrepto, qui apud furem adoleuerit, quia nuu tantum infaotis, sed & adolescentis furtum illa continuatione factum esse intelligitur, *l.inficiando* 67.§. *infcius.D.de furtis*, vbi Celsus ait tidiculum esse existimare meliorem fieri futis cunditionem, per furti continuationem, quod tamen contingeret, si impensa quam in rem furtiuam fecit, aut æstimatio quæ ex postfactu creuit, illi restituenda esset à dumino. Deuique fur numquam impensas etiam vtiles & neeessarias in rem furtiuam factas, tepetere potest. An verò idem eontingat in quulibet possessute malæ fidei, dicemus lib.sequenti.Interea adi Anton Fabrum, *lib.2.coniect. cap.*1. & *de errorib. pragmatic.* vbi *de condict.furtiua. decade* 78. 79. 80.81.

87 Quiotò boue subrepto, & occiso, cundictiu & bouis & corij, & eornuum domino compesit, si corium, & carnem, & cornua mortui iam bouis contrectauerit, *l.si seruus* 14. §.2.*D. de condict. furt.* quod vt iotelligas; obserua mortuo boue, me tamen eius carnem, corium, & eornua vindicare posse, quia mea sunt eùm ex re mea supersint, licèt euim interitus extinguat dominium rei, quæ interiit, non tamen tollit dominium eorum quæ ex illa supersunt, & alicuius adhuc vtilitatis existunt, cuiusmodi sunt cato & corium bouis mortui. Si verò petam buoem tanquam mihi debitum actione in personam, non possum eum mortuum petere, neque partea eius integrales, quæ ex mortuo supersunt, quia quod extincta specre superest, aliud quiddam est, & in nouam speciem transit, quæ debita dici non potest. Illud siquidem dumtaxat debitum dicitur, quod est in obligatione, in qua fuerat formaliter bos, non eius caro, aut corium: quare in *l mortuo boue* 49. *D. de legat.*2. mortuo boue qui legatus fuerat, neque caro, neque corium eius debetur legatario. Bos igitur furtiuus quamdiu vixit condici potoit, & si antequatu condiceretut, mortuus fuerit; potuit nihilominus à dumino, cui subreptus est, vindicari, atque quidquid ex ao murtuo superest. Condici tamen non potest par mottem, neque quod ex ea restat; quia dominus cui subreptus bos fuit, non condicit tanqoam dominus, sed tanquam is eui ex causa furti debetur: nec rem suam persequitur quasi suam, (id enim vindicationis pruprium est, sed quasi debitam, intenditque aduersatium sibi dara oportere, non restituere. Nihil purrò debet nisi ex causa furti, non fecit autem alterius rei furtum, quàm eius qoam contrectauit; quare eum bonem viuum euutrectauetit, non autem carnem aut corium furmaliter, non potest boue murtuo condictiune furtiua teueri carnis & corij, nisi mortui iam buuis carnem & cotium eontrectaoerit, vt sapienter dixit Iulian. *in hoc* §.2.vbi si dominus condictione buuis pretium acceperit, si aliud deinde petat, exceptiune submouendum; bis euim idem peteret, vt patet.

Sextò coudicitur possessio si quis ex re soli sit deiectus, *l.verùm* 25. *D.de furtis*. quod Celsus affirmat, qoia licet rei immubilis nun detur propriè furtum, qui tamen vi deiectus est, eondicete sibi ablatam possessionem potest. 88

Septimò condicitur in causa furtiua id quud interest agentis, cuius exemplum ponit Paul. *in l.si condicatur* 3. *D. condict. furt.* in seruo, qui condicitur ex causa furtiua, condicitur etiam id quud interest agentis, vt si hætes sit iustitutus seruus, & dominus subeat periculum perdendæ hæreditatis. Ratio est quia id quud interest æstimatur ex eo quud abest actori, aut quod is lucrari putuit *l.si commissa* 15. *D. ratam rem hab.* Ideòque euntinetur in ipsa rei persecutione, §. *rei persequenda, Inst de action. l.in honorariis* 35. *D. de obligat.& action.* Atqui eundictio furtiua persequitur rem, tam quoad restitutiunem fructuum, quam quoad æstimatiunem quanti plurimi fuit, vt hactenus diximus. In eam igitur venire debet omne quidquid agentis interest. Est enim velut causa cohærens corpori, atqui tanti seruus subreptus esse intelligitur, quantum lucri domino potuisset afferre, si non fuisset subteptus, quia adeundo hæreditatem iussu domini, ipsum feeisset hætedem. *Præstatur* igitur hoc casu id qood interest iure & vi ipsius actionis, non tanquam quid diuersum à seruo, sed tamquam causa cohærens corpori & æstimationi serui. Ideò non mutatur qualitas & denuminatio actionis; estque condictio certi, quia seruus ipse condicitur, neque fit condicto incerti, quod per illam, id etiam quod interest, quod semper incertum est, petatur, quia petitur tamquam pars ipsius rei furtiuæ, ac debitæ, eique cohærens. Denique æstimatio serui furtiui potest ex postfacto crescere, nuoquam decrescere, *l.in furti actione*, *D.de furt.* 89

Obseruandum porrò est seruum furtiuum condici posse, vel viuum, vel mortuum. Si viuus, æstimabitur periculum quod subit dominus perdendæ hæreditatis, in qua seruus fuerat institutus; si contingat mori seruum ante aditam hæreditatem iusso domini, neque enim plus interest agentis, cum quamdiu viuit seruus possit restitui, & hæreditatem adire, quo easu nihil interit domini ratione hæreditatis, quæ nondũ amissa est. Deniq; æstimari debet eo casu periculũ perdendę hæreditatis, nõ hæreditas

dep et dita

deperdita. At verò cum seruus ille furtiuus mortuus condicitur, cum neque ampliùs restitui domino, neque hæreditatem adire possit, pretium illius hæreditatis debet venire in æstimationem, cum tantumdem agentis intersit. Pretium igitur hæreditatis vna cum pretio serui mortui, quod necessario præstandum est, cùm corpus ipsum præstari non possit, *l. si pro fure* 7. §. *condictio.* & *l. in re furtiua* 8. *D. de condict. furtiua.*

Hactenus de materia condictionis furtiuæ. Videndum modò est, cui, & aduersùs quos competat.

90 Primò igitur soli Domino furti hæc condictio competit ex Vlpian. *l.* 1. *D. de condict. furtiua.* & *l. sed nec* 11. *D. eod. l. eum qui* 14. §. *qualis. D. de furt.* nouo sanè & singulari iure contra communes regulas odio furum ac prædonum, cùm id quod alicuius est, amplius eius fieri non possit. Institutum tamen est, vt domious rem suam à fure & prædone sibi dare intenderet, & condiceret; quod vti sæpius diximus, non contingit in cæteris condictionibus, quæ soli non domino conceduntur, cum dominus nequeat ab aduersario petere dominium quod iam habet. Quare & in furto difficile est intelligere quomodo dominus rei furtiuæ, illam condicere, hoc est eius dominium in se transferri petere possit ab aduersario. Quia tamen fur licet rei furtiuæ dominium non acquirat, facit tamen quantum potest vt illud acquirat, mirum non est si ea actione conueniatur, qua conueniretur, si verè per furtum dominus illius factus fuisset.

91 Secundò; quod verò dicit Vlpianus *in citata l.* 1. hanc condictionem soli domino competere, intelligendum est non tantùm de ipso domino, sed etiam eo qui loco domini est, vt de tutore qui licet dominus non sit, domini tamen nomine res pupilli administrat, *l. interdum* 56. §. *qui tutelam, D. de furtis. l. qui in puteum* 11. §. *an ignoscitur. D. quod vi aut clam.*

92 Tertiò competit hæredi eius cui furtum factum fuit. Paul. *in l. sed nec* 11. *D. de condict. furtiua.* Vnde fit vt non competat legatario, cum illi subtracta non est, cum furti tempore illius neque dominus, neque possessor esset, licèt hodie sit dominus, ideòque directam habet rei illius vindicationem. Illud enim potest quis vindicare, quod potest dicere suum esse, & contra, *l. in rem* 21. *D. de rei vindicat. l. Quintus* 27. §. *argento, D. de auro & argent. legat.* Quare vt cui condictio furtiua competat, necessarium est, vt ei res subtepta sit, eo tempore quo erat eius dominus, & manserit dominus eo ipso tempore, quo cœpit condicere, aut saltem sit hæres sit eius Dominus, non enim satis foret esse hæredem eius qui fuit dominus, si & ipse dominus non foret.

Dices Paul. *in l. si dominium* 47. *D. de furtis,* scribit si dominium quacunque ratione mutatum sit, nouo domino furti competere actionem, nec minus legatario, quàm hæredi, aut bonorum possessori. Resp. Paulum agere de actione furti, non de condictione furtiua, istas enim actiones plurimùm inter se differre monuimus, & ex noua furti contrectatione, non ex vetere debet hæc actio furti nasci legatario, quia cùm legatarius non sit iuris successor, non potest habere actionem ex veteri contrectatione, quam tamen haberet hæres, si res furtiua legata non fuisset, atque ita duas haberet actiones furti contra eandem personam eiusdem rei nomine, ea noua scilicet & veteri contrectatione. Cur verò actio furti competat legatario eo modo quo diximus, & condictio furtiua non competat, siue vt loquitur Accursius, actio furti sit ambulatoria & in legatarium transeat, reiectis duabus quas idem Accursius attulit rationibus, hanc dedit Anton. Faber. *in l.* 11. *citatam,* quia cùm condictio furtiua nascatur ex delicto quod factum sit domino, necesse est eum qui agit condictione furtiua, dominum esse eo ipso tempore, quo furtum factum est, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi *l.* 4. §. *si extraneus, D. de noxalib. action.* Actio verò furti nascitur quidem ex furto, non tamen ex eo furto, quod necesse sit factum esse domino, sed ei tantum cuius intersit, *l. cuius interfuit* 10. *D. de furtis.* Interest autem legatarij quamuis ex postfacto, quia non potest hodie alterius interesse, quam vel legatarij, vel hæredis. Huius verò non interest, cum legatum sit extraneo relictum. Solius igitur legatarij interest, & ex noua contrectatione furis acquiret nouam actionem furti, licèt non possit habere veterem actionem quam defunctus habuit ex veteri contrectatione.

Quartò si quis pecuniam suam pro debitore falso creditori soluit, soluenti, non autem ei pro quo soluit condictio furtiua competit, *l. si vendidero* 82. §. *fin. D. de furtis. l. quoniam* 18. *D. de condict. furtiua.* Ratio est quia qui sciens indebitos nummos non tam accipit, quàm dolo malo extorquet à non debitore, furtum facit eorum nummorum; quamuis enim soluti fint à domino, atque animo transferendi dominium in eum dolosum creditorem, solutor tamen cum tacita illa conditione, si ille qui accipit solutionem creditor sit. Quod non contingit in eo qui offert solutionem ei quem certò, licet per errorem existimat esse verum creditorem, nulla enim conditio, si sit creditor, apponitur, vel expresse, vel tacitè. In eo porrò casu quo furtum sit à falso creditore accipiendo nummos sibi indebitos, illorum dominium non transfertur in ipsum. Manet igitur apud soluentem, cui proinde condictio furtiua competit eiusmodi nummorum, indéque vlterius sequitur non competere illi cuius nomine, siue pro quo soluit, quia soluenti furtum factum fuit, & ipse dominus manet, si tamen pro me tamquam meus procurator soluerit, ratam habuerim solutionem ab ipso factam, hoc ipso me obligaui ad præstandam ipsi immunitatem: quare mihi quoque competet condictio, non tamen furtiua, sed indebiti, *l. si vendidero* 82. §. *vlt. D. de furtis.* Immò si dominium eiusmodi nummorum qui falso creditori à meo procuratore soluti sunt, translatum fuisset in accipientem, neutra condictio siue furtiua, siue indebiti competeret meo procuratori, sed mihi condictio indebiti si ratam habuerim solutionem. Deinde si procuratori furtiuam condictionem habenti præstem, habendo ratam solutionem ab ipso factam, cogetur ex æquitate condictionem furtiuam mihi cedere, alioquin bis idem consequeretur. Denique procurator, qui doloso & falso creditori soluit, non modo habet

habet condictionem furtiuam aduerſus illum, ſed etiam actionem furti, atque ita habes ſententiam *citata l. quoniam*, explicatam.

94 Quintò ſi fur fructus maturos adhuc pendentes decerpſerit, condictio furtiua competet proprietario & fundi domino, non autem fructuario, *l. arborib. 12. §. ſi fur 5. D. de vſufructu.* ex mente Iuliani qui rationem optimam reddit, ex eo quòd condictio furtiua ſuli domino competat, vti nobis ex hactenus diſputatis, certum eſt, fructuarius autem non eſt dominus fructuum, antequam illos perceperit, aut alius eius nomine, *l. fructuarius 13. D. quib. mod. vſusfruct. amit.* Eſtque euidens ratio, quia fructus quamdiu ſunt in fundo quamuis maturi & pendentes, pars fundi ſunt, *l. fructus 44. D. de rei vindicat. l. ſi ſeruus 61. §. loco. D. de furt.* fundi autem dominus non eſt fructuarius, ſed ipſe proprietarius, cuius proindè ſunt fructus fundi, ſicut & fundi ipſius proprietas, eiuſque omninò manent illi fructus, quamdiu alterius non fiunt: non fiunt autem furis per furtum. Cùm igitur fructuarius non ſit dominus fructuum ſubreptorum, illi non competet condictio furtiua aduersùm furem, qui furtum non fecit fructuario, ſed proprietario, neque dici poteſt vt vtrique competat ea condictio, cùm id non magis contingere valeat, quàm vt ambo ſint domini in ſolidum, *l. 5. §. vlt. D. commodati.* Egi verò de fructuario, & de dominio fructuum, non vſusfructus, diſtinguendum enim eſt dominium vſusfructus, qui in iure conſiſtit, & dominium fructuum, qui corporales ſunt. Vſufructuarius dominus eſt vſusfructus, etiam priuſquam fructus perceperit, non tamen eſt dominus fructuum niſi eos perceperit, & in horrea condiderit, aut alius eius nomine, vti diximus, quare minus habet iuris in fructibus percipiendis, quàm bonæ fidei poſſeſſor, cuius fructus fiunt ſtatim atque ſeparati ſunt, ſiue ab ipſo, ſiue ab alio, ſiue ipſius, ſiue alterius nomine fuerint ſeparati, *l. qui ſcit 25. §. 2. D. de vſufruct. l. antepen. D. de rei vindicat.* quod non eſt verum in fructuario.

95 Fructuario nihilominus competet actio furti, vt ait in *citat. l. arboribus*, Iulianus; quia illa non conceditur ſoli Domino, vti condictio furtiua, ſed iis omnibus, quorum ex honeſta & iuſta cauſa intereſt, *l. cuius interfuit 10. D. de furt.* At verò fructuarij intereſt non fuiſſe ſubreptos fructus, illos enim percepiſſet, non proprietarius, cuius proinde furtum factum eſſe nihil intereſt, quare illi non competit actio furtiua, ſed fructuario: quæ actio ſolam pœnam perſequitur, ſicut condictio rem ipſam; quare non ſe impedient ſi ſimul concurrant, & fructuarius agat actione furti, proprietarius condictione. Quæ verò contra Iulianum diſputarat Marcellus referuntur ab Vlpian. *in citata l. arborib.* & ſapienter refelluntur, vt eruditus commentatur Anton. Faber ſubtiliter explicat.

96 Reſtat quæramus aduerſus quos detur hæc condictio. Et quidem datur in primis aduerſus furem, eumque ſolum, quamdiu viuit. Paul. *in l. ex furtiua cauſa 5. D. de condict. furtiua*; vbi ne quidem filiumfamilias, ſi furtum fecerit, excipit, quia cùm Ciuis Romanus ſit, & caput habeat in ciuitate, non minus quàm paterfamilias, *l. nam ciuium 4. D. de ſtatu homin.* ex omnibus cauſis, contractibus, & delictis conueniri poteſt, *l. filiusfamilias, D. de obligat. & action. l. tam ex contractibus 57. D. de iudic.* In eoque differt à ſeruo, quia quamdiu ſeruus manet, nec caput, nec ſtatum habet, ideóque nec agere, nec conueniri poteſt, vt ſtatim dicam. Cùm igitur filiusfamilias furtum fecerit, condicendum ipſi erit, non patri, qui nec furtum admiſit, neque eius adhuc viuentis, hæres eſt. Nomine verò furis intelligimus hoc loco eum ſolùm, qui rem alienam contrectando furtum commiſit, non autem eum qui conſilio, vel ope furem iuuit, etſi culpæ furti reus ſit, & actione furti teneatur, non tamen condictione furtiua, *l. proinde 6. D. de condict. furtiua*, quia cùm furtiua condictio ſolo furis odio contra communes, & legitimas regulas inducta fuerit, æquum non eſt aduersùs alium quemcumque quàm furem dari; qui autem ope & conſilio furem iuuit, fur non eſt niſi rem furtiuam ipſe contrectauerit, *l. qui ſeruo 36. §. vlt. D. de furt.* quamuis actione furti teneatur ex iure XII. Tabular. Vnde intelliges, quod *l. ſæpe 58. §. vlt. D. de verb. ſignif.* dicitur ex duobus, quorum vnus opem, alius conſilium contulit ad faciendum furtum, poſſe vni condici, alij non poſſe, quia qui opem tulit, rem etiam furtiuam ferè ſemper contrectat. Nihil etiam intereſt, ſiue manifeſtus fur fuerit, vt ei condicatur, *l. ſiue manifeſtus 10. D. de condict. furt.* quamuis enim vix fieri ſoleat vt fur manifeſtus qui in ipſo furto deprehenditur, non ſimul cum re furtiua adprehendatur à domino, qui ſimul rei furtiuæ poſſeſſionem recuperat; ideóque non poteſt condicere illam, vt dicitur in *citata l. 10.* Contingit tamen aliquando vt fur manifeſtus deprehendatur, non tamen ſimul cum ipſo res furtiua, quam cum ſubripere deprehenderetur, aut occidit, aut fregit, aut effudit, vt dicit Iulian. *in l. 10. citata.*

Secundò datur condictio furtiua in ſolidum 97
aduerſus furis demortui hæredem, *l. ſi pro fure 7. §. 2. D. de condiction. furtiua*: *quia*, inquit Vlpian. *habet rei perſecutionem.* Vnde eſt illa communis iuris regula; omnes actiones ciuiles, quæ ex ſua natura ſunt merè rei perſecutoriæ, licet naſcantur ex delicto, dantur tamen in ſolidum contra hæredem, non quidem quatenus ex delicto ſunt, nec ſub illa formalitate, *ſed* quatenus rei perſecutionem ex ſua natura continent, neque ſibi fieri iniuriam queri poteſt hæres, cùm defuncti perſonam, iura, & obligationes repræſentet. Hanc doctrinam fuſius ex ipſo iure contra recentiores quoſdam demonſtrat Anton. Faber *in l. 7. citata*, & deinde in *l. 9. D. eod.* viginti quinque ipſorum obiectiones ſapienter diluit. Nobis amplius in his immorari non licet, communi & conſtanti doctrina contentis. Moneo tamen etiam furioſos & infantes ſi neceſſarij hæredes extiterint hac condictione ex cauſa furtiua defuncti furis teneri, *l. condictione 2. D. de condict. furtiua.*

Tertiò conuenitur condictione furtiua in 98
peculium filiæ, quæ res amouit, *l. Iulianus 19. D. de condict. furtiua.* Non enim permittendum eſt vt pater ex delicto filiæ locupletetur impunè, quod tamen contingeret, ſi neque actione de peculio, neque condictione furtiua poſſet conueniri. Itáque conueniunt omnes prudentes iuris partem ex perſona filiæ, quæ mariti res amouit, conueniri

ueniri debere; sed disputant qua actione conueniri illum oporteat. Nam actionem de peculio eo casu dandam esse existimarunt Mela, & Fulcinius, vti refert Paul. *in l. 3. §. vlt. D. rerum amotar.* quia cùm causa actionis rerum amotarum non sit pœnalis, sicut causa condictionis furtiuæ, displicuit eam filiam furti obligari, propter honorem matrimonij *l. 1. & 2. D. eod.* poterit dari ex ea causa actio de peculio, & non condictio furtiua. Papinianus autem *in l. viua quoque filia 5. D. rerum amotar.* existimauit id quod ad patrem peruenit ex rebus per filiam amotis vtili iudicio actionis rerum amotarum petendum esse, quia actioni de peculio locus non est, nisi cùm actio quæ contra filium, vel seruum competit, venit ex contractu *l. 1. §. si filiusfamilias. D. de his qui effuderunt, vel deiecer.* Iulianus denique *l. 19. eit.* dat hoc casu condictionem furtiuam in peculium, illudque solidum, & non tantum quatenus ex ea rerum amotione locupletius factum est. Ita Faber, qui tamen paulò aliter sentire visus fuit, *decade 78. errore 7.*

99 Dices hinc sequi deteriorem esse conditionem patris, cuius filia res amouit, quàm domini cuius seruus furtum fecit, cùm in priori casu pater teneatur in solidum filiæ peculium, dominus verò non tenetur condictione, nisi quatenus ad eum ex furto serui peruenit. Verum semper manet melior conditio patris qui non tenetur supra eam quantitatem, quæ in peculio est, licèt in solidum peculium teneatur. At verò Dominus de residuo, quod ad ipsum non peruenit, conuenitur noxali actione & seruum noxæ dedere debet, *l. 4. D. de condict. furtiua.* non condicitur enim seruo, quia cum illo nulla actio esse potest, *l. cum seruo 107. D. de regul. iur.* pro nullo enim habetur iure ciuili *l. quod attinet 32. D. eod.* Idcóque legitimam personam standi in iure habere non potest, *l. serui 14. D. de obligat. & action.* Non potest igitur cui factum est furtum à seruo alij condicere, quàm eius domino, cui nulla propterea fit iniuria. Cùm enim ex delicto serui non teneatur nisi vt vel damnum decidat, vel seruum noxæ dedat, *l. 1. D. de noxalib. action.* in furto ita rem temperauit Vlpian. *l. 4. citata, D. de condict. furtiua*, vt quod ex furto ad dominum peruenit condici possit; pro residuo quod ad ipsum non peruenit, noxæ dedere seruum possit, nisi malit actori plenissimam indemnitatem præstare, ne seruus delinquendo grauiore damno afficiat dominum, quàm quanti ipse seruus est: quæ fuit ratio inducendi noxales actiones. Alia ratio est filiifamilias cui condicitur & non patri, vt iam dixi, *ex l. ex furtiua 5. D. de condict.* Non enim bene argumentantur aliqui *ex l. 4. præcedenti*, in qua proponitur de seruo & filiofamilias. Ideóque licèt de solo seruo respondeat Vlpian. eandem illius cum filiofamilias rationem esse, cúmque de vtroque fuerit quæstio, de vtroque etiam responsionem esse intelligendam; nam *l. 5.* consequenti contrarium responder in filiofamilias, pugnarentque inuicem duæ leges sese consequentes; quare vel dicendum est geminam quidem quæstionem in *l. 4.* proponi, & in illa primam de seruo decidi, & secundam de filiofamilias *in l. 5. sequenti* à Paulo definiri; vel quod magis placeret *in l. 4.* verba illa, *Vel filiusfamilias*, à Triboniano, aut alio quopiam ineptè addita fuisse.

100 Hæc actio condictionis furtiuæ perpetua est, *l. si mulier 21. §. hac actio, D. rerum amotar.* neque enim decisione tollitur, quamuis actio furti impediatur, *l. si pro fure 7. D. de condict. furtiua.* Furti decisionem nominant conuentionem per quam æstimarunt damnum quod à fure datum est, ex l. XII. Tabul. *duplione damnum decidito*: quare legitima est huiusmodi conuentio, tollitque ipso iure actionem ex eadem lege competentem, *l. post decisionem 13. de pactis: & l. si tibi, §. 1. D. eod.* Vbi affertur exemplum de pacto furti & iniuriarum. Quæ pacta induxit lex vt furti & iniuriarum actio vitaretur, atque ita lites & ingenies discordiæ sedarentur: pœnam verò furti nec manifesti in duplum induxit lex XII. Tabul. cuius deindè legis exemplo Prætor pœnam furti manifesti constituit in quadroplum, vti dicemus lib. proximo. Cùm autem lex XII. Tabul. non meminerit condictionis furtiuæ, sed solùm actionis furti, quam decisione furti impediri voluit; mirum non est si ea actione furti sic sublata, maneat nihilominus condictio, vt ait Vlpian. *in citata l. 7.* cùm sint actiones diuersæ & separabiles, tendantque ad obiecta diuersa. Neque dicas eundem Vlpian. *l. si duo 13. §. idem Iulian. D. de iureiurand.* concedere, eum qui iurauit se furtum non fecisse, neque actione furti, neque condictione teneri, simulque duabus illis actionibus liberari. Resp. enim vtramque illam actionem ex furto nasci, ideoque fieri nequit vt furti crimine liberetur, & pro non fure habeatur, & tamen aliqua actione ex furto nata teneatur. In decisione autem furti, negatio furti non continetur, sed potius concessio eius: quare cùm decisio illa non fit nisi ratione actionis furti, minimè mirum videri debet quod alia actio ex furto nata, nimirum condictio furtiua, maneat post illam decisionem.

Secundò vbi dominus cui furtum factum fuit, rei suæ possessionem adprehenderit, cessat condictio, *l. fine manifestus 10. D. de condict. furtiua.* quia iam habet rem quam denuò peteret.

Tertiò vbi dominus facto dominium rei suæ amiserit, v. g. rem suam alienauerit, cessat condictio; *citata l. 10. §. 2.* quia cùm condictio ista soli domino competat, non potest quis condicere, nisi quo tempore dominus est, sibique tribuere debet, quod id præstiterit, ex quo deindè non potest condicere, v. g. quod rem suam alienauerit. Vnde vides aliam esse rationem actionis legis Aquiliæ, quæ vbi semel competijt, non extinguitur per alienationem serui; quia non datur eiusmodi actio ad rem ipsam, vt condictio furtiua, sed ad dominij æstimationem, quæ neque morte, neque alienatione serui vulnerati perimitur, *l. huic scripturæ 15. §. 1. D. ad l. Aquil.* 101

102 Si tamen dominium non facto tuo amiseris, condices, *l. & eleganter 12. D. de condict. furtiua.* vbi refertur Marcell. *lib. 7 definition.* nihil enim imputari illi debet, qui non facto suo, sed ex quadam necessitate rei suæ dominium perdidit, quare alienatio necessaria non censetur alienationis nomine, *l. alienationis 13. D. famil. ercisund. l. diuus Pius 5. D. de heredit. petit.* & alibi:

exemplum subiicitur in communi diuidundo indicio, in quo si prouocasti ad diuisionem, condictionem amisisti: si prouocatus es, eam retines, vti eleganter definit Marcellus; cùm enim in iudiciis familiæ erciscundæ, communi diuidundo, & finium regundorum, singulare & speciale ius sit ex l. XII. Tabul. vt per solam adiudicationem sine vlla traditione dominium transferatur in eum cui res adiudicata est, aut in totum, aut ex parte, *§. vlt. Inst. de officio iud. l. item Labeo 22 §. 1.* & passim *fam. erciscund.* & adiudicatio sit vnus ex sex modis quibus antiquo iure Quiritium dominium trāsferri solebat ex Vlp. vti diximus *aliàs lib. 1. de vsur.* necessariò in indicio communi diuidundo rei furtiuæ dominium transfertur in illum ex condiuisoribus cui est adiudicata. Si igitur in illo iudicio ad diuisionem prouocatis, illáque sit alteri tuo condiuisori adiudicata, dominium illius amisisti tuo facto: poteras enim non prouocare, & vti condictione furtiua, qua nunc amisso tuo facto dominio rei furtiuæ, & communis, quod in vnaquaque parte illius rei habebas, eo amplius vti non potes. At vero si ad diuisionem tu ipse pronocatus es, non amisisti tuo facto & voluntate dominium, quod in quacunque parte rei furtiuæ habebas, & poteris condicere.

103 Quartò cuicumque res subrepta sit, si tua est, & talis adhuc remaneat, poteris condicere: v. g. rem tuam à tuo commodatario subreptam iure condices *cita. l. 12.* quia cùm commodans retineat & dominium & possessionem rei commodatæ per ipsummet commodatarium, *l. rei commodata* 8. *D. commodati*; cùm commodatarios non possideat nisi nomine commodantis, vti diximus *in opere de vsur.* sequitur furtum rei commodatæ æque fieri commodanti, atque commodatario, ac proinde commodantem iure condicere posse.

104 Quintò seruo furi, facto deindè libero condici non potest nisi iam liber rem denuò furtiuam contrectauerit. Ita Celsus in *l. quod ab alio 15. D. de condict. furt.* quia licèt noxa sequatur caput, *l. si cum quis 41. §. quandiu, D. de furt. l. 1. C. de noxalib. action. l. licet 4. C. an seruus pro suo facto.* hoc est actiones quæ dantur ad vindictam criminis, sequantur personam, neque mutatione seruitutis desinant, ne crimina maneant impunita; actiones tamen quæ sunt dumtaxat ad rei obtinendæ persecutionem, non sequuntur caput: quare seruus pœna delicti quod commisit in seruitute, tenetur, eiusque pœnæ obnoxius est etiam factus liber, ne impunè peccauerit. At verò ciuilibus actionibus ex eo quod gessit in seruitute non tenetur siue in seruitute, siue post manumissionem; non quidem in seruitute, quia cum illo nulla actio ciuilis esse potest, vti superiùs monuimus; neque etiam post manumissionem, quia cùm ab initio nulla fuerit eiusmodi actio, nunc institui sine noua causa non potest. Sapienter igitur dixit Celsus seruum liberum factum, furti quod seruus commisit teneri, quia illa actio pœnalis est, & furtum sine pœna permitti non debet. Itaque cùm noxa illum obligatit statim ab initio illum obligauit pœnis subeundis corporalibus: nam quoad pecuniarias cùm in iudicio stare non possit, neque habeat vnde soluat, conueniri non poterit, sed eius dominus; condictione verò furtiua, quæ nulla ratione pœnalis, sed rei prorsus persecutoria est nullomodo tenetur, neque ex eo quod talis aliquando fuerit, & modo non est.

Sextò coodictio furtiua non cessat interitu rei 105 furtiuæ; tunc enim agetur, vt superiùs diceba- mus ad eius æstimationem: quare si depositarius & commodatarius vtendo re commodata, aut deposita contra domini voluntatem furtum fecerit, vti dicemus *lib. sequenti*, tenebitur condictione, & licèt illa res pereat absque ipsius culpa, sed casu fortuito, non liberabitur ea condictione, licèt liberetur actione depositi, & commodati, *l. qui furtum 76. D. de condict. furtiua*; quia ea est differentia inter actiones quæ ex delicto, & quæ ex contractu; v. g. depositi, commodati nascuntur, quòd interitus rei qui citra culpam depositarij & commodatarij contingit, liberat illum ab actione commodati & depositi, non verò ab actione quæ ex delictu, manetque semper illā obligatus.

Septimò denique nouatione, & delegatione tollitur condictio furtiua, & purgatur mora, in qua fur continuò esse dicitur. Vide *l. 17. & l. vlt. D. de condict. furtiua.*

§. VIII.

De condictione indibiti.

Condictio ista per quam repetitur quod per errorem facti, vel iuris indebitè solutum fuit, plurimas continet difficultates, quæ in *D. & C.* titulo de condictione indebiti fusiùs explicantur: nos omnes ad quatuor præcipua capita reuocabimus, nimirum ad eius materiam, siue id quod per illam repetitur; causas ob quas petitur, siue ex quibus eiusmodi condictio nascitur; personas quibus, & aduersùs quas competit.

Obseruandum verò in primis est indebitum 106 tot modis dici quot debitum, siue obligatio: quod enim debitum est inducit aliquam obligationem, quam negat indebitum; quare cùm triplex sit obligatio naturalis, ciuilis, & prætoria: ac proindè triplex debitum, naturale, ciuile, & prætorium, quod ex iure naturali ciuili, & prætorio debetur (ius hîc sumo pro obligatione) eudem quoque modo, ratione contraria triplex est indebitum, vnum naturale, quod licet mero & solo iure ciuili debeatur, naturali tamen æquitate ex gentium iure non debetur, *l. indebitum 47. D. hoc titulo.* vbi fideiussor qui soluit suo nomine quod non debebat id ipsius à stipulatore repetere posse dixit Celsus. *Quia*, inquit, *pecuniam indebitam iure gentium soluit*: hoc est ex naturali æquitate non debitam, quamuis iure ciuili ob stipulationem debita videretur: vt cùm stipulatio, metu, dolóve extorta, aut sine causa facta est, *l. penult. C. de inutilib. stipul. l. 2. §. circa, D. de doli except.* aut cùm quis per errorem, aut ambitionem iudicis condemnatus est: nam res iudicata parit ciuilem obligationem, *l. seruo 65. §. Prætor. D. ad Trebellian. l. 1. C. de condict. indebiti. l. si fideiussor 29. §. in omnibus, D. mandati.* In his casibus ciuilis est obligatio, non naturalis; atque adeò naturale indebitum, cum ciuili debito. Secundò indebitum ciuile est, quod quamuis naturali iure, vel etiam prætorio debeatur, instituto tamen & iure Quiritium non debetur, vt quod nudo pacto promissum est, quia pactum nudum non parit actionem ciuilem, neque etiam

obligationem eius matrem, *l.5. §.1. l.Stichum, §. naturalis. D. de solution.* Si filiofamilias credita est pecunia, debetur ab illo naturaliter, ex communi sententia, non ciuiliter *l.exceptionem 40. D. hoc tit.* vel si cum pupillo sine tutoris authoritate, *l.hoc iure 19.§. vlt. D. donat.* vel cùm ij qui ex eadem familia sunt, aliquid inter se contraxerunt, vel paterfamilias, tenentur obligatione naturali non ciuili, *l.frater 38. l. si quid 64. D.hoc titulo.* Tertiò indebitum iure prætorio dicitur, quod etsi iure ciuili debeatur, exigi tamen propter iuris honorarij impedimentum, non potest, veluti cùm debitor dare se non oportere iurauit, *l.si quis 43.D.hoc titul.* aut si aliqua alia, eaque perpetua exceptione munitus sit, *l.si non sortem 26. D.eod.* & dicemus inferiùs. Denique facilè fuerit ferre varias rationes indebiti, prout rationes quoque debiti multiplicabuntur, cùm negationes tot sint, quot formæ quas negant. Indebitum igitur est quod aliquo iure non debetur ab eo qui soluit, vel ei cui soluitur. Indebiti verò solutio includit tacitam conuentionem de dissoluendo contractu opinato, per quam is qui indebitum accipit ex æquo & bono ad idem vel tantumdem reddendum obligatur. Siue in solutione subintelligitur conditio si debitum sit, & soluens per errorem non soluat.

107 Obseruandum secundò est indebitum aut à sciente solui, aut ab errante, eo quod existimet esse debitum: quod à sciente soluitur, non potest repeti, secùs vero quod per errorem soluitur, vt statim dicemus; est siquidem communis illa iuris regula; cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est, *l.53. D.de regul. iur. l. si quis 12. D. de nouat.* Deindè alius est error iuris, alius facti: primus cùm quis ignorat ius, quod ei quidpiam promittit, aut prohibet, vt in hac materia qui ius Falcidiæ, aut Pegasianæ ignorauit. Ideóque eius beneficio non est vsus, ac proinde non sibi retinuit quod iure poterat, *l.1. l. error 9. l. vlt. C. ad l. falcid. l. 2. C. si ad solut.* Error facti consistit in existimatione erronea validitatis, aut inualiditatis actus, v.g. existimabatur valere testamentum, ex eoque quidpiam solutum fuit; deinde apparuit non valere, vt *l.2. D. hoc titul.* vel si hæres ex transactione, quam à defuncto factam fuisse falsò existimauit, soluat, *l.elegantur 23. D. eod.* aut si quis se falsò putet ex compromisso condemnatum, *l.si non sortem 26 § si quis quasi. D.eod.* Error verò iste, sicut & scientia, potest eodem modo reperiri in falso creditore, cui indebitè soluitur: nam vel scit se indebitum accipere, vel sibi debitum per errorem existimat, qui error iuris quoque vel facti esse potest. Ex indebito igitur per errorem soluto, duplex oritur actio. Prima est si certum petatur ex indebito soluto; altera est condictio indebiti, quæ etiam appellatur actio indebiti, *l.si fideiussor 29.§.2. D.mandati, l.si seruus 24. D. de action. empt.* De hac igitur actione & condictione indebiti disseremus hoc loco.

108 Est verò hæc condictio indebiti actio naturalis per quam id quod iure naturali indebitum, per errorem facti solutum est, repetitur, vt aut idem, aut tantumdem ex æquo & bono præstetur; qua definitione totam huius actionis naturam, & causas, atque effectus complector, vt constabit ex dicendis.

Dicitur itaque actio naturalis, quia licèt ciuili iure, sicut & condictiones cæteræ, inducta sit, & certis solemnibus formulis, verborumque conceptionibus præscriptis vsurpanda, ex æquitate tamen naturali inducta est; siue vt loquitur *l.hæc condictio 66. D.hoc titul.* ex æquo, & bono; quod consueuit reuocare quod alterius apud alterum sine causa esse deprehenditur. Quæ Papiniani ratio optima est, & omnium condictionum æquitatem ostendit.; quod initio huius disputationis monuisse me memini; non enim patitur naturalis æquitas, vt quis ex aliena iactura locupletetur, & quod ex alieno apud alium sine causa, ulloque iure reperitur, auocandum esse persuadet.

Materia condictionis huius, siue id quod 109
per eam petitur, est primò idipsum quod indebitè solutum est, aut tantumdem, *l.quod indebitum 7. D. hoc titul. l. si operas 26.§.fin. D. de præscrip. verb.* quod tamen non est ita intelligendum, vt sit in arbitrio actoris vtrum petere velit, vel idipsum quod indebitè solutum fuit, vel tantumdem; nam si species soluta fuit, illa ipsa condicitur, si verò fuerit quantitas, aut aliud ex iis quæ in genere, & quantitate consistunt, functionemque accipiunt, tantumdem petetur, & restituetur. Quod si neque idipsum, neque tantumdem ex eo genere reddi possit, cessabit condictio, vt in operis fabrilibus, de quibus *in l.pen. D.de præscrip. verb. l.si non sortem 26.§. libertus. D.hoc titul.* Obserua igitur indebiti condictionem pertinere tum ad res quæ in specie, tum ad eas quæ in quantitate consistunt, cùm possit solui quantitas, atque adeò repeti, in eóque differt hæc condictio à cæteris actionibus quæ ex contractibus, vel quasi contractibus nascuntur; illæ enim dantur vel ad speciem tantùm, & non ad quantitatem, nisi quæ sit debita per modum speciei, aut è contrario dantur ad quantitatem tantùm, & non possunt dari ad speciem, vt videmus in mutuo. Excipiuntur tamen stipulationes, quæ quia pendent ex negotio contracto, & tot ferè genera continent, quot sunt rerum contrahendarum, vt loquitur Pompon. *l.1. vers. conuentionales, D.de verb. oblig.* ad omnes etiam res pertinent, siue in specie, siue in quantitate consistant. Si itaque soluta fuerit species indebita, dabitur ad illam condictio, vt id ipsum corpus quod solutum fuit reddatur, non verò vt tantumdem, nisi res perierit: tunc enim quia corpus quod non extat, præstari non potest, præstanda erit æstimatio; quamuis si post moram perierit, petendum sit illud ipsum corpus, sed non præstabitur nisi eius æstimatio, *l.in re furtiua 8. D. de cond. furtiua, l. si seruum 91. §. vlt. D.de verb. obligat.* & alibi.

Quod si id quod consistit in pondere, numero, & mensura fuit indebitè solutum, & adhuc extet, illud ipsum repetetur; sicut enim si rerum illarum dominium non fuisset translatum, illæ ipsæ extantes vindicari possent, ita translato dominio per solutionem, condici poterunt, & debebunt, in eoque similes sunt vindicatio, & condictio, sed si res illæ consumptæ sunt, æstimatio ipsarum necessariò

cessatiò condicenda erit, *l. in summa 65. §. in frumento, D. hoc titulo.*

110 Denique si quantitas pecuniæ indebita soluta sit nun condicentur illa ipsa nummorum corpora, quæ data sunt, sed tantumdem.atque eo casu condictio indebiri, similis erit cõdictioni certi ex mutuo, *l. si quis absentis, §. is quoque, D. de obligat.& action.* cùm iu plutibus aliis differant maximè quod mutuum non fit in aliis rebus, quàm quæ in pondere, numero, & mensura consistant. Condictio verò indebitt, pertioeat étiam ad species, vti diximus. Est enim iuter pecuniam numeratam, & alia quæ in pondere, aumeru & meusura consistunt discrimen, quud in istis non expendatur sola quantitas, sed etiam bonitas, & qualitas, vt dicitur iu *l. in summa 65. §. in frumento, D. hoc titulo.* Vnde necessariò nascitur diuersa æstimatio; frumento siquidem buoo datur melius, *l. vbi autem 75. §. 1. de verber. obligat.* At verò in pecunia numerata nihil attendimus quàm ipsam quantitatem, *l. si is cui nummos 34. §. fin. D. de solut.* Et ideo nummurum eiusdem geocris, eadem vbique & certa est æstimatio, *l. 1. D. de eo quod certo loco,& D. de in litem iur.* Hinc verò fit vt soluta pecunia indebita, non idem condicendùm sit, sed tantumdem. Quare si tibi centum aureos indebitos suluerim qui adhuc extent, condicam tibi tantumdem, in tuo verò arbitrio erit illa ipsa corpora nummorum mihi reddere, vel alia, & si reddas, nuu reddes vt eadem ipsa, quæ accepisti, sed vt tantumdem, & nun vt curpora nummurum, sed quantitatem. Ex quibus randem intelliges cummuoem illam doctrinam in cundictioue indebiti, peti idipsum, quod soluendum fuit, vel tantumdem.

111 Aliquando plus, aliàs minùs quàm fuerit solutum repetitur, nunquam tamen plus minusue indebito. Primum patet quia aliquando quod fuerat solutum auctum est accessiunibus naturalibus cum quibus reddendum est. Aliquando etiam quidpiam ex eo quod fuit solutum, debitum fuisse apparet, ac pruinde minus quam quod fulurum fuit, repeti debet, cum totum solutum nun sit indebitum. Nunquam varò plus minusue indebito condici posse manifestum est, eum implicet contradictiunem, cundiei tanquam indebitum, quod indebito plus, minusue est, eu quod indebitè solutum fuit, aut illi naturaliter accessit: nam sicut datur ista condictio ex naturali æquitate, ne qui sibi iudebitum accepit, locupletetur ex aliena iniuria, eadem æquitas postolat, ne qui repetat, plus quam sibi debitum sit, recipiat, sic enim alteri quoque faceret iniuriam, & damnum afferret.

112 Hinc fit secundò vt si plus debito sit solutum, non totum repetatur, sed id solum quod amplius solutum est, *l. si non sortem 26. § 4. 5.& 6. D. de condict. indebiti. & l. tutores 61. D. eodem.* quod tamen aliter in pecuoia, aliter in aliis rebus indebitè solutis ex parte intelligendum est: quare Marcellus *in §. 4. cit.* ait eum qui cùm deberet centum, existimaretque se debere ducenra, fundum ducentorum soluit, posse repetere fundum, & stipulationem centum manere; quia licèt res pro peeuoia solui possit, si tamen ex falsa debiti quantitate res maioris prætij soluta fuerit, non fit cunfusio partis rei eum pecuuia, eùm nemo inuitus compellatur ad communiunem;itaque dabitur euudictio integræ rei, & obligatiu manebit iueurrupta, res tameu, puta fundus, retinebitur, donec debita pecunia soluatur. Quæ ratiu Marcelli optima est; nam aliuquin necessatiò iuducetetur communio rei solutæ, quam suluens ex parte retineret, & accipiens ex parte tantum haberet. At verò quaudu maior pecunia quàm debeatur, soluta fuit, non est difficile partem indebitam repetere. Neque indè prupterea ad communionem compellerur repetens, quod idem Marcellus §. 6. ostendir in illo cui cum fundi pars deberetur, pecuniam sulidi pretij totius fundi, quasi totus debitus fuisset, suluit; poterit enim repetere,non totum pretium fundi, quod dedit, sed partis indebitæ.

Tertiò restituenda est res eiusdem bonitatis cum ea quæ fuerat indebitè soluta, quaodo illa ipsa nun poteft reddi, vt fit in quantitate, & iis quæ functionem capiunt in genete, vel specie, *l. in summ. 65. §. in frum. D. de condic. indeb.* quod si frumentum v.g. debitum consumptum erit, pretium erit repetendum, ne aut suluenti, aut illi qoi accepit fiat iniutia, cùm frumenti bonitas facilè mutetur, vt ibid. expunit Faber. 113

Quartò si res in sulutum data periit, vel aliqua alia de causa non pussit restitui, eius æstimatio restituenda erit, *§. in frumento cit.& l. 65. §. si seruum. D. eod.*

Quintò cùm res tantum alternatiua debetur,& vtraque per errorem suluta fuit, vel certi generis res,& plures sunt solutę,in arbitrio soluenris est, quam velit repetere, *l. si quis, C. de condic. indeb.* si duu tamen alterutram rem deberent, & ambo pariter vtramque soluerinr, nec inter eos conueniat, vtet euodicat, arbitrium erit penès accipientem, cui vuluerit, *l. planè si nos 22. D. hoc tit.* 114

Si tamen quis decem, aut Stichum stipulatus, quinque soloir, Vlpian. in *l. si non sortem 26. §. 13. D. hoc tit.* scribit ex mente Celsi, & Marcelli nun perimi partem dimidiam ubligationis, sed eum qui quinque soluit in pendenti habendom esse an liberetur, ideóque posse interim ab eu peti aut reliqua quinque, aut Stichum. Quod difficile videtur;cur enim teliqua quinquedumtaxat peri possunt,& nun tota decem,quæ priùs, erant in obligariune, si in quinque solutis oulla fuit liberatio. Aut cur adhuc Stichus totus peti puterit,iam quinque solutis ex decem ab eo,qui non nisi decem,aut Stichum debebar. Respundeo quamdiu sulutio in eo statu est,vt possit parere liberationem, non posse qood solutum est, coudici, quia non potest dici simpliciter iodebitum, quod adhuc debitum fieri potest,*l. quod seruus 8. D. de condict. causa dati.* Sicuti noo dicitur falsum in totum quod veritatis primordio adiuuatur *l. cùm filius 76. §. heres meus. D. de legat. 2.* Solutis autem quinqne ab eo qui decem,vel Stichum debebat,licèt per eam solutiooem nulla contingat liberatio, etiam in quinque,potest tamen adhuc aliquo casu illa contingere, nempe si teliqua quinque soluantur à debitore qui malit ea quinque quam Stichum.Ergo non possunt interim illa quinque condici, sed creditori relinquitur electio vtrùm alia quinque velit petere,aut Stichum, & si quinque petat, eo ipso censetur priotum quinque solutiooem imputare in solutionem decem, quæ

disiunctim

disiunctim & alternatiuè cum Sticho ipsi debebantur, atq; adeò sublata Stichi obligatione, & posita liberatione in decē, nihil superest, quod condicatur, aut de prioribus quinque solutis cōdicēdis agatur. Quod si creditor malit Stichum petere, tum illi condici poterūt priora quinque, quasi indebitè soluta, & quę debita amplius fieri numquam possunt, sublata per Stichi solutionem vtraque parte obligationis alternatiuæ.

115 Dices qui hominem, aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, statim perimit partem obligationis, ideóque non hominem aut decem petere poterit, sed quinque dumtaxat, vel partem hominis *l. qui hominem* 17. *D. de acceptilat.* Atqui acceptilatio vim habet solutionis, estque imaginaria quædam solutio, vt diximus *c. superiori.* Igitur qui hominem vel decē debet, solutis quinque perimet partem obligationis, & non debebit nisi vel quinque, vel partem hominis.

Resp. acceptilationem licet vim solutionis obtineat, cùm fiat solùm certa verborum, & iuris solemnitate, nullo corpore interueniente, in casu posito non continget solutionem rei alternatiuè debitæ fieri in duabus rebus diuersis, vti contingeret in solutione reali, si solutio partis in vna re ex duabus alternatiuè debitis, & promissis, pareret liberationem præsentem & absolutam; pars enim altera in alia re solui posset in parte v.g. Stichi, & solutio vnius obligationis, in diuersis rebus fieret; quod absurdum foret, *l. in executione* 85. *§. pro parte, D. de verb. obligat.*

116 Sextò si idem debitum fuerit bis solutum, id quod posteriore loco solutum fuerit, condicendum erit tanquam indebitum, *l. cum duo* 25. *D. de condict. indebiti, l. Stichus* 67. *§. Titius, D. eod. l. si non sortem* 26. *in princ. D. eod.* Si tamen cùm priùs pars debiti soluta fuisset, deindè solidum debitum solutum fuit, tunc prius solutum condici poterit; quod si idem debitum simul bis solutum fuerit, erit in arbitrio soluentis, quod libuerit repetere. Denique vbi in pendenti quodammodo liberatio est, quia dubitatur an illa contigerit, & an prior solutio minus efficax fuerit, cessat interim condictio, quia incertum est, debitum an indebitum creditor exegerit. Exemplum habes *in l. si quis* 58. *§. fin. D. de solution.* Vbi si duo rei stipulandi sunt, quorum absentis procuratori sit datum, & ante tempus quàm is ratum haberet, interim alteri solutum est, in pendenti est posterior solutio, ac prior; quippe incertum est, debitum an indebitum exegerit.

117 Septimò si duo soluerint indebitum, singulis competit repetitio pro parte. Ita Celsus *l. si pœna* 19. *§.* 1. *D. de condict. indeb.* Obserua verò plurimùm interesse, an duo correi debendi soluant ordine temporis, & vnus post alium, an simul ambo & pariter, ita vt dignosci non possit quis prior posteriorve soluerit: nā in priori casu competit condictio ei soli qui posterior soluit *l. cum duo* 25. *D. eod.* quia reuerà ille soluit indebitum. At verò in posteriori casu, cum nesciatur quis prior, aut posterior soluerit, nescitur etiam quis soluerit indebitum, & tamen constat aliquid indebitum solutum esse, nam soluta sunt viginti, cùm decem tantum deberentur. Decem igitur condici possunt, quina videlicet à singulis qui dena soluerunt, quia licet singuli dena deberent, vno tamen soluente, omnium obligatio tollitur, quæ vna tantum omnium fuit, vt supponitur in casu, & ideo negari non potest indebitum esse solutum, & condictioni locum datum, alioquin creditor vel ex alterius, vel vtriusque debitoris iactura iniustè locupletaretur.

Octauò quod rei in solutum datæ naturaliter accessit, condicendum erit, *l. indebiti* 15. *in princ. D. de condict. indebiti*: quare & partus ancillæ, & quod alicui verè accessit, immo & fructus condici possunt, vt ibidem dicitur, *& l. in summa* 65. *§. ei qui, D. eod. l. si non sortem* 26. *§. libertus, D. eod. l. videamus* 38. *§. item si indebitum, D. de vsur. & fructibus, l. vxori* 27. *D. de vsufructu.* 118

Vsuræ tamen pecuniæ solutæ indebitè non condicuntur *l.* 3. *C. de condict. indebiti.* Vbi ratio redditur, quia actione condictionis ea sola quantitas repetitur quæ indebitè soluta fuit: atque ita emendatum fuisse ius antiquum de repetendis vsuris, obseruat Mornac. *in eam l.* Sanè cùm vsuræ pecuniæ non sint eius fructus, aut accessiones naturales, sed industriales, non pertinent necessariò ad pecuniam solutam. An verò qui pecuniam sibi indebitè solutam sciens retinet, teneatur non modo illam restituere, sed etiam quantum interest soluentis eam non fuisse sine iure, & indebitè retentam, ac proindè damnum quod eiusmodi iniusta retentione soluenti intulit, diximus in opere de vsur. lib. 2. & vix vlli dubium esse potest, si naturalem æquitatem consulerit. 119

Denique deducendas esse impensas factas in fructibus colligendis dum condicuntur, dicitur *l. in summa* 85. *§. ei qui, D. de condict. indeb.* quia nunquam fructus intelliguntur nisi deductis expensis in illis colligendis, quod ex naturali quadam æquitate valet etiam in prædonibus, *l. si à domino* 36. *§. vlt. D. de hered. petit.* Idque verius erit in eo qui habet rem sibi à domino traditam, & qui non modò est possessor bonæ fidei, sed etiam dominus, *l. si quis cùm sciret* 8. *D. pro emptor.* quare nullus casus hoc genus deductionis impedire potest, inquit Iulianus *in l. fundus* 51. *D. famil. ercisc.* 120

Venio ad causas propter quas ista quæ modò diximus, condici tanquam indebita possunt. Prima, eaque generalissima est, quam initio attulimus, quia naturalis æquitas non patitur aliquid vnius apud alterum sine causa deprehendi, ideóque reuocari vult. Eaque causa perpetuò traditur, vbi de huius condictionis æquitate ratio affertur, *l. hæc condictio* 66. *D. hoc tit. l. rerum quidem* 25. *D. rerum amotar. l. perpetuò* 6. *D. de condict. ob turpem caus.* Et alibi: quare si indebitum promissum, vel cautum sit, condicetur cautio, *l. si non* 6. *C. de iuris & facti ignorat. l. si qui* 91. *D. de condict. indeb. l. cùm & soluta* 3. *C. eod. l. si heres. D. de action. empt. l.* 2. *§. aliud iuris, D. de donat.* 121

Indebitum porrò triplici de causa dici potest. Primò quidem quia nulla iusta & vera causa subest propter quam debeatur, subesse tamen falsò putatur. Secundò quia subest quidem causa debendi, sed illa vel ipso iure non valet, vel exceptione elidi potest. Tertiò cùm ex iusta & vera causa quidpiam debetur, sed non debetur ei cui solutum, vel non ab eo à quo solutum est, vel non idipsum quod solutum est, vel non eo tempore,

pote, vel non ea ex causa, ex qua solutio facta fuit, vel denique quia solutio ex quopiam defectu non parit liberationem. Videndum igitur an indebitum ex quocunque genere indebitum repeti iure valeat.

122 Primò si ex causa quasi facta, quæ tamen facta non est, solutum fuit, condictio indebiti cōpetit. Exemplum habes *in l. eleganter 23. D. de condict. indeb.* Vbi Pomponius vult repeti posse, quod ex transactione quasi facta, quæ tamen facta non est, vel falsa est, datum fuit; qui etiam quasi ex compromisso damnatus falsò soluit, repetere potest, *l. si non sortem 26. §. si quis, D. eod.* Et qui quasi statu libero mihi decem dederit, cum dare iussus non esset, condicit mihi decem, ex Celso *l. dedi tibi 3 §. si quis, D de condict. causa dati.* Si tamen soluens sciret se non esse obligatum, & tamen solueret, dedisse censeretur, quia & volens & sciens dedit, nec poterit datum repetere, vt etiam aliàs monui, *l. damus 52. & l. in summa 65. §. id quoque, D. de condict. indeb.*

123 Secundò si quasi ex iusta & vtili causa solutum est, & causa iusta, vel vtilis non est, aut ipso iure, aut propter obstantem exceptionem perpetuam, condici poterit, quod expressè traditur, *l. si non sortem 26. §. indebitum*, & *§. adeo*, & *l. qui exceptionem 40.* & *l. ex his 54. D. de condict. indeb.* quia tunc per errorem solutum est. Atque vt intelligas quod dicitur de exceptione contra debitum, quæ idcirco facit indebitum. Obserua omnem eiusmodi exceptionem vel inesse causæ ex qua soluitur, vel nasci ex aliquo quod causam sequitur. Simili ratione causa iniusta & inutilis ex qua soluitur indebitum, vel ab initio talis est ad actionem producendam, vel cùm ab initio iusta & vtilis est, ex postfacto iniusta & irrita efficitur. Quam diuisionem innuit *l. ex his 44. D. eod. Ex his omnibus causis*, inquit, *quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, sequuta per errorem solutione, condictioni locus erit*, & *l. 1. §. fin. D. de condict. sine causa*; *Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum peruenit, vel redit ad non iustam causam.* Quod aliàs explicuimus.

124 Quando igitur causæ ob quam soluitur, exceptio inest ex ipso iure, solutū repetitur: quod contingit in his omnibus casibus. Primò si pupillus sine tutoris authoritate promiserit, & ex ea causa solutum sit, *l. quod pupillus 41. D. de condict. indebiti.* Secundò si mulier pro alio intercesserit, & ex ea causa soluerit, *l. qui exceptionem 48. D. eod.* Tertiò si quis rem suam emerit & pretium soluerit, *l. seruum meum 37. D. eod.* Quartò si de alimentis sine prætore transactum sit, eoque nomine solutum, *l. eleganter 23. §. item si ob. D. eod.* Quintò si quis post rem iudicatam transegerit, & ex ea causa soluerit. *citata l. 23. §. si post rem.*

125 Quod si causa solutionis ab initio quidem fuerit obligatoria, & ex postfacto facta fuerit irrita, solutio ex illa facta obnoxia quoque fiet condictioni & repetitioni: quod ideircò contingit in istis casibus. Primò si conditio promissionis, aut causæ ex qua soluitur defecerit, *l. seruo 38. D. de condict. indeb.* Secundò si causa ob quam datum est, sequuta non sit, *l. damus 52. D. eod. l. in summa 65. §. quod ob rem. D. eod. l. eleganter 23. §. idem puto. & §. si quis post. D. eod. l. 1. in fin. D. de condict. ob turpem causam.* Tertiò si quia conditionis implendæ causa dedisset, vt legatum vel hæreditatem consequeretur, postea vel legatum, vel hæreditatem non consequatur, *l. in summa 65. §. sed & agere, D. eod.* Quartò si testamentum ex quo solutio facta fuit, falsum, inofficiosum, ruptum, irritum pronuntiatum fuerit, aut solutis legatis æs alienum, aut falcidia emerserit, vel legatum ademptum sit, *l. 2. D. de cōdict. indebiti, l. idem est 3. & l. 4. D. eod.* Quintò si cùm ex causa transactionis solutum esset, causa transactionis fuerit resoluta, *l. eleganter 23. §. idem puto, D. eod.* Sextò si seruus implendæ conditionis causa soluit, aut liber efficiatur, deindè ex alia causa liber esse apparet, *l. Stichus 67. D. eod. l. dedi tibi 3. §. si liber. D. de condict. causa dati.* Septimò seruus cui sub condictione dandi decem, libertas relicta fuit, deindè in codicillis purè factus est liber, ignorans posterius hoc legatum, decem soluit conditionis implendæ causâ, repetere poterit, *l. dedi tibi 3. §. sed et si seruus. D. de condic. causa dati.* Octauò qui hæredi soluit conditionis implendæ causâ vt legatum, vel hæreditatem acciperet, & deindè hæres coactus hæreditatem adierit, eamque soluenti ex fideicommisso restituerit *l. is cui 34. D. de condict. indebiti.* Nonò si cùm ipsi debitori liberatio ex testamento creditoris legata esset, ignorans soluerit, *l. si non sortem 26. §. adeo, D. eod.* Decimò si tutus exceptione pacti de nō petendo soluerit, *l. cum is 32. § 1. D. eod. l. qui exceptionem 40. §. fin. D. eod.* Vndecimò si debitor delato sibi iuramento, iurasset se dare non oportere, & nihilominus soluisset *l. si quis 48. D. eod.* Duodecimò si debitor qui idem creditor est, compensationis, restitutionis, & deductionis exceptione tutus soluit, *l. si is qui 45. D. eod.* nisi retentionem & non petitionem habuerit qui soluit, *l. si in area 33. D. eod* aut si compensationis exceptio aliqua replicatione possit elidi *l. qui inuicem 30. D. eod.* Decimotertiò si cùm debitor creditori suo hæres existeret, & obligatio confusa esset, hæredibus suis solidum soluerit, *l. frater 38. D. de condict. indebiti.* Non erit tamen condictio nisi pro parte qua debitor creditori hæres extitit. Quod si filiusfamilias debitor creditori patri, pro parte hæres extitit, & peculium eius ad cohæredem peruenerit, illi debitori vltra partem hæreditariam condictio indebiti danda erit, quasi bis solutum sit: quæ omnia habentur *in citata l. frater 38.*

126 Tertiò quando causa debiti iusta quidem est, sed nihilominus indebitè solutum est, quod dicebamus variis modis contingere posse, quæritur an condictio indebiti locum habeat, quod procurrendo singulos illos modos explicabimus.

127 Primò igitur quando per solutionem liberatio non contingit, condictio competit, *l. si non sortem 26. §. si decem, D. de condict. indeb.* his verbis: *Si liberer cessat condictio, si non liberer condictio erit.* Et sanè primarius effectus solutionis est liberatio, si tamen cùm certum hominem deberet, statu liberum post moram, vel culpa sua factū, soluerit, nec liberatur nec repetit *l. Neratius 63. D. eod.* Si etiam ex vna debet, ex alia causa soluit, liberatio quidem non contingit à causa ex qua debetur, non tamen repetitur solutum, sed compensationis iure retinetur, vt dicam inferiùs.

128 Secundò si alius quàm qui debet, soluit, repetitioni locus est, *l. si pœna 19. §. 1. D. de condict. indeb.*

indeb. vt si quis se heredem, aut bonorum possessorem falsò existimans creditori hæreditario soluit, verus hæres non liberabitur, & is qui dedit repetet. Alia exempla sunt *in l.summa 65.§.fin. D.eod.l.cùm is 32.§.1.l.si fideiussor 59.D.eod. l. qui hominem 34.§.fin.D.de solution.l.si à patre 5.C.de condict.indeb.* Si tamen alius quàm qui debet, soluerit nomine debitoris, non condicetur, *l.repetitio 44.D.de condict.indeb.l.si donaturus 9.§. si quis indebitam, D.de condict.causa date.l. seruus 36. D.de condict.indeb.* Idem dicendum si procurator debitoris soluerit, *l.si procurator 5.D.eod.& l. quodlibet 87.D.de solution.* Si etiam tutor debitoris soluerit, *l.7.proximè citata.*

Tertiò si pupillus, aut furiosus, & cui bonis interdictum est, soluerit, conceditur repetitio, *l. interdum 19.D.de condict.indeb.§.fin. l.1.§. quibus alienare non licet.*

129 Quartò si alij quam cui debetur solutum est, datur condictio, *l.in summa 65.D.de condic. indeb.* nempè primò si falso procuratori solutum sit, *l. creditoris 8.C.de condict.indeb. l. si procuratori 14. D. de condict. causa dati.* Secundò si seruus non vocatus mercedem locationis prædoni vt domino tulerit, *l.si vrbana 55.D.de cond.indeb.* Tertiò si me putem tibi aut Titio promisisse, cùm tamen aut neutrum factum, aut Titij persona in stipulatione comprehensa non sit, & Titio soluero, ab illo repetere potero, *l.si me 22.D.eod.* Quartò si maritus socero dotē soluerit vxore non consentiente, dabitur repetitio. & ita de aliis: si tamen creditor alij factam solutionem ratam habuerit, non dabitur condictio, *l.si quis 58.D.eod. l.qui hominem 34.§ si gener.D.de solution.l.si hac 23. D.de negot.gest.* Neque etiam si is cui solutum fuerat, deindè in ius creditoris successerit, *l.pupillo 97.§. fin.D de solution.* aut si cum eo cui facta fuit solutio contractum sit, quamuis de re aliena non datur condictio, *l. si non sortem 26. §.qui filiofamilias D.de cond.indeb.*

130 Quintò si aliud quam quod debetur solutum sit, vel non tale, quale debetur, locus erit condictioni, quia per eiusmodi solutionem liberatio non contingit, *l.si pœna 19.§.pen.D.de cond.indeb. Si putem me Stichum, aut Pamphilum debere, cum Stichum debeam, & Pamphilum soluam, repetam quasi indebitum solutum, nec enim pro eo quod debeo videor id soluisse:* non tamen satis consentit *l. si is 19.D.de legat.2.* si etiam si cùm fundum seruum tradere deberet, liberum per errorem tradidit, incerti condicam, vt iter mihi tradatur. *l. sed etsi 22.D.de condic.indeb.* In hoc tamen casu creditor qui indebitum accepit, illud retinere poterit, donec debitum soluatur.

131 Sextò si plusquam debitum soluatur, condictio competit. quoad id quod amplius solutum est, *l.si pœna 19.§.fin.D.de condic. indeb l. cùm duo 25. D. eod. l. is qui plus 31. l. si non sortem 26. l.Stichus 67.§.Tutor. D.eod.* quare qui omisit cautionem debitam in soluendo, omisit quasi indebitum, plus debito solutum repetere posse Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt, *l. si quis 39. D. de condict. indeb.* qui etiam cùm incertum hominem deberet, putans se Stichum debere, eum soluit, condicet; alium autem quemlibet dando liberari poterit, *l.cum is 32.D. eod.*

132 Septimò si ante diem incertam debiti quis soluit, condictione indebiti vti poterit, *l. sub conditione 16. D. de condict. indeb.* Adde his *l. qui promisit 48. l. sufficit 56. D. eod. & l. si quis reum 5. §. idem Iulianus. D. de libertat. legata.* Si tamen condictio, vel dies euenerit, antequam condiceretur, cessabit condictio, *l. sub conditione 16. citata, & l. cùm quis 38.§. qui hominem, D. de solution.* Dixi verò diem incertum, nam dies incertus facit conditionem non modò in testamentis, *l. dies incertus 75. D. de condit. & demonstr.* sed etiam in contractibus, *l. stipulatio ista 38. §. inter incertum, D. de verb. obligat.* Quod verò sub conditione debetur, non modò peti non potest antequam existat conditio, sed neque debetur, ne naturaliter quidem, *l. cedere diem 213. D.de verb.signif.* ideóque solutum repetetur, *l.sub conditione 16. & l. qui promisit 48. D. de condic. indeb.* nisi conditio sit omnino certò extitura, tunc enim neque propriè rationem conditionis habet, debet enim illa indifferens esse ad esse, & non esse, vt diximus *lib.3.* Quare quod sub conditione certa debetur quam certum est omninò extituram, si soluatur, repeti non poterit, quia certum est debitum iri *l 56. D. de condict. indebiti.* Dies & tempus certum appositum debito siue solutioni, facit quidem vt ante illud tempus & diem peti non possit, non facit tamen vt non debeatur, ita vt certum sit fore vt adueniente die peti possit, quam certum est diem venturam esse, quare si ante diem soluatur, non poterit repeti, quia potest ante diem solui, licet peti non possit, *l. continuus 137.§. cum ita. D.de verb.obligat.* cum *l. stipulatio ista 38. §. interim. D. eod.* quia tempus illud certum præfigitur in fauorem debitoris, qui habet totum illud tempus medium ad soluendum si velit, quod falsum esset, si interim soluere non posset, *l. quod certa 70. D. de solution.* Et sanè sæpiùs interest debitoris, vt liceat ei statim non expectata præscripta die soluere, vt citius omni obligatione liberetur, atque ita locupletior fiat, *l.si pupilli 66. fin. D. de solution.* Si itaque ante illam certam diem soluerit, non poterit habere condictionem indebiti, cum naturaliter & ciuiliter debitum soluerit, ea eaque solutione ditior euaserit. Idem dicendum est de compensatione quæ vim solutionis obtinet: nam & ante diem compensare licebit, *l.quod in diem 7. D. de compensat.* Incertam portò diem appellamus cui certa opponitur, & quam incertum est venturane sit, an non? nam si certum est venturam esse, licet nesciatur quando, incerta non dicitur, vt si moriar, vel quando moriar, ille vero dies non faciet locum condictioni, si quid ante illum solutum fuerit, *l.16. & 17. D. de condict. indeb.*

His causis subiiciendæ sunt exceptiones propter quas qui soluit, solutum repetere potest, 133 quandoquidem ante solutionem habebat exceptionem ne solueret; ideóque eius prætextu prætendit repetitionem soluti tamquam indebiti. In vniuersum itaque statuendum est competere cōdictionem indebiti, non modò si omnino indebitum sit, quod solutum est, sed etiam si debitum ipso iure fuerit, perpetua tamen exceptio competebat debitori ad summouendum creditorem, ne quidquam efficaciter exigere posset, & tamen hic debitor per errorem soluit, nam si sciebat se esse perpetua tutum exceptione, nihilominus soluit, repetere non poterit, quia donasse videtur *l.cuius per errorem 53. D. de regul.iur.l.si quis delegauerit 12.D.de nouat.& delegat.*

gat. Debet igitur per errorem soluisse, licet exceptione tutus foret, & tunc condicere poterit. Ita Vlpian. *in l. si non sortem 26. §. indebitum, D. de condic. indeb.* & *in l. si is qui 24. D. eod.* quia cuius per errorem soluti repetitio est, eius consulto dati donatio est. Et sanè nemo videri potest repudiare, aut amittere ius quod ignorat sibi competere *l. mater decedens 19. D. de inoffic. testam.* Requiritur igitur ad impediendam condictionem indebiti, vt is qui soluit, tutus fuerit exceptione perpetua, & vt tutum esse se sciuerit, alioquin condictio indebiti locum habebit. Ratio verò propter quam eiusmodi exceptio tribuat condictionem soluti per errorem modo explicato, est quia debitor eiusmodi exceptione tutus, non habetur loco debitoris, sicut neque creditor ille qui à petendo exceptione perpetua summoueri potest, *l. creditores 10. l. creditor. 55. D. de verb. signif.* debitor ille, verè est, à quo etiam inuito exigi pecunia potest, *l. debitor 108. D. eod.* non autem potest exigi ab eo qui perpetua exceptione munitus est, neque vnquam exigi poterit, quia gaudet exceptione perpetua, qua perpetuo creditorem exigentē summouebit, & quamuis exceptio non faciat, quin debitor maneat ipso iure debitor; quia exceptiones omnes pendent ex æquitate iuris prætorij, quod actionem iure ipso competentem nō magis tollere potest, quàm totum ius ciuile extinguere, sed tantùm rigorem iuris ciuilis emendare, *l. ius autem 7. §. 1. D. de iust. & iur.* facit tamen vt dixi, vt debitum exigi nunquam possit à debitore, qui semper poterit repellere creditorem; quare si per errorem soluat, soluet quod poterat nunquā soluere; ac proindè tamquam indebitū repetet, quod sibi perpetuò retinere poterat, si verò sciens suam exceptionem soluit, ius quod habebat repellendi creditorem sciens & volens remittit, & donat.

Postulant verò exceptionem perpetuam iura, quia qui sola temporaria tutus est, cum post tempus conuenietur exceptione cessante, soluere tenebitur, eiusque creditor est similis conditionali creditori, *l. creditor 55. D. de verb. sign.* qui sicut nō potest ante conditionis euentum, *l. cedere diem 213. D. eod.* ita neque creditor qui temporali exceptione summoueri potest, nequit vllum actionis suæ effectum consequi, si agat intra tempus illud quo durat exceptio & debitor repetere poterit, si ante illud tempus soluerit, ea ratione qua nuper explicuimus; quod verum erit etiamsi sciēs suam exceptionem temporariā soluerit, quia non tam donasse, & exceptionē remisisse intelligitur, quàm ante tempus soluisse, id enim soluit quod finito exceptionis tēpore, æquè soluere cogi potuisset, *l. in diem debitor 10. D. de condict. indeb.*

134 Porrò non omnis exceptio etiam perpetua parit condictionem indebiti, sed ea demum quæ in fauorem debitoris inducta est, non autem ea quæ in odium creditoris conceditur, quod totum explicat Marcianus *in l. qui exceptionem 40. D. de condic. indebit.* Exemplo Senatusconsulti Velleiani de intercessionibus mulierum, & Macedoniani aduersus fœneratores, qui pecuniam mutuo dabant filiisfamilias: nam Velleianum mulieres quæ intercessissent, eaque de causa contraxerint, noluit cum effectu obligari posse, ac proindè contra omnes contractus ea de causa perpetua tutas esse exceptione iussit, fauore & pietate infirmitatis sexus, non odio illorum qui cum illis bona fide contraxissent, licet scirent illas intercedere: at verò Macedonianum constituit ne filiusfamilias qui mutuatitiam pecuniam accepit, à creditore conueniri posset, non fauore filiifamilias, sic enim liberius mutuaretur, sed odio creditoris, atque in illius pœnam. Itaque si mulier contraxerit & intercesserit, tuta erit exceptione Senatusconsulti Velliani, & si soluerit, poterit solutum tamquam indebitum repetere; filius verò familias, si soluerit, non repetet, quia exceptio, licèt perpetua concessa filiofamilias à Senatusconsulto Macedoniano, non datur in fauorem ipsius, sed in odium sui creditoris. Cuius rei causas attulimus *lib. 1. de vsur.* exceptio verò data mulieribus à Senatusconsulto Velleiano in illarum fauorem data fuit. Difficilis tamen videtur ratio discriminis quod inter duas exceptiones constituit Marcianus *in citata l. 40.* & cur exceptio perpetua concessa in fauorem excipientis, det soluti repetitionem, non autem exceptio data in odium creditoris, nam maior esset odium eius, si ab illo possit repeti, quod solutum ipsi fuit, quā si non possit repeti. Respondet Anton. Faber *in citatam l. 40.* exceptiones perpetuas quæ in fauorē excipientis inductæ sunt, oriri ex æquitate naturali quæ naturalis obligationis contrariæ vinculum tollat, vel ita debilitet, vt non possit impedire soluti repetitionem. Neque nouum est æquitatem cum æquitate pugnare in eaque pugna debiliorem vinci à fortiore, *l. si seruus 61. §. quod vero. D. de solution. & l. Stichum aut Pamphil. 95. §. naturalis D. de solution.* At verò exceptiones perpetuæ datæ in odium creditoris, & non in fauorem excipientis æquitate ciuili nituntur, quæ nec tollere, nec vincere potest naturalem obligationem, v.g. in allatis exemplis, mulier quæ contra Velleianum intercessit, ex naturali æquitate manet obligata iis quibuscum contraxit, sicut filiusfamilias, qui contra Macedonianum mutuam pecuniam accepit; naturalis tamen æquitas, qua SC. Vellianum concessit mulieri perpetuam exceptionem, vt earum infirmitati faueret, facit, vt vel nulla supersit naturalis obligatio illius mulieris sublato eius vinculo à contraria æquitate, vel ita infirma & debilis remaneat, vt repetitionem soluti prohibere non possit. At verò filiusfamilias manet quidem æquè iure naturali obligatus suo creditori aduersus quem habet quoque perpetuam exceptionem authoritate Macedoniani. Quia tamen eiusmodi exceptio, non tam nititur æquitate naturali, quàm ciuili, non potest tollere, vel vincere naturalem obligationem, quę etiam post SC. Macedonianum remanet in filiofamilias ex mutuo, neque proindè retentionem soluti quam naturalis obligatio peperit creditori solutionem accipienti.

Non placet nihilominùs hæc eruditi viri subtilior licet distinctio in primis quia nō docet quare exceptiones perpetuæ datæ in fauorem excipientis proficiscantur ex ęquitate naturali, potius quàm eæ quæ conceduntur in odium creditoris, & cur istæ postremæ ex æquitate tantum ciuili dentur. Quæ enim naturalis ratio persuasit amplissimo Ordini hęc decreta condere, & exceptiones dare, naturalē sine dubio æquitatē continet. Deindè cur naturalis æquitas, quæ mulieribus intercedentibus dandā esse exceptionem persuasit Senatui fortior est naturali æquitate, quæ naturalē obligationē parit in contrahente bona fide, vt cōtingit in intercessionibus mulierū. Tertiò naturalis ęquitas quę vult fauēdū esse infirmitati 135

mulierum

molierum intercedentium, & conttahentium, noo est fortior illa quæ vult fauendum esse etiã imbecillitati filiorumfamilias, & consulendum vitæ paternæ; quæ fuerunt causæ Macedoniani. Cur igitur vna vincit priorem obligationem, & non altera. Quartò odium creditoris propter quod datur exceptio filiusfamilias postularet oe retinere solutũ posset, ac proindè daretur repetitio filiofamilias. Denique cùm istæ exceptiones indirectæ sunt iure ciuili, ex æquitate tamen naturali videntur omninò pares. Ratio igitur discriminis intar istas exceptiones quoad repetitionem soluti tamquam indebiti, petenda aliunde non est quàm ex ipsomet iure, quod ita statuit, voluitque has exceptiones diuersos habere effectus, non sine æquissima ratione, & obligatiooem omnem naturalem in muliere iotercedente cessare voluit: in filio autem familias eandem quoque obligatiooem, vt fusiùs olim in opere de vsuris docuimus, in odium creditoris elisit, noluit tamen concedere repetitionem soluti filiofamilias, vt hac etiam ex parte ipsum puniret & cautiorem redderet, vti eo loco diximus. Maneat itaque quod hoc loco probandum susceperamus exceptionem perpetuam fauore excipientis concessam, vt possit perpetuo summouere creditorem, dare condictionem soluti tanquam indebiti. Quænam verò sint eiusmodi exceptiones perpetuæ concessæ in fauorem debitoris, ex quibus possit solutum repetere, non est huius loci singillatim exponere, cùm ea res sit longioris operæ, & per magnam iuris partem vagetur: quare venio ad id quod tertio loco proposueram, nempè ad personas quibus hæc coodictio competit.

136 Et primò quidem certum est non dari nisi illi qoi soluit, aut cuius nomine solutum est; qood vltimum traditur *l. si per ignorantiam 6. C. de condict. indebiti. l. qui haeredes 46. l. indebitam 47. l. cùm indebitum 57. D. eod.* & *l. qui mandat. 56 D. de solution.* Si tamen qui alieno nomine soluit, ab eo pro quo soloit, repetere non posset; haberet ipsemet condictionem, *l. Stichus 67. §. tutor. D. de condic. indeb.* Neque etiam erit eidem deneganda condictio ex quadam æquitate, si suammet pecuniam alieno nomine soluit, *l. dominus 53. D. de condict. indeb.* & *l. frater 38. D. eod.* quod etiam verum erit, si is cuius nomine solutom fuit, neque mandauit, neque ratam habuit solutiooem, *l. procurator 6 D. eod.*

137 Secuodò qui tanquam hæres creditoribus hæreditariis ex hæreditate indebitum soluit, si hæreditas deinde ad alium peruenerit, noo poterit condicere, sed vel verus hæres, vel is ad quem peruenit hæreditas, *l. nec noaum 5. D. de condict. indeb. l. 2. 3 & 4. D. eod. l. qui haeredis 46. D. eod.* oisi tamen ex sua pecunia, non ex hæreditaris soluisset, illi enim dabitur condictio, *l. Papinianus 8. §. si ex causa. D. de inofficios. testam.* vbi etiam id verum esse dicitur si possessor hæreditatis post moram sibi controuersiam suluerit, si quibusdam creditoribus hæreditariis solidum solutum sit à pupillo, vt postea se hæreditate abstineat, cæteri creditores aduersus eos quibus amplius solutum est, condictio cõpetit *l. tutores 61. D. de condict. indeb.*

Tertiò qui à non domino rem aliquam conduxit, illique mercedem soluit, non habebit condictionem, quæ eo casu competet domino rei *l. si vrbana 55. D. de condict. indeb.*

Quartò hæredi eius qui indebitè soluit condictio competit, *l. si fundi 12. D. de condict. indeb.*

Quintò si duo soluerint idem debitum in solidum, posteriori solueoti coodictio eius quod amplius solutum est, competit, non priori, *l. cum duo 25. D. de condict. indeb.* Si tamen ambo simul soluerint, vtrique conueniet condictio *l. si pœna 19. D. eod.* quod nuper explicoimus.

Noo competit condictio ista aduersus alium, quàm eum cui solutom fuit, *l. his solis 49. D. de condict. indeb.* Si tamen vno delegante alij solutio facta fuit, delegans tenetur condictione, non is cui fuit solutum *l. 2. C. de condict. indebiti. l. si donaturus 9. §. si quis. D. de condict. causa dati. l. cùm indebitum 57. §. creditor. D. de condict. indeb.* nisi fortasse pupillus esset, qui delegasset, illi enim ooo condicetur *l. si pupilli 66. §. si autem debitor, D. de solution.* 138

Secũdò si quis cum sibi aut Titio dari stipulatus, indebitum esset, Titio fuerit solutum, stipulatori condicendum erit, noo Titio, *l. qui hominem 34. D. de solution.* & *l. si ita 59. D. eod.*

Tertiò si procuratori indebitum sit solutom, domino condici potest, *l. cùm indebitum 57. D. de condict. indebiti. l. si procurator 14. D. de condict. causa dati, l. si vendidero 82. §. si Titius. D. de furtis. l. item si 5 §. item quæritur. D. neg. gest.* Si tamen dominus neque mandauerit, neque ratam habuerit solutionem, illi noo condicetur, sed procuratori, cui solutom fuit, vti superiùs diximus. Neque plura de hac condictione dicenda videotur.

§. IX.

De condictione ex lege.

HÆc condictio sola nobis explicanda restat, de qua habemus *tit. lib. 13. D. & l. vnic.* ex Paulo. *Si obligatio*, inquit, *lege noua introducta sit, nec cautum sit eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.* Quod, vt intelligas obserua ex lege nasci obligatiooem, *l. obligamur 52. D. de obligat. & action.* nouas verò leges, nouas quoque obligationes, & actiones afferre, ex quibus proinde agendum est, quoties iis legibus non cauetur, quonam alio genere actionis experiendum sit; quandoquidem actio aliundè nasci tunc non potest, nisi ex ipsa lege quæ obligationem induxit, neque aliunde aut ius aut nomen desumere valet. Olim quidem erat solùm Lex XII. Tabul. quæ vetus lex, & ius antiquum atque antiquissimum dicitur, *l. tutelas 7. D. de capit. minut. l. quoties 93. D. de regul. iur.* atque ab ea lege & iure, omnes obligationes & actiones proficiscebantur, vel saltem ex prudentum ad eam legem interpretatione, *l. 2. §. postea, & §. deinde ex his, D. de origine iur.* Verùm quia omnibus causis in diem contingentibus lex illa non satis prouiderat, nouas obligationes & actiones, pro communi ciuium vtilitate inducere oportuit, vt quisque exigere posset quod sibi deberetur, ac proindè necessariæ quoque fuerunt nouæ leges, quæ nouas illas obligationes, & actiones inducerent & ex quibus agendum esset, quoties in legibus cautum non reperiretur, quonam actionis genere experiendum esset, moris enim erat, vt cum lex siue de ciuili, siue de criminali negotio ferretur simul iudicium & actionem certam eius rei causa instituaret, *l. quoties 41. D de obligat. & act.* Cicer. *lib. 3. officior.* vbi de prætoribus & tribunis plebis loquitur; 139

conscripserunt communiter edictum cum pœna atque iudicio. Et Horat. *lib. 2. satyr. sub fin.*

Si mala condiderit in quem quis carmina ius est,
Iudiciumque.

Id est datur actio ex lege: aliquando tamen non constituebatur neque exprimebatur in lege genus actionis quo agendum erat. Eo igitur casu actionis formula in furtum ex legis præscripto concipiebatur, dicebaturque condictio ex lege.

140 Est igitur condictio ex lege actio personalis per quam id dari oportere intenditur, cuius obligatio ex lege noua siue iudicio instituta est, cuius definitionis sententia satis manifesta fit ex notatis. Huius condictionis exempla Accurs. Bartol. Hotman. Faber, & alij plura recensent ex iure; veluti *in l. si postulauerit* 27. *§. vlt.* & *l. seq. D. ad l. Iul. de adulter.* Item si quid supra modum ex lege Cincia de donis ac muneribus præstitum donatum est, eius quod excedit nomine condictio ex ea lege conceditur, *l. vt mihi* 21. *D. de donat.* Instituto Constantini, qui à ciuitatis debitore bona mercatus est, condictione ex lege tenetur, *l. 2. C. de debit. ciuil.* Instituto Iustiniani arbitrio per iusiurandum recepto, condictio ex lege conceditur, *l. 4. C. de recept. arbit.* Itemque in hæreditariis actionibus aduersus hæreditatis possessorem *l. vlt. §. sin autem. C. de petit. hæredit.* vel aduersus posteriores creditores *l. vlt. § sin vero. C. de iure debit.* Itemque in maiore seruorum numero donato, *l. si quis argentum* 25. *§. sin autem. C. de donat.* Item in maiore summa libello actionis comprehensa, aut per viatores exacta *§. tripli, & seq. Inst. de action.* Datur condictio ex lege ad legitimæ supplementum in vicem querelæ de inofficioso testamento, *l. omnimodo* 30. *C. de inofficios. testam.* Ad rescindendas immodicas liberalitates quas coniux in posteriorem coniugem contulerit in præiudicium liberorum prioris matrimonij, datur condictio ex *l. hac edictali* 8. *C. de secund. nuptiis.* Item *ex l. 2. C. de rescind. vend.* ad rescindendam venditionem ex causa læsionis immodicæ, nisi iustum pretium suppleatur. Item *ex l. vlt. C. de acquir. possess.* ad reuocandam aut retinendam possessionem interuersam ab eo cuius corpore possidemus: sicut & aliæ innumeræ condictiones quas hîc percensere infinitæ foret operæ. In his autem omnibus condictionibus, vt patet ex allata definitione, intendimus aduersarium dare nobis oportere. Quare in illis legibus quæ hanc condictionem concedunt non sunt numerandæ constitutiones, quæ non tam dationem, quàm restitutionem imperant: nam aliud est dare, aliud restituere. Reiiciendæ quoque sunt actiones criminales, quæ per legem aliquando inducuntur, quia illæ sunt accusationes ex lege, veriùs quam actiones.

141 Denique obserua iura omnia quæ per condictionem ex lege petuntur, esse perpetua, id est ad 30. annos durare, quia sunt actiones ciuiles, quæ non nisi trigesimo anno perimuntur, *l. sicut* 3. *C. de præscrip. 30. vel 40. ann.* quare quamuis querela inofficiosi testamenti quinquennio præscribatur, & communiter dicatur actionem in alterius locum subrogatam, sapere naturam eius in cuius vicem subrogatur, *l. si quis* 10. *§. qui iniuriarum, D. si quis cantion.* condictio tamen *ex l. omnimodo*, nuper allata ad supplementum legitimæ non nisi 30. ann. finietur. Et quamuis ius petendarum omnium restitutionum in integrum concludatur quadriennio, vtili ab initio, & continuò ex quo cœpit currere *l. vlt. C. de temp. petend. in integrum restitut.* condictio tamen ad rescindendam venditionem *ex l. 2. C. de rescind. vend.* licèt proponatur per modum restitutionis in integrum, durat tamen 30. annis, vt de his ostendit Faber. *in suo C. titul. de inofficioso testam. & tit. de rescind. vend.*

142 Obserua denique hanc condictionem ex lege cum aliis quoque condictionibus, & actionibus posse concurrere, quia quoties lex nouam obligationem introducit nisi nominatim caueat, vt ea sola actione vtamur; veteres omnes actiones eo etiam nomine competunt; quod docet Paul. *in l. quoties* 41. *D. de obligat. & action.*

143 Ex his omnibus quæ de condictione indebiti, vel sine causa diximus hactenus, quibus solutum repeti potest; quæritur an si quis huic iuri renuntiet, possit nihilominus solutum repetere. Suppono verò ex iis quæ aliàs in similibus quæstionibus de renuntiatione iuris à lege concessi diximus, non posse quemquam sua renuntiatione facere, vt ius sibi à lege concessum, sibi non competat, posse tamen illo iure non vti, vt in exemplis superius allatis; non potest mulier facere vlla renuntiatione, aut pacto, vt si intercedat, ius à Velleiano ipsi concessum non competat, neque filiusfamilias mutuam pecuniam accipiens, ne habeat exceptionem à Macedoniano S. C. datam, poterit tamen tum mulier quæ intercessit, tum filiusfamilias, non vti exceptionibus per eiusmodi Senatus decreta sibi concessis. Ita qui ex causis *§. superiori* enumeratis habet ius condictionis indebiti; non potest illi renuntiare, siue impedire ne hoc ius habeat, potest tamen suo illo iure, quod non acquisitum est, non vti, & non condicere atque promittere se non condicturum. Dum itaque quæritur, an quis renuntiando iuri condictionis indebiti, possit nihilominus condicere, distinguendum est de renuntiatione iuri nascituro, vt ita dicam, siue iuri acquirendo, & de renuntiatione exercitij iuris illius iam acquisiti: primum enim facere non potest, cum pacta priuata non possint impedire vim publicæ legis. Neque opinor, de ea iuris renuntiatione disputant DD. sed de renuntiatione vsus, & exercitij illius iuris sibi per legem concessi, ita vt quis promittat se non condicturum, neque repetiturum solutum tanquam indebitum, quod facere potest, neque enim obligatur condicere, & solutum repetere si nolit. Hac igitur facta renuntiatione posse nihilominus condicere debitorem, vel condictione indebiti, vel condictione sine causa, docent passim Iurisconsulti quos adducit, & sequitur Conarr. *lib. 2. variar. cap. 4. n. 4.* Gutier. *1. part. de iuram. confirmat. cap. 17. n. 1.* Molina *tract. 2. disp. 569. sub fin.* à Castro Palao *de iust. disp. 1. punct. 18. §. 23.* quia præsumitur hæc renunciatio facta ex errore quo quis existimabat se verum debitorem esse; quare distinguendum est: si enim sciens & volens, his condictionibus quibus scit se hoc casu vti posse, renuntiat vel absolutè, vel conditionatè eo casu quo comperiat esse indebitum, validè renuntiat, neque solutum repetere potest, si verò ignoret suum illud ius, per errorem renuntiat, & repetere potest, neque iuramentum confirmabit, aut validam faciet eiusmodi renuntiationem; quod totum constat *ex lib. 3. superiori cap. 3.*

ART.

ARTICVLVS III.

De iure sistendi, capiendi, & incarcerandi debitorem fugitiuum, aut suspectum.

An debitor sisti possit, & quid sit arrestatio. 1.
An capi. 2.
An incarcerari. 3.
An ista liceant, si debitor soluendo sit. 4. 5.
Quale oporteat esse illud debitum. 6.
An authore solo Iudice hæc fiant. 7.
Quinam eximantur hac vi. 8. 9.
An mulieres. 10.
An milites. 11.
An nobiles. 12.
An clerici. 13. 14.
Quid de hospitibus, & caponibus. 15. 16.
An debitor inops possit incarcerari. 17.
An ciuis pro debitis ciuitatis. 18.
An missus in possessionem bonorum sui debitoris possit petere vt sistatur. 19.
Cuius impensis ali debeat debitor incarceratus. 20.
An debitoris cadauer sisti queat. 21.

DE iure quod habebant creditores in debitores tum apud Græcos ante & post Solonem, tum apud Romanos pro variis Reipublicæ temporibus, & mutationibus, fusè disputauimus in opere de vsuris, *lib. 3. cap. 7. art. 3. à n. 7.* quæ hoc loco non placet adducere. Inde si lubeat neque ingrata, neque, opinor, inerudita petes; nos illis omissis quæ nostris moribus vsurpantur paucis explicabimus, cum ad forum externum vniuersa ferè pertineant; vt igitur compellatur debitor ad soluendum, alia committuntur in eius ipsius personam, alia in eius bona. De prioribus dicam in hoc articulo. De posterioribus verò in sequentibus.

1 Circa personam igitur debitoris tria fieri possunt. Primò quidem sisti, atque Iudicis authoritate impediri ne aliquo loco moueatur, v.g. ne exeat è ciuitate, pago, aut domo, quam prohibitionem & veluti interdictum appellant vulgò attestarionem, siue arrestum, dicunt enim arrestare aliquem, illi dare attestationem, de cuius vocis origine lis est, licèt omnes Græcam faciant; nam Peckius *tract. de iure sistendi, cap. 1.* deducit à Græco ἄρρατον, id est inuiolatum & incorruptum, ideóque sententias supremæ Curiæ nominati arresta, quod æquissimæ & incorruptæ sint, & nulla prouocatione infringi, aut suspendi queant, vti ann. 1294. constituit Rex Philippus. Budæus verò *in l. fin. D. de Senat.* Francis. Connanus *lib. 1. comm. iuris ciuilis, cap. vlt. n. 9.* & alij passim volunt esse ἀρεστόν. placitum, & decretum; eo quod Rex sua diplomata quibus aliquid decernit, concludat hac formula: *Et quia tale est nostrum placitum*: quibus verbis non significat princeps voluntatem suam pro summo imperio, & ratione habendam esse, sed se rem illam de suorum procerum consilio statuisse, atque adeò sibi placere seruari, quare sapienter Vlpian. existimauit placere principi, quod ratione & consilio factum. Inde quoque factum vt quæ à supremis Curiis authoritate regia definiuntur, & decernuntur togatis suffragiis, dicantur placita, & arresta, nam placitum & decretum latiùs est, quod Græcis δόγμα ψήφισμα. Plin. *lib. 9. cap. 1.* ratas opiniones Medicorum, sententiasque constantes placita nominat, vbi de Thessalo Methodicorum principe: *Eadem ætas*, inquit, *Neronis principatu ad Thessalum transiliuit, delentem cuncta Medicorum placita, & rabie quadam in omnis æui Medicos perorantem.* Vt igitur populi scita, & Senatusconsulta, sic nostræ Curiæ placita, & arresta nominarunt, inquit, Budæus. Cùm etiam veteres verbo, *placere*, pro *decernere*, & *Senatusconsulto constituere*, passim vterentur: quare Tull. *in Philipp. 5. De exercitu Cn. Cæsaris ita censeo decernendum Senatui placere, militibus veteranis, eorumque liberis, militiæ vacationem esse. Philipp. 3. Senatui placere, vt C. Pansa, & A. Hircius Coss. designati.* Et inde apud nostros veteres Gallos cōuentus regij in quibus de summa regni tractabatur, placita dicta sunt passim apud Turon. *lib. 7. cap. 13. & 14.* quia exquirebatur quid singulis placeret, & placitum deindè siue decretum publicabatur. Indè demùm placitum vsurpatum pro ipso iudicio. *Synod. Turon. 3. cap. 35. Pro quolibet placito, vel iudicio, à qualibet persona munera exigere.* Et *c. 39. Placita sæcularia. lib. 3. capitul. Placitum Comitis, placitum centenarij.* Turon. *lib. 7. cap. 23. Placitum in Regis Childeberti præsentia posuerunt.* Indè denique nostrum *plaider*, id est experiri in iudicio, *plaids*, & *plaidoiers*, pro actionibus forensibus: placita igitur Curiæ, arresta non malè dicentur.

Obiicit Rebuff. *tom. 2. in constit. Regias*, placitū non magis cōuenire supremis Curiis, quas parlamenta nominamus, quam inferioribus, quarum etiam sententiæ, placita & arresta dici possent.

Resp. cùm ea vox, *placet Senatui*, supremam quandam authoritatem sonet, eius sententiæ, placita, & arresta potiori ratione dici quàm inferiorum Curiarū quarum voluntati & placito non acquiescimus inuiti, cum ab illo liceat ad aliud Tribunal prouocare, quod inferioris placitum emendabit, & sua voluntate cassum, atque inutilem reddet. Verum quidquid de hac arresti significatione statuas, ea non est huius loci propria, sed alia longè diuersa, est enim arrestatio, vt obseruat Pyrrhus *ad consuetud. Aurelian. rubric. de execut. instrum. cap. 12.* Lagus *in sua methodo, cap. de execut. rei iudic.* Molinæ. *ad consuetud. Paris. tit. 2. gloss. 1. vers. arrester. n. 3.* & Peckius, *cap. 1. de iure sistendi*, impedimentum seu interdictum ne res, aut persona loco seu statu suo moueatur: siue est iniectio manuum personæ quidem cùm alicui à Magistratu interdicitur ne exeat è loco in quo est inuentus, nisi rebus cum eo compositis, qui de illo apud Iudicem questus est. Rerum etiam & bonorum arrestatio datur cùm res alicuius ex quacunque causa pro securitate nostra, detinetur authoritate publica, ita vt nobis inuitis ex illo loco, negotio nondum sopito, tolli non possit Itaque arrestata dicunt aliqui cum Vossio *lib. 4. de vitiis sermon. cap. 2.* esse, vadari, siue hominem vel rem placito Curiæ vel principis detinere; qua voce vtitur Philippus Christianissimus in charta Rotomagensi, siue Ducum Normanniæ, & Regum Franciæ. *Si debitor intra Rothomagum venerit, ex quo de equo descenderit,*

cenderit, castallum, vel bernesum suum poterit arrestari. Quæ significatio arresti non potest conuenire cum nomine Græco *ἄρεστον*, id est placitum; quare existimatim cum Peckio, & aliis esse vocem merè Gallicam, & nullatenus Græcam, aut Latinam, quæ significat sistere, & firmare; quare Curiæ, & principis sententiæ, quia firmæ sunt, & suo veluti gradu consistunt, litesque sistunt, iura partium confirmant, & immota faciunt, dicuntur arresta. Interdicta quoque ne vel persona ex aliquo loco exeat, vel res inde moueantur, ex quibus persona sistitur, atque etiam res debitoris, arresta nominantur.

2 Non modo verò debitor aliquando modo explicato sistitur, & arrestatur, sed etiam capitur, aut prehenditur, iniectione manus in ipsum, aut res eius; fieri enim posse arrestationem, sine manuum iniectione, non verò prehensionem, & captionem, obseruat Molinæ. quia sicut plus est, inquit, rem aliquam prehēdere, quàm impedire, ita plus est personam capere, quàm impedire, vel interdicere, & vt vulgò loquimur, arrestare.

De hac porrò materia arrestationis, capturæ, & incarcerationis debitoris agere pragmaticorum est, cùm res tota sit merè forensis, & diuersa sit ratio in istis procedendi pro vario diuersarum nationum ac prouinciarum iure. Consule eos qui de his varios tractatus ediderunt, Peckium *de iure sistendi*. Ioannem Baptistam Caccialupum, *de debitore suspecto, & fugitiuo*; & alios. Nos omisso toto illo iudiciali processo, de personis dumtaxat quæ gaudent hac in parte aliquo priuilegio, dicemus. Et quia tum arrestatio, tum captio conducit ad incarcerationem; de illa potissimum agemus; cùm tamen alia sit ratio arrestationis, vt iam monui, capturæ, prehensionis, & incarcerationis, poterit aliquis debitor sisti & arrestari, qui non poterit incarcerari: hæc igitur pauca perstringo.

4 In primis itaque non esse locum arrestationi, capturæ, & multo minus incarcerationi, dum bona debitoris sufficientia ad dissoluendum debitum extant, *ex l. 1. C. qui bonis cedere poss.* ita Gloss. *in l. 3. §. tutores. D. de suspectis tutoribus.* Couarr. *lib. 2. variarum. cap. 1. n. 2.* Anton. Gomez *tom. 2. de contractibus. cap. 11. n. 51.* Molin. *disp. 571.* quod ipsum verum est si fideiussores idoneos, & pignora sufficientia habeas; quia arrestatio & captura non conceduntur nisi in subsidium, & cùm nullum aliud medium est recuperandi debitum.

Nihilominus debitor principis & fisci, licèt habeat bona sufficientia, & fideiussores, arrestari, & prehendi potest, donec reipsa soluat, ex Couar. *lib. 2. variar. cap. 1. n. 4.* Gutierr. *lib. 2. qq. practicar. q. 25. n. 1.* & Molin. *disp. 571.*

5 Secundò quando debitor suspectus est ne aut bona dilapidet, aut aliò diuertat, vel quia fugitiuus est, aut fugam meditatur, poterit creditor iudicem adire, & ab illo bonorum debitoris sequestrationem, arrestationem, aut prehensionem petere, vel debitoris ipsius detentionem, prehensionem, & capturam; quæ omnia iudex habita summaria informatione duobus auditis testibus concedere poterit, nisi fideiussores idoneos debitor dederit. Ita Gomez *in l. 66. Tauri n. 1.* & Molin. *disp. 571. n. 2.* Non erit tamen solius creditoris querela & iuramento contentus Iudex, vt legitimè capturam personæ, vel bonorum sequestrū permittat; debet enim nō leuibus coniecturis illi constare de periculo amittendi debiti, quod pluribus probat Menoch. *de arbitrar. casu 87. toto.*

Tertiò nihil interest hoc debitum sit absolutum, an conditionatum, & in diem incertum. 6 Quia licet eiusmodi debitum incertum omninò sit, & possit non esse, sicut & conditio potest non existere, & dies incertus fit conditio, vti *art. sup.* diximus. Nihilominus spes, aut expectatio illa est debita, qua per fugam aut malam fidem debitoris priuari non debet. Quisnam verò censeatur fugitiuus quisue suspectus; difficillimum est certò constituere; quare agendum erit coniecturis, quæ grauiores, aut leuiores sunt. Itaque prudentis iudicis fuerit illas expendere: vide Caccialupū, *tract. de debitore suspecto & fugitiuo.*

Dixi verò hanc arrestationem, & capturam 7 authore iudice faciendam: neque enim cuilibet priuato licita est, cùm nunquam incipiendū sit ab executione, nisi in quibusdam extraordinariis & insolitis casibus, tanta necessitas vrgeat, vt propter graue periculum imminens, & quod non patiatur moram sollicitandi iudicis, æquitas postulet arrestationē, & manuum quoque iniectionem, siue prehensionem permitti. Sapienter itaque dixit Molina *loc. cit.* regulariter esse prohibitam arrestationem, nisi quatenus iure, consuetudine, aut priuilegio apparet esse permissa, adducitque *l. nemini 9. C. de oblig. & action.*

Quare quæritur an validum sit statutum quo permittitur captura nulla præuia citatione; illud enim reiiciunt Abbas *lib. 2. consil. 42.* & illum sequutus Paul. Castrens. *consil. 50.* Eiusmodi consuetudinem non improbat Boët. *ad consuetud. Bituric. tit. 1. §. 13.* Rebuff. *in constit. regias. tract. de lit. oblig. art. 6.* & Peckius *de iure sistendi cap. 26.* Ratio est vitatio sumptuum qui fierent in prosequendo debitore, qui aliò diuertit, qui aliquando superarent ipsum debitum. Quod de illationibus à maritimis ciuitatibus in mediterraneas, & à mediterraneis in maritimas contingere, vt plus valeant expensæ, quàm deuotionis illatio, queritur *l. mediterranea 9. C. de annonis, & tribut.* Existimauit tamen Boët. *q. 57.* hoc ius arrestatorum esse exorbitans & contra ius commune, ac proinde restringendum, & non extendendum, ex communi regula *cap. quæ contra, de regul. iur. in 6.* Neque vnquam eiusmodi statuta pugnantia cum iure communi debent intelligi, nisi propriè de casu de quo loquuntur, & non possunt ad alium quem verbis suis non comprehendunt extendi.

Quamuis porrò communiter possint debito- 8 res, postquam conuenti sunt apud iudicē, compelli ad solutionē arrestatione, prehensione, atque etiam si opus sit, incarceratione. Nonnulli tamē eximio priuilegio modis istis cōpelli non possūt ad debita ex solo cōtractu, & nō ex delicto profecta. Quæ priuilegia propter graues causas indulgeri potuerunt absq; iniustitia. Cùm enim totus ille modus, & ordo processus iudicialis sit à iure ciuili, neq; vbiq; idem, sed pro variis moribus diuersus, potuit princeps nolle illum seruari circa quasdā causas, & personas, quibus æquitas, & ratio fauendū esse ea in parte persuadet, sicut poterat illū modū procedendi non constituere, sed aliū quempiā, aut etiā hodie tollere, aut mutare. Sicut videmus apud Græcos & Romanos variarū fuisse sæpius rationē vrgendi debitores; quod ostendimus in opere nostro de vsuris loco

initio

initio adducto.Designandæ igitur sunt personæ, quæ hac in parte gaudeot aliquo priuilegio.

9 Eiusmodi enim fuor primò omnes qui conueniri oon possunt plusquam facere possint; illi enim sisti,capi,neque in carcerem detrudi debét pro iis pro quibus conueniri non possunt. Alioquin inutile illis foret eiusmodi priuilegium. Immò neque eorum bona ita capi, & prehendi valent, nisi tantùm illis supersit, quantùm necessarium erit vt commodè alantur. Ita glossa fin. *in l. liber captus. C. de captiuis,& postlim. reu.* Eiusmodi est vxor respectu mariti, & maritus respectu vxoris,atque alij quidam.

10 Secundò mulier quæ honestè vixit nequit ob debitum ciuile in carcerem detrudi, aut arrestari. *Authent. hodie, C. de custodia reorum.* & *Authentica, sed hodie,C. de officio diuers. iudic.* quod ipsarum pudori iodulgetur, ideóque ad debitum etiam fiscale,licèt priuilegiatum extendunt Molin. *tract.2. disp.571.* Ferdinand. Acastro Palao, *disp.1. de iustit. punct.18.§.27.* qui alios allegant. Debet autem debitum istud oon esse ex delicto, puta furto,rapina,& quopiam alio crimine, vel illicito contractu, io his enim omnibus,& similibus casibus cessat priuilegium, ne principes videantur fauere delictis; quin immò, si etiam iussu Iudicis nolit vel soluere cum posset, vel fideiussores dare,vel fugam meditaretur, vel bona occultaret ad fraudandos creditores, prehendi posset propter contumaciam, vel perfidiam: quod tradit aliis allatis Gutierr. *de iuram. 1.p. cap.16. n.35.* In his verò debitis ex delicto nonnunquam muliarem posse dimitti è carcere, quando videlicet agitur de pœna tantùm pecuniaria, & dantur idonei fideiussores, secus verò si de pœna corporali ageretur. Ita volunt Couarr. *lib.2. variar. cap.8. n.8.* & Menoch. *de arbitrar. q.88. n.10.*

Dixi porrò in assertione,mulierem honestam gaudere hoc priuilegio, quod pudori, & verecundiæ muliebri datur, ac proindè impudicè & luxuriosè viuentibus negari debet. Requirunt hanc luxuriam publicam & ootam esse Menoc. *citata q.88. n.21.* & Couarr. *in 4. decretal. 2. p. cap.8. §.11. n.6.* qui & addocit in maritatis vitum conscium esse oportere huius turpitudinis, quia sicut propter honorem mariti non permittitur turpitodo mulieris probari, neque etiam permittitur eam detrudi in carcerem;at id enim turpitudo ipsius probāda foret.Quod si maritus conscius adulterij fuerit, id probandum prius fuerit ante hanc detentionem, & incarcerationem vxoris. Vide Menoch. *q.citata n.18.* & Ferdinand. à castro Palao *§. citato, n.5. & 6.* qui etiam *n.8. & 9.* disputat an mulier possit huic priuilegio cedere: nobis solemnis oostra distinctio in similibus casibus tenenda est; nempe non posse mulierem facere qnin gaudeat hoc priuilegio, quod ipsi à iure in commendationem pudoris fuit concessom; posse tamen eo iure non vti, si lubeat, neque adoersus sibi factam iniquitatem,quidquam opponere; atque ita diuersæ sententiæ conciliantur, quas apud Couarr. *lib.2.variar. cap.1.n.3.* Ferdinand. *loc. cit.* & alios videbis: nam alterutram nostræ distinctionis partem docent: eodem modo respondimos aliàs de renuntiatione beneficij à Senatusconsulto Velleiano mulieribus iodulto. Vnde quærunt DD. an mulier tutrix filiorum, vel nepotum post eiusmodi renuntiationem Velleiani possit pro debitis qnibus pupillus tenetur prehendi, & incarcerari: quod veriùs negant Couarr. *c.1.cit. n.2.* & *cap. quamuis pact.2. part.init.n.7.* Menoch. *q.88.cit. n.12.* Molina *tract.2. disp.571.* & alij, quia neque mater, neque auia possunt liberis & nepotibus obligari supra id quod facere possunt. Eaque de causa oon possunt, vti initio diximus, incarcerari.

Tertiò milites militiæ armatæ pro debitis non prouenientibus ex delicto sisti, prebendi,& incarcerari non possunt; quod omnes fatentur apud Couar. *lib.2. var. cap.1. n.4.* Menoch. *de arbitr. q.88.n.4.* Molin. *disp.581.* & alios; habent enim ius ne conueniantur vltra quod facere possunt,*l. miles 6.* & *l. item miles 18 D. de re iud.* 11

Quartò quamuis nobiles possint conueniri vltra id quod facere possunt, quod obseruauit Gutierr. *de iuram.1. p.cap.16. n.36.* nihilominus ob debita non profecta ex delicto nequeunt incarcerari: ita Couarr. *lib.2. var.cap.1. n.44.* qui tamen sapienter aduertit id ex iure Cæsareo,dubium esse. Et sanè *lex medicos 6.C.de professor. & medicis*, si attentè legatur, patum aptè hanc in rem adducitur. De iure tamen Hispano id certū esse dixit idem Couarr. Gutierr.*cap.16.cit.*& alij illius gentis Doctores,quod æquè in Gallia certū videtur.Excipiunt tamen vulgo,primò debita ex delicto contracta. Secundò debita Regalia, hoc est,Regi debita.Tertiò quæ à nobile fingente se ignobilem & plebeium contrahuntur, atque ita suo priuilegio in alterius fraudē abutitur.Quartò qui bona occultat ne suis creditoribus satisfaciat,atque ita fraude,& dolo aufugit, eadem de causa hoc nobilitatis excidit. Quintò qui renuntiat suo priuilegio, nempe suam nobilitatem non opponendo, quæ fusiùs disputat Ferdinand. Acastro Palao *disp.1.de iustit. punct.15. §.28.* & plures ab eo laudati DD. 12

Quintò Clerici non possunt ob debita prehēdi,& incarcerari,*ex cap. Odoardus, de solution.* vbi Gregor.IX. iubet Clericum inopem nec potentem soluere, propterea que excommunicatom ab Archiepiscopo Remensi. absolui, præstita tantùm iuratoria cautione de soluendo, vbi ad pinguiorem fortunam venerit. Vnde colligunt DD. neque vinciri,neque prehendi,neque incarcerari posse,cùm non obligetur vltra id quod possit facere. Vide Couarr.*cap.1. cit.n.9.* Gutier. *de iuram. cap.17.* Molin.*tract.2.disp.571.* Ferdinand.à Castro Palao *disp.1.de iust.punct.18.§.28.toto.* Qui aliíque disputant an omnes Clerici gaudeant eo priuilegio, verius est eo frui omnes sacris Ordinibus insignitos; atque etiam qui in solis minoribus constituti beneficia possident, vel ad alicui Ecclesiæ ministrant Episcopi destinatione, vel mandato. 13

In quibusdam tamen casibus hoc priuilegio non fruuntur Clerici.Primò quidem si debitum ortum sit ex eo quod fiscu, vel parti quam tua culpa læseras iussus es à iudice dare summā aliquā pecuniariā in pœnam criminis, non poteris allegare *cap.Odoardus*;secùs verò si illa pecuniaria mulcta sit dūtaxat in reparationē damni à te illati:tunc enim cùm illud debitū sit ciuile,& nō criminale,quamquā originem ex delicto trahat, allegata tua inopia,& data iuratoria cautione poterit Clericus euitare carcerem, ex capite *Odoardus citato.* 14

Secundò Clericus qui simulauit se laicum, vt facilius cum Laico contraheret, qui alioquin

non fuisset contracturus, non iuuabitur hoc priuilegio.

Tertiò si sua bona occultet ne creditoribus satisfaciat, vel in totũ, vel in partem, excidit hoc priuilegio ratione delicti, quod cõmittit, & iniquę suspicionis quã gignit. Neq; sanè concessum fuit hoc priuilegium Clerico in damnum creditorum, aut vt fraudibus debita retineat, vt Guttierr. & Molina argumentantur.

Quartò si sit vehemens de eius fuga suspicio, mandato iudicis poterit prehendi in creditorum defensionem, qui tamen propria sua authoritate capere non poterunt, nisi actu ipso fugientem retineant.

Quintò volunt aliqui Clericum tribus sententiis damnatum non posse capitis *Odoardus* exceptionem opponere, eo quod post eiusmodi cõdemnationem videatur solutio deberi, vt delictũ & cõtumaciã sequi, id tamẽ veriùs negant Cou. *cap.1.cit.n.9.* Guttier. 1. *par. de iuram. cap.17.n.31.* Molina *tract.2.disp.571.n.vlt.* quia iudex non intendit sua illa iterata condẽnatione nouã obligationẽ imponere debitori, sed antiquã vrgere, & iubere vt executioni mandetur, siue vt tandẽ impleatur. Antiquæ verò obligationi poterat Clericus opponere suum priuilegium, modo superiùs explicato Igitur idem quoq; poterit post eiusmodi condemnationẽ. licet secundò, & tertiò iteratam. Neque iterata sententia maiorem hac in re vim aducrsùs communem hanc exceptionem habere potest, quàm prima, quæ non impediebat eam exceptionem.

Sextò Clericus qui cõsensit pensioni in forma Cameræ non potest eius solutioni opponere caput *Odoardus*, ne detineatur, & incarceretur, si non soluat, vel idoneos fideiussores det, quia videtur Pontifex hoc casu tacitè derogasse priuilegio illius capitis. Ita ferè communis Curiæ praxis.

Septimò iuramentum de soluendo debito factum à Clerico non impedit quominus excipiat *cap. Odoardus*, quia confirmat quidẽ promissionẽ illam tamen nõ immutat, & quidquid aduersùs modum exequendi promissionem excipi potest, aduersus eandem iuratam excipi quoque poterit, quare ita docent Couarr. & Molina *locis citatis*.

Octauò denique disputant DD. an Clericus possit huic suo priuilegio renuntiare, vide laudatos DD. maximè Ferdinandum A castro Palao §. *cit. sub fin.* Nobis recurrit solemnis distinctio, nõ posse Clericum sua renuntiatione impedire, ne ex iure habeat hoc priuilegiũ; posse tamen nolle illo vti, & hoc in negotio prætermittere exceptionem capitis *Odoardus*, quam posset obiicere. An verò Iudex possit iure vincire, præhendere, detinere, & incarcerare Clericum non soluentẽ, & non opponentem priuilegium suũ; alia quæstio est, quæ non pendet à valida renuntiatione Clerici; quia licèt iste non vtatur suo priuilegio, hoc est, illud non alleget, illòque non se tueatur, non dat illa sua non exceptione, aut etiam expressa renuntiatione ius iudici violandi priuilegia concessa toti Ordini clericali, cui facit iniuriam. Esto, non faciat illam propriè huic singulari Clerico, qui hoc fauore vti non vult, aut illi obnuntiat, quod in pluribus aliis similibus casibus cõtingit, vt in adulterio, quod iniustitiæ crimen est, licèt lenocinãti marito nõ fiat fortassis iniuria, & in Velleiano de intercessionibus, etiã illi renuntiante muliere, & cæteris eiusmodi.

Quæres primò an qui hospiti & peregrino quidpiam vendit, habita fide de pretio, si ipse fugam, vel potius discessum parat non soluto pretio, possit eius capturam petere: negant aliquí, quia sibi imputare debet, quod homini peregrino fidem habuerit, cum facilè suspicari debuerit ipsum posse non soluto pretio discedere. Veriùs tamen docuit Menoch. *de arbitrar. casu 87. n.20.* posse emptorem istum suspectũ de fuga, Iudicis authoritate detineri, cùm sola conditio peregrini, & aduenæ non fuerit sufficiens causa suspicandi fugam, ita vt sibi culpã aliquã, & damnũ inde consequens imputare debeat creditor. 15

Hinc colliges hospites, & caupones ius detentionis & arrestationis habere, esseque creditores ad recuperãdas suas impensas, quia plurimùm publicæ rei interest, vt sint caupones, & stabularij, ac hospites, vt constat *ex tit. nautæ, caupones*, eademque publica vtilitas exigit, vt ex fide & citò soluantur, ne & grauia damna inde patiantur, & ab illo officio desistant. Vide Pyrrhum *ad consuetud. Aurelian. tit. de exec. ex locato, cap 7.* 16

Quæres secundò an debitor quem constat esse inopem, neque vnquam soluendo fore, sisti & detineri possit, nam Masuer. *in praxi tit. de exec. & subhast.* existimat quemcunque debitorem ex legitima causa sisti & detineri posse. Alij etiamsi manifestè constet debitorem soluere non posse, sisti posse volunt, donec ex operis suis & mercede diurno, deductis tamen priùs alimentis, tantundem corradere possit, vnde creditori satisfaciat, sicut is qui ab alio redemptus, donec pretiũ redemptionis soluerit, detinetur, *l. senatus 43. §. fin. D. de legat. 1. & l. qui testamento 20. §. potestatis, D. de testam.* Quod si ex eo debitore nulla prorsus sperari potest vtilitas, non esse detinendum à creditore volunt. Alij dicunt acerbiores esse mores nostros, qui aut carcere dãnant, aut cessione bonorum. Atqui non possunt cedere bonis, qui nulla prorsus habẽt, quacunque ex causa ad eam inopiam adducti sint, nisi fortassis dolo & fraudibus contraxerunt cum creditoribus suæ inopiæ conscij; quo casu in pœnam fraudis admissæ, carcere punientur, alij debere creditori seruire, donec suis operis illi satisfecerit, cùm ex l. XII. Tabul. etiam secandus creditoribus traderetur. Ius tamen non patitur liberos homines compelli ad seruiendum creditoribus pro solutione debiti, *l. ob æs alien. 12. C. de oblig. & action.* Sapiẽter omninò, quia ea seruitus est aliquid extraneũ & diuersũ ab obligatione contracta per debitorẽ. & quia seruitus est contraria libertati cui nihil prorsus æquari potest. Verùm facile responderi potest, eam constitutionẽ loqui de propria seruitute, eaque perpetua, non de famulitio, quod liberis quoq; personis conuenit, vel vt aliqui cẽsent, constitutio citata agit de liberis debitoris, quos nolunt Imperatores deinceps pro paternis debitis in seruitutẽ adduci, vt olim factũ fuisse obseruauimus *lib. 3. de vsur. cap. 7. art. 3.* Nõ agunt autẽ de ipso debitore, qui neq; promissũ præstare potest. neq; bonis cedere vult, vel aliàs soluendo non est, illum enim carceri mancipare permittit *l. 2. §. tutores, D. de suspectis tutorib.* Placet itaque Peck. *de iure sistendi. cap. 4. n. 4.* debitorẽ qui neq; vult, neque potest bonis cedere, neq; aliundè soluendo est, posse damnari, vt deductis alimentis satisfaciat ex operis suis creditori, aut illi famuletur. Quia posset quis se spõte obligare creditori

creditori ad eiusmodi operas ad integram vsque solutionem. Neque enim est illa seruitus cum libertate & ingenuitate pugnãs, sed facilis modus soluendi debitum ex benignitate creditoris potiusquam sæuitia profectus; modò tamen illæ operæ non dedeceant debitorem, & eius conditioni infamiam aliquam non aspergant, quod alias monui. Addo his omnibus in incarceratione debitoris prorsus inopis, ex cuius incarceratione, & detentione nõ modò non proficiet debitor, sed potiùs damnum incurret, cùm debitor ita detentus careat omnibus mediis soluendi sua debita, & cùm aliundè careat omni culpa, & dulo sępiùs peccari contra charitatem ex acerbitate creditoris.

18 Quæres tertiò an ciuis sisti & arrestari possit pro debitis ciuitatis? Resp. posse, quoties ciuitas se, & suos, suaque & suorum bona solemni more obligauit, quod vrgente legitima, & graui causa fieri posse nemo dubitat, cùm bono communi singuli ciues etiam suo incommodo & suo dispendio inuigilare teneantur. Ita pluribus allatis Peckius cap.4.cit.n.13. Ratio nostrę responsionis est quia alioquin inutilis esset ea obligatio ciuitatis, quam non soluentem creditor vix vnquam ad soluendum compellere posset. Deindè nunquã sciret pro qua parte singuli ciues obligati manerent, vt in singulos diuisim & seorsim ageret. Deniq; in eiusmodi solemni obligatione singuli ciues obligantur non tantùm pro sua parte, sed etiam in solidum inuicem, vel potiùs sicut sibi inuicem, & pro tota ciuitate fideiussores. Qui tamen nomine ciuitatis detentus fuerit & aliquid præstiterit, vel damnum acceperit, à reliqua communitate indemnis seruari debet.

19 Quæres quartò an creditor qui missus est in possessionem bonorum sui debitoris, possit nihilominus curare eundem debitorem sisti, & prehendi. Respondet Peckius cap.4.cit.n.15. cùm Bart. Baldo, & aliis quos allegat, posse; quia hæc remedia cumulatiuè cõpetunt creditori ad eundẽ effectũ, & per electionẽ vnius alterũ non tollitur, vti in pluribus aliis contingit, in quibus media cumulantur in fauorem actoris ad eundẽ effectũ: nã creditor qui pignus accepit, potest nihilominus personali actione debitorem vrgere; qui in possessionem legati, vel fideicommissi missus est illius seruandi causa; potest nihilominus agere contra hæredẽ. Debitor instante creditore excõmunicatus, aliis tamen mediis ab eodẽ vrgetur, & creditor prosequitur bona debitoris quẽ incarcerari curauit, quia carcer neq; debitũ soluit, neque perimit obligationem. Et denique æquum est illi succurrere, cui vnum remedium non sufficit.

20 Quæres quintò cuius impensis ali debeat arrestatus, & incarceratus? Respõdet Peckius cap.28. n.4. cum communissima sententia, detentum suis se impensis alere debere; quod si præ inopia non possit, creditoris erit alere. Guido Papa decis.211. eum esse vsum testatur, ideóque prudentes apparitores non prius debitorũ curam in se recipiunt, quàm expensarum solutionẽ ipsimet creditores fuerint stipulati: quare inconsulti sunt omninò creditores, qui inopem debitorẽ detineri curant, nam & debitum non recuperant, & impensas amittunt, & minore pretio, minorique voluntate, inquit Peckius aues domesticas, aut canes venaticos aluissent. Boët. q.302. n.8. alendum vult ex eleemosinis, nisi aliter inter creditorem, & commentariensem conuenerit. Verùm si nullæ, aut modicæ sint eleemosynæ quæ non sufficiant alẽdis pluribus ita detentis, an fame peribit debitor ex sæuitia creditoris, qui non aliud emolumentũ ex detentione & miseria debitoris capit, quàm miserum hominem vexet, & eius calamitate crudelem animum pascat, an non violatæ charitatis reus est? Et si sordibus ac miseria pereat debitor propter non præstita alimenta à creditore, qui illum sponte sua detinet, reus eius cædis est, & violatæ non modò charitatis, sed etiam iustitiæ.

Quæres sextò an debitoris mortui cadauer sisti & arrestari possit, vt cognati ad solutionem debiti cogantur? Resp. non posse sub pœna amissionis debiti, & aliis diuali constitutione cõprehensis, l. cum si 6. C. de sepulchro violato. Itaque sentiunt Boët. decis.287. Ripa de peste, cap. de præseruatiuis remed. n.101. Couarr. lib.2. variar. cap.1. n.10. vbi multa in hanc rem. Benedictus in cap. Raynut. vers. mortuo itaque, n.56. Speculat. ad tit. de appellat.§. in quibus, etiamsi contra defunctam, & pro debito extaret instrumẽtum guarentigiatũ. Felin. ad caput, sicut Iudæi, de Iudæis. Peckius de iure sistendi cap.5. n.17. quia non minùs interest reipublicæ mortuos humari, quàm viuos conseruari; isque fuit omnium gentium sensus, vt qui inhumata cadauera permitterent impietatis accersiti sunt: vide de his plura apud Couarr. & nos ipsos tract. de censur. disp.7. q.2. à n.30. & fusiùs tractatu de simonia q.12. consectario 6. toto. 21

ARTICVLVS IV.

De vindicatione rei suæ.

Vindicatio quid antiquo iure. 1.

Quid nouo iure. 2.

Definitio vindicationis. 3.

Materia vindicationis. 4.

Quomodo res coniunctæ, & à quo vindicentur. 5. 6. 7.

Quibus vindicatio competat. 8.

Aduersus quos competat. 9.

De effectibus, & iure vindicationis. 10.

De differentia quarumdam aliarum actionum in rem. 11.

De oppigneratione bonorum debitoris. 12.

Vindico compositum verbum facit Hotman. in comment. Inst. de actionib. à vi, & dico, quasi vim dico; sicut Varro deriuat, iudico, à ius, & dico: vis siquidem aliqua, etsi non solida, vt loquitur Enn. apud Agell. lib.20. cap.9. ficta tamen & imaginaria, ac festucaria, vti nominat ibidem Agell. fiebat in vindicatione, quę aliud non erat quam vindiciarum postulatio, & aliquando impetratio. Erant enim vindiciæ, simul possessio rei litigiosæ, dum de lite cognoscitur, simul interdum res ipsa possessa. Liui. lib.1. §.33. *Vindicias secundùm libertatem postulantibus cederet.* Cicero pro Milone. *Cum denique qui non calumniis litium, non iniustis vindiciis, ac sacramentis alienos fundos, sed castris, exercitu, signis inferendis petebat.* Quid verò in vindiciarum lite contingeret ex veteri more describit Asconius in 3. Verrin. *Lis vindiciarum est,* inquit, *cùm litigatur de re apud Prætorẽ, cuius incertum est quis debeat esse possessor, & ideo qui eum tenet satisdat pro prade litis vindiciarum* 1

aduersario

aduersario sue, que illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset. Rursus sponsione ipse prouocatur ab aduersario certa pecunia, aut aestimationis quam amittat ni sua sit hereditas de qua contendit.

Ex quibus vides vindicias nihil aliud tum significasse, quàm possessionem rei controuersæ, alicui Magistratus decreto vsq; ad finem iudicij attributam; quod amplius probat & illustrat Hotman, *loc.cit.in Inst. & commentariis.in oration. Ciceron.pro Cacinna*, & *in l.XII. Tabular.* ex Liuio & Dionys. circa Virginiam, cuius Numitorius libertatem secundùm vindicias postulabat coram Apio. Itaque postulare vindicias, nihil aliud erat, quàm possessionem petere; dare verò, dicere, decernere vindicias, erat decreto possessionem attribuere; quod ex Vlpian. & Caio in suarum institutionum libris propriè dicitur addicere. Aiunt enim actorẽ vindicare, reum cedere, Prætorem addicere: nam siue reus cederet, siue contra vindicaret, prætor tamen arbitratu suo addicebat. Vindicatio igitur erat vindiciarum postulatio, vindiciæ verò tum possessionem, tum, vt initio monui, ipsam rem possessam interdum significabant. Vnde Festus, *vindicia appellantur res ea de quibus controuersia est, de quibus Cincius sic ait; vindicia olim dicebantur illa qua ex fundo sumpta in ius allata erant.* Citat & Sulpitium Festus, qui ait vindiciam esse qua de re controuersia erat; & Glossarium, vindiciæ τὰ ἐν ἀμφισβητήσει πράγματα. Quod autem dixit Cincius vindicias ex fundo sumi, & in ius afferri; indicat quoque Festus *vers. superstites. Superstites testes præsentes significat.* Cuius rei testimonium est, quod superstitibus præsentibus ij inter quos controuersia est vindicias sumere iubentur. Ex quibus etiam vindiciarum formã colliges, quam fusiùs explicat Agelli. *cap.9. eis.* quod sic emendauit Hotman. in Commentariis Legis XII. Tabul. *Cum igitur de aliqua re disceptabatur in re præsenti siue ager, siue quid aliud esset, aduersarius aduersarium simul manu prendebat, ex iure verbis omnibus vindicabat, id est vindicia correpta, manus in re, atque in loco præsenti conserebat, quod apud Prætores ex XII. Tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: Si qui in iure manum conserunt. Postquàm verò Prætores propagatis Italia finibus, datis iurisdictionibus, negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum causâ, longinquas in res grauabantur, institutum est contra XII. Tabulas tacito consensu, vt litigantes non in re apud Prætorem manum consererent, sed ex iure manu consertum vocarent: id est, alter alterum ex iure ad conserendum manum in rem de qua ageretur vocaret: atque ita profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terra aliquid ex eo, veluti vnam glebam in ius ad Prætorem in vrbem deferrent, & in ea gleba, tanquam in toto agro vindicarent.* Sumebant autem illas vindicias ex agro, aliove fundo præsentibus superstitibus: vti dicebamus ex Festo. Amicos vtriusque partis in capiendis eiusmodi vindiciis *ex oration. pro Cacinna*, & *lib.1. officior.* ostendit Hotman. & Legis XII. Tabul. fuisse caput istud suspicatur. *Si qui in iure manum conserunt, vtrique superstitibus præsentibus vindicias sumunto.* Vindicia verò quæ sumebatur ex agro & fundo, & in ius afferebatur, vt dixi, erat vel gleba, vt aiebat Agell. vel etiam festuca: vnde idem Agelli. ait cum Ennio, vim illam quæ fiebat in vindiciis, non fuisse solidam, sed vt ipse ait ciuilem & festucariam. & nos alibi dixisse meminimus festucam fuisse traditæ possessionis symbolum. Vide Brisson. *lib.6. formular.* & Bignon. *in notis ad Marculph. lib.1. cap.13.* Boëtius *in Topica Ciceron.* nominat vindictam, aitque fuisse virgulam, quam lictor manumittendi serui capiti imponebat, additis quibusdam verbis solemnibus; atque adeò illa virgula vindicta vocabatur. De his verbis solemnibus *l.23. D. de manumissis vindict.* & Festus *in verb. manumitti.* Hanc vindictam Plutarch. *opusc. de iis qui tardius à Deo puniuntur*, agens de hac seruorum manumissione apud Romanos, ait illorum corporibus imponere κάρφος λεπτὸν tenuem festucam. & Persius.

Vindicta postquam meus à prætore recessit.

Et alibi.

Non in festuca lictor quam gestat inani.

Plaut. *in milite glorioso.*

Quid tu? Ingenua an festuca facta, serua, an libera est?

Vindicta igitur, siue festuca capiti serui imposita à domino circumagebatur. Persi. *satyr.5.*

Quibus vna Quiritem
Vertigo facit. Hic Dama est, non tressis Agaso.
Vappa & lippus, & in tenui farragine mendax.
Verterit hunc dominus: momento temporis exit
Marcus Dama.

Sed redeamus in viam, qui vindicabat, seu vindicias postulabat sumebat vindiciam siue vindictã ex fundo litigioso, & ad Prætorem deferebat, atq; ex ea gleba siue festuca, quæ vindicia erat modo explicato, vindicabat his verbis solemnibus, ex Boëtio *in Topic. Hunc hominem, siue fundũ ex iure Quiritium meum esse aio, eiusque vindicias mihi dari postulo.* Si autem aduersarius responderet; *At ego eundem meum esse aio, ac secundum me vindicias dari postulo.* Tum Prætor ei nec vi, nec clam, nec precario ab altero possidebat, vindicias dicebat, & vt ex Asconio retulimus, cui vindiciæ dicebãtur, satisdabat se nihil in possessione deteriùs facturum, de qua iurgium esset, & ab aduersario prouocabatur sponsione certæ pecuniæ admittendæ ni sua esset hæreditas de qua contendebatur. Cui deniq; erant dictæ vindiciæ, & possessio attributa Magistratus decreto, eam vsque ad finẽ iudicij retinebat. Ex quibus tandem efficitur vindicationem esse vindiciarum postulationẽ, vindicare esse simulata vi adhibita, & consertis cum aduersario manibus, in iure quidpiam suum esse dicere, seu fundum, seu hominem, seu quid aliud. Ex hoc more plures loquẽdi formulæ à Cicerone & aliis Auctoribus benè latinis vsurpatæ sunt, vindicare in libertatem, vindicare & liberare aliquem, & aliæ quarum aliquot selegit Monetus, *in delectu Latinitatis, verb. vindico.*

2 Atque ea fuit antiquissimo iure vindicatio, sed sublatis eiusmodi importunis formulis actionũ, vindicationes dictæ sunt actiones in rem, Iustinian. § *Appellamus autem. Inst. de actionib.* Est verò actio in rem, per quam rem nostram quæ ab alio possidetur petimus, vt ait Vlpian. *l.25. D. de oblig. & action.* Itaque semper est aduersus eum qui rem possidet, quam ab eius possessione in dominium nostrum vindicamus; quare huius actionis causa ex parte actoris est dominiũ, à parte rei possessio; nam vt ait Paul. in rem actio competit ei qui aut iure gentium, aut iure ciuili dominiũ adquisiuit, *l.23. D. de rei vindic.* Furius *l. vlt. D. eod.* in rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere se non possidere. Caius *l. qui petitoria 36. D. eod.* qui petitorio iudicio vtitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is cum quo instituit

tuit

rult actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere. Quia verò duplex est dominium, proprietatis & possessionis, ideò per hanc actionem interdum proprietas, interdum possessio auocatur *l. 1. C. de bonor. possess. contra tabul.* velut in pignoribus; nam per Seruienam possessio auocatur, *l. venditor 66. D. de euict. l. 3. §. 1. D. ad exhibend.* quin etiam condictio incerti possessionem petit, *l. 2. D. de condict. triticar.* Ex quibus colligit Hotman. *in Inst. de action.* triplicem differentiam inter actiones in rem & in personam. Prima, causa personalis actionis vna & simplex est, nempe obligatio siue vinculũ, causa realis actionis duplex est: nempe ex parte actoris dominium; vnde lis dominij dicitur *l. 8. D. de vsucap.* ex parte rei possessio; vnde dicere possumus, sicuti obligatio in personã actionem parit *l. licet 48. §. 2. D. de procurator.* ita possessio in rem actionem, *l. 2. C. de alien. mutan. iud. causa. l. 17. D. de pignorib. l. 24. §. 1. D. de iudic.* Secunda differentia est quia per actionem personalem actor petit quod sibi debetur: per actioné in rem petit quod suum est *l. 43. D. de rei vindic.* Tertia est quod prima actio, inter eos tantùm qui contraxeruot locũ haber, neque inter alios exerceri potest: nam neq; alius quàm creditor agere potest, *l. cum cui 13. C de obligat. & action. l. 25. D. eod.* neque aduersùs alium quàm debitorem, *l. vlt. §. vlt. D. de contrah. empt. l. 1. §. heres, D. ad Trebell.* At in rẽ actio ambulatoria est, semper enim rem & propter eam possessorem prosequitur, *l. 3. C. de seruitut. aq. l. 1. C. de alien. mutand. iud.* atque vt loquitur Imperat. *l. 1. C. vbi in rem actio,* solum possessoré tenet Hodie tamen omissa veteri vindicationis formula, qua vbi dominus vindicasset ex iure Quiritium, rem suam esse possessor contra vindicabet sic; *Fundus Sabinus meus est, immò meus:* defensionem possessoris in sola negatione ponimus, ita vt in pari iure melior sit causa possessoris, præsertim cùm etiam res alienæ bona fide possideantur aliquando *l. 9. §. 2. D. de public.* & hoc quoque dicitur commodum possessionis, *§. redimenda, Inst. de interdict.* & *l. 25. D. de rei vindicat.*

3 Ex his intelliges facilè totam definitionem & naturem vindicationis, est enim actio in rem, per quam is qui se rei alicuius dominum esse contendit, eam sibi à possessore restitui postulat. Actio igitur in rem ait genus vindicationis; in hac enim nullæ præstationes personales petuntur, séd ipsa dumtaxat res. Vnde propterea non modo in specie, hoc est Iurisconsultorum more in indiuiduo, sic enim appellant speciem, genus verò quod Philosophi dicunt speciem, quod sæpiùs aliàs monuimus. Ideoque res quæ vindicatur in indiuiduo philosophico & specie iuridica designanda est, dum petitur ex sua quantitate, & qualitate, *l. 5. §. vlt. D. de rei vindic.* & *l. 6. D. eod.*

4 Habes itaque materiam vindicationis, siue quid per illam petatur, nempe primò res mea in specie & indiuiduo secundum suam quantitaté, & qualitatem, non verò actiones, vt rem dixi, neq; pretia, & æstimationes rerum petuntur. Immò neque pecunia ex mea re comparata, mea est contra quàm contingat in aliis in quibus dicitur speciem ex mea materia factam, esse meam; atqui pecunia non fit ex re mea, quemuis rei meæ per negotiationem distracta prouenerit, *l. venditor 21. D. heredit. vendit.* Si igitur res domini à fure vendita fuerit, electio domini erit vtrum ab emptore qui possidet, an à venditore qui dolo malo possidere desiit, rem suam vindicare velit. Quod si dominus eiusmodi venditionem ratã habuerit vtramque illam vindicationem & aduersùs emptorem, & aduersus venditorem amittit, sed acquiret vtilem actionem negotiorum gestorum de vero pretio aduersùs venditorem *l. 3. C. de iis qui à non dom. manumiss. sunt.* Quamuis enim illa lex loquatur de sola manomissione, valet tamen ex identitate rationis æquè in venditione. Maneat igitur per vindicationem non peti rei nostræ pretium, quia illud nunquam succedit loco rei, sed cùm æquum sit illud rei meæ pretium mihi restitui, aut rem ipsam, res quidem vindicatione repetetur, pretium verò mihi condicere licebit per condictionem sine causa, *l. si cùm 23. D. de reb. credit.* & *l. vlt. D. negotior. gestor.*

Secundò sicut pecunia & pretium non succedit in locum rei, neque pecunia ex mea re comparata mea est, nec vindicari potest, vt dixi; ita neque res succedit in locum pretij, neque res ex mea pecunia comparate mea est, neque vindicari à me potest, *l. 6. & l. 7. C. de rei vindic. l. ad probationem 21. C. de probat. l. ex pecunia 12. C. de iure dot.* Aliquando tamen ex quadam benignitate & fauore partium, res eiusmodi censetur in locum pretij succedere, & vindicari posse; quare res à tutore, vel curatore comparata de pecunia pupilli, poterit à pupillo, vel minore vindicari *l. 2. D. quando ex fact. tutor.* Idem traditur de rebus emptis ex pecunia militis, *l. si vt proprius 8. C. de rei vindicat.* Idem dicitur de iis quæ ex pecunia vxoris comparata sunt, si maritus soluendo non sit, *l. uxor marito 55. D. de donat. int. vir. & vxor. l. si cus pecuma 12. C. de iuro dot.*

Tertiò quæ non sunt in dominio actoris vt iam pluries diximus, nõ petuntur per hanc actionem, atque adeò neque res sacræ, neque religiosæ vindicantur *l. in rem 23. §. 1. C. de rei vindic. l. qua religiosis 48. D. eod.*

Quartò non vindicantur liberæ personæ quæ nostri iuris sunt, nisi adiuncta clausula ex iure Quiritium *l. 1. §. 1. D. de rei vindic.* quia liberi non sunt in nostro patrimonio, vt serui, aut cætera mancipia, *l. vt tantum 14. §. 1. D. de seruo corrup.*

Quintò res quæ non sunt in pleno & perfecto dominio, sed tantùm inchoato, vindicari non possunt, v.g. res empta, sed nondum emptori tradita, *l. pen. C. de vindicat. rei, l. si ager 50. eod. l. Quatus 40. D. de action. empt.* quare iure dici potest, neque suum quidpiam esse, quod vindicari non possit, nec vicissim quidpiam esse quod vindicari non possit.

Sextò non modo res corporales, verùm etiam incorporales vindicantur, vt iura & seruitutes personales, tum reales, immò & superficies siue inædificatum in alieno solo, cuius causâ pensio præstatur, vindicari potest *l. 73. D. de rei vindic.*

Saptimò viodicantur non modò res singulares, 5 sed etiam coniunctæ; ingens tamen difficutas est, quando ante coniunctionem res singulares fuerunt duorum dominorum, à quo post coniunctioné, & quomodo vindicari possint siue vtriusqoe consensu coniunctæ & confusæ fuerint, siue vnius tantũ, estque omnino difficile hac in parta Regulam vniuersalem tradere, quod tamen tensauit Hotman. Obseruandum verò diuersa esse rerum coniunctarum geoera; oam aliquando in hac

hac coniunctione singula corpora retinent idem genus, eandem naturam, & materiam, quæ seorsim habebant ante coniunctionem, vt cum duorum pecora in eodem grege sunt, aut duorũ vina mixta, vel argentum conflatum, aut frumentum confusum. Quædam verò in eiusmodi coniunctione diuersi generis ac materiæ fiunt, aliqua mutatione, & alteratione, vt quando vinũ vnius miscetur cum melle alterius, ex iisque fit mulsũ, vel ex auro & argento, electrum *l. 3. §. vlt. & ll. seqq. D. de rei vindic. l. 7. §. cum quis. D. de adquir. rerum domin.* Præterea quædam suam substantiã, speciem, & naturam in ea coniunctione ita retinent, vt ab ea separari possint, & in suam pristinam speciem ac naturam redire, vt cùm duorum frumentum confusum est, vnius plumbum cum alterius argento conflatum, aut vnius æs cum alterius auro: quædam verò ita speciem & naturã mutant, vt neque semel confusa, deindè separari, neque suam amissam speciem seorsim recuperare possint, vt ex plurium oliuis oleum, vinum ex vuis, ex melle, & vino mulsum, ex herbis emplastrum, *l. 3. & l. 7 §. si duorum, & l. 23. §. item, D. de rei vindic. §. si duorum, Inst. de rerum diuis.* Præterea alia corpora sunt continua, vt lapis, lignũ, statua: alia cohærentia, vt nauis, taberna, aceruus frumẽti; alia deuincta, vt grex, armentũ equitium, *l. 23. §. item, D. de rei vindic. & l. rerum 30. D. de vsucap.* sunt & in corporibus suæ partes, aliæ quidẽ pares, aliæ impares, quarum aliquæ accessionis, aliæ principalis locum obtinent, vt de grege dicitur *in l. 2. D. de rei vindic.* & de statua, & brachio alieno *in l. 23. §. 1. D. eod.* de fundo & arbore aliena *l. 5. §. 3. D. eod.* de permultis aliis *l. sed si 26. D. de acquir. rerũ domin.* Sunt & in corporibus quædam indiuidua, vt in mulso, mel & vinum; in statua brachium ferruminatum: in pictura, tabula & colores: in scriptura, charta & lineamenta. Alia quædam diuidua sunt, vt in electro argentum, & aurum; in massa æs & aurum; in statua brachium applumbatum, *l. 5. §. 1. l. 23. D. eod.* His omnibus ita notatis.

6 Certum quidem est corpora communi duorũ dominorum voluntate coniuncta, communia eorum fieri, & non vindicari, sed per iudicium communi diuidundo peti *l. 7. §. cum quis D. de adquir. rerum domin.* At vero difficultas est quando non sunt coniuncta vtriusque domini voluntate; quo casu communiores istæ regulæ erunt seruandæ.

Prima est, vt si hæc ita coniuncta sint, vt in nouam quandam speciem transierint, quæ in suã naturam & materiam reuerti non possit, eius sunt qui miscuit & confudit; quare ab eo solo vindicari poterunt. Secunda si hæc species noua ad suã materiam reuerti possit, tunc dominum non mutat, & ab illo solo vindicari valet, *l. in omnibus 24. D. de adquir. rerum domin.* Tertia si singula ista coniuncta speciem suam retinent, ab vtroque domino vindicantur; quare si duorum frumentum vtriusque voluntate cõmixtum est, singula grana communia vtriusque *fiunt. §. si duorum, Inst. de rerum diuis.* quemadmodum in communi pecuniæ summa, singula nummorum corpora communia sunt, *l. nam etsi 13 § fin. D. de reb. credit. l. si is cui 94. D. de solution.* Quod si non vtriusque domini voluntate mixtum fuit, singula grana singulorum dominorum permanent, & ab vtroque vindicantur, *l. 4 D. de rei vindicat.* arbitrio tamen iudicis fuerit vt arbitretur quale cuiusque frumentum fuerit, *l. 7. §. cum quis. D. de adquir. rerum domin.* Vbi Sabinianorum, & Proculianorum contentiones repudiantur, quorum illi materiam, hi speciem potiorem esse contendebant. Similisque dicitur esse ratio pecorum, quæ cum alienis pecoribus mixta sunt, quæ singula vindicari possunt, vt grana singula, *§. si duorum, Inst. de diuisione rerum. & l. 3. D. de rei vindic.* Ab hac tamen regula excipiũt tignum ædibus vineisque iunctum, propter legem XII. Tabul. de qua *in l. 23. §. tignum. D. de rei vindic. & l. 1. D. de tigno iuncto.* atque hactenus, regulæ de vindicatione corporum coniunctorum, ex Hotman.

Restat verò quærendum quomodo vindicari 7 possint res vniuersales, siue potius vniuersitates, v.g. gregis, armenti, equitij: vindicari enim ista posse dixit Pomponius *in l. 1. §. 5.* & Paul. *l. 2.* & Vlpian. *l. 3. D. de rei vindic.* hæc enim omnia quædam vniuersitates sunt, itaque appellantur, *l. quid ergo 70. D. de vsufruct.* Distinguenda verò est duplex vniuersitas, alia iuris, alia rerum corporaliũ, siue corporum. Vniuersitas iuris est aliquid quod plura in se quidem continet, sed in iure subsistit, & sine corporibus subsistere potest, v.g hæreditas, peculium. Vniuersitas plurium corporum, quam aliqui nominant vniuersitatẽ facti, & non iuris, sunt plura corpora vni nomini subiecta, quod significat vniuersũ aliquod in quo plura corpora continentur, vt grex, armentum, ideòq; grex differt à peculio, & hæreditate quæ sunt iuris nomina; quare non potest grex aliqua vniuersali actione peti, quia actiones vniuersales non sunt propositæ nisi de vniuersalibus iuris, sed speciali actione, qualis est vindicatio quæ est specialis actio in rem quam vt nostram petimus. Neque dicas nos non posse dicere gregem esse nostrum, si singula capita nostra non sunt. Respondet enim Pompon. *l. 1 §. fin. D. de rei vindic.* Gregem nostrũ esse, licet singula capita nostra nõ sint: aliud est enim gregem, aliud singula gregis capita dicere: hæc enim duo distinguuntur inter se, sicut vniuersale à singularibus, & hoc loco verum non est quod vulgò dicitur, id demùm totũ nostrum esse cuius partẽ vllã nemo potest suã dicere *l. recte 25. D. de verb. sign.* quia potest dicere aliqua gregis capita sua esse, nõ statim dicere potest aliquã gregis partẽ suã esse. Hinc vides aliã esse rationẽ vindicationis, & restitutionis, licet enim non sint restituenda aliena capita meo gregi immissa, ea tamẽ mihi vindico, dum gregem meum in quo existũt, mihi vindico, quia vindicatio est iuris, restitutio facti. Vindicatio fit non singulorũ corporũ, sed gregis vniuersi, in qua vniuersitate etiam singula capita continentur. At restitutio fit non gregis, sed singulorum capitũ quæ sunt in grege *l. in rem 23. §. item quæcumque. D. de rei vindic.* æquũ autem non est vt mihi restituantur aliena capita, licet gregi meo immixta sint. Si verò duorũ dominorum par numerus in grege fuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem quidem mediam vindicabit, inquit Paul. *in l. 2. D. de rei vindic.* quia nimirũ duo non possunt esse eiusdẽ rei domini in solidũ, *l. 5 §. si duobus, D. cõmodati. l. de hæreditate 19. §. pater. D. de cast. pecul.* Cùm autẽ duorũ numerus par est, non potest dici vter eorũ sit potiùs dominus, cùm par vtriusque causa sit. Neuter igitur solidũ gregẽ vindicare potest, & si des vni vindicationẽ cogeris vtrique dare. Ratio istorum est, quia vnus grex, est vnum corpus ex disiunctis constans *l. rerum 30. D. de vsucap. l. in rem 23. §. item quæcunque.*

D. de

*D.de rei vindic.*quamuis tot sint in grege corpora vnuscuiusque domini,vt pussit quisq; ex suis corporibus separatū gregē constituere.Quud si factū fuisset,suum quisq; gregē habuisset, & vindicare posset.Neq; dicas eo casu saltē dimidiā partē gregis ab vtroq; ex istis vindicandam, eùm vterque vnius dimidiæ partis sit dominus,& grex ipse cōmunis.Hanc tamen vindicationē sapienter negat Paul. quia in eo casu neuter est duminus gregis etiā pru parte , quis confusio & mixtura rerum fortuita nō facit rem communē,sed ea dumtaxat, quæ fit eo animo vt res sit cōmunis.*§.quod si frumentum.Inst.de rerum diuis.*Atqui punimus in nostro casu tua pecora esse pecoribus alienis fortuitò immixta,& oon ea mente vt fieret grex vtriq; communis;neuter igitur est dominus gregis etiā pro parte,neuter igitur illū vindicare potest.Quod si vnus totū gregē retineat,nō dabitur alteri actio in rem pro modo & numero pecorum, quæ probabit sua esse , quumodo dicitur de frumento *in cit.§.quod si frumentum*: sic enim daretur illi partis vindicatio,quā modo dandē esse negabamus; sed licebit illi vindicare singula capita quæ sua esse probabit, si dignosci possint;quod si nō possint,agetur cōmuni diuidundo,quāuis nulla fuerit propria cōmunio;quia incertitudo nata ex cōfusione nibil melius facere permittit.Quando nō est vtriusq; par numerus capitum in grege,distinguendum est an is qui plura babet,tot babeat vt alienis detractis,sufficiant ad constituendū gregē, ad id enim necessaria sunt.*l.vlt.D.de abig.*& tunc si detractis alienis ouibus non supersiot decem, nullus erit grex qui vindicari pussit,erit autem si decem supersint,neque tunc sibi gregem facit ex capitibus alienis,sed gregē suum habet,& vindicat,licet illi aliena capita fuerint immixta,neque tameo existimes illa aliena capita ita vindicari cū grege cui immixta sunt, vt ipsa per sese vindicētur , sed vt ipsa non impediaot quominus totus Grex vindicetor , qui etiam illis alienis capitibus detractis constare adhuc posset; grex enim totus facit vnum corpus,& constans ex diuersis corporibus,sicut est vnum corpus ædium conflatum ex cohærentibus lapidibus *§.si grex, Inst.de legat.* Quædam alia de hac retū quæ vniuersitatē facti constituunt, & de coniunctis corporibus videbis *in l.3.4.& aliis,D.de rei vindic.*quę lubens omitto, cum in subtiliori illa,& scrupulata vocum vsurpatione veteribus Iurisconsultis vsurpata consistant,tu si illis delecteris,adi loca notata,& cummentatores, maximè Anton.Fabrum.

8 Hactenus de materia vindicationis pro instituto,quęrendum modò est quibus ea in rem actio cumpetat,siq; vno verbo dicendum est dari illis qui se rei,quā petunt dominos adseruot,siue ciuili siue gentium iure dominium illud adepti fuerint *l.in rem 23.D.de rei vindic.*Dices necessariū fuisse dominium ciuile,& iure Romano quæsitū,quod significabat vetus vindicationis formula , quam ex Ciceron.& Boëtio retulimus.*Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio,testibus, &c.*quare non apparet quomodo qui in bonis tantū habet, quiq; est tantùm dominus Bunitarius , & non Quiritarius.poterit vti vindicatione:v.g. cui seruus venditus,nec mancipatus,aut in iure cessus, aut vsocaptus est. Respondet Hotman.in quibusdā casibus non fuisse antiquo iure solitam dari vindicationem directā,sed vtilē dumtaxat, quæ sub litis formulis vsū obtinuit,*l. actio 43.D.de negot.gest.* quo sensu marito dotalium rerum nomine vindicatio dari dicitur *l.dotem 5.C.de rei vindicat.* Et tamen maritus nun erat duminus illarum rerum iure Quiritium ; igitur vtilis tantùm datur.

Competit vindicatio in eum tantùm qui possidet,quod in toto iure obuium est,vt patet ex hactenus dictis *l.in rem 24. D. de action. & obligat.* Quia verò alia est pussessio ciuilis,alia naturalis, alia iusta,alia iniusta, quæri posset quænā debeat esse illa possessio. Resp. sufficere quod quis rem meam detineat,& quicunque detineat, vbi enim meam esse probaui,necesse habebit possessor illā restituere,nisi exceptionē habeat,*l.officio 9. D.de rei vindicat.* Qui tamen alterius nomine possidet, potest denuntiare domino , vel ei cuius nomine possidet vt litem suscipiat , in eamque rem dilationem suscipit,*l.2.C.vbi in rem act.* 9

Ex hac vniuersalissima regula dari vindicationem aduersùs quemcunq; detentorem rei alienę, & vindicandæ,sequitur primò creditorem quoq; qui pignoris iure rem tenet,vindicatione teneri, *l.seruus 16.D.de vsucap.*

Qui tamen à fisco,vel Augusto,vel Imperatore rem aliquam comparauerit,duminū vindicantem exceptione repellere poterit. Ita *§.fin.Inst.de vsucap.* vbi Imperator meminit edicti diui Marci,& Zenonianæ constitutionis , quam ferè integram babes *l.2.C.de quadrienn. præscrip.*meminit & suæ ipsius alterius constitutionis , quam etiam leges *l.vlt.C. eod.* Præterea qui possidebat litis contestatæ tempore,deindè sine dolo malo iudicij tempore desiit possidere,absoluendus erit , neque ab eo res quæ à domino vindicatur petenda erit *l.sin autem 27.§.possidere,D.de rei vindicat.* Denique si seruus detineat res tuas,eius dominus conueniendus erit de rebus repetendis, *l. non seruum 20. C. de rei vindic.* cuius est vniuersalia illa ratio quod cum seruis nulla sit actio,*l. cum seruis 107. D. de regul.iur.*

Secundò qui dimidiā partem alicuius rei petit, quā rem socius eius, & extraneus possidēt,nō ab vtrisq; quadrantē,sed ab extraneo totā semissem petet,*l.Pomponius 8 D.de rei vindic.* nisi tamē socius & extraneus pro diuiso rē quæ petitur possideāt,vt dicitur *eadem l.Pomponius*, vbi etiā negat id verum esse in re mobili,aut in hæreditatis petitione , quia nunquam pro diuiso possideri potest,*l.1.§.si ego,D.si pars hæreditatis petatur.*

Tertiò bæres possessoris si ipse non possideat, non tenetur rei vindicatione , *l.cum autem 52. D. de rei vindicat.l.si post 55.D. eod.* si tamen defunctus post litem contestatam rem dulo malo possidere desierit , eius quoque hæres, quamuis oihil possideat , tenebitur hac actione , vt *eadem l.55.* dicitur. Estque illa vniuersalis regula post litis cootestationem bæres tenetur ex omnibus causis, *l. nemo enim 87. in fin. D. de regul. iur.* id etiam verum erit , si ob id quod defunctus dolo vel culpa circa rem versatus sit,cōdemnatus fuerit,nam tunc quoque eius hæres etiam non possideos tenebitur,*l. si in rem 42. D.de rei vindicat.* Poterit quoque defuncti hæres, ex dolo quoque & culpa , quam ipsemet circa rem à se petitam admisit,teneri hac actione *l. in rem 51. D. de rei vindicat.* & denique si ex re quam possidet defunctus,locupletior euaserit.

Quod attinet ad ipsum huius actionis vsum, 10
qui destinauit rem suam petere , animaduertere priùs debet,an aliquo interdicto possit nancisci possessionem , quia longè commodius est ipsum possidere & aduersarium ad onera petitoris compellere,

pellere, quàm alio possideote petere *l. is qui* 24. *D. de rei vindicat.* si qui fuodo deiectus, foudum repetere destinauit, si rei vindicationem instituat, fundi se dominum probare, exceptionesque, si qnæ aduersus dominum oppouentur, elidere cogetur, aliter quàm si iuterdicto, vnde vi experiatur: tuuc enim sufficit eum possedisse, atque vi deiectum essa ostendere, idque licèt iniustè possederit, dominusque nou sit, proindè consultiùs faciet si interdicto vnde vi, quàm rei vindicatione experiatur, ille euim possessiooem rei recuperat, & aduersarinm ad onera petitoris, & probationẽ dominij compellit. Exitus enim controuersiæ possessionis bie est vt prouuntiet iudex, vter possidere debeat, atq; ita fit vt qui victus est de possessione, petitoris partibns fungatur, & tunc de dominio quæratur, *l. exitus* 35. *D. de adquir posses.* Quia verò sæpius magna est de possessione contentio, vtroque se possidere contendente, tnue ante proprietatis causam, possessionis controuersia terminanda est à iudice, *l. incerti* 3. *C. de interdictis.* Debet quoque qui destinauit petere, prius inquirere an is contra quem instituit, vere possideat *l. qui petitorio* 37. *D. de rei vindicat.* & si quæ res alia rei quam petit, admixta, vel inclusa sit, priùs agere ad eahibendum, vt separetur, *l. in rem* 23. §. *item quacunque, D. de rei vindicat.* quare gemma inclusa auto alieno, vel sigillom candelabro vindicari nou potest, sed vt excludatur ad eahibeudum agi potest, *l. gemma* 6. *D. ad exhibendum.* Actor rem quam petit, debet omnibus suis uotis designare, quod superiùs monuimus, *l. in rem* 6. *D. de rei vindicat. l. Marcellus* 3. §. *armamenta*, *l. vindicatio* 56. *D. eod.* Actori porrò vindicanti probandum incumbit, eóque non probaote, absoluendus est reus, & nou cogeodus edere titulum suæ possessionis, aut probare rem illã ad se pertioere, *l.* 1. *C. de probation. l. vlt. C. de rei vindicat.* §. *retinenda I·st. de interdictis. l. vlt. D. de adquir. possess.* Sumptus quos possessor in rem fecit, actor refundere tenetur, *l. sin autem* 27. § *in re petita, D. de rei vindicat. l. sumptus* 47. *D. eod. l. si quis* 11. §. *fin. C. eod. l. emptor* 65. *in princ. D. de rei vindicat. l. apud Celsum* 4. §. *si nummor. D. de doli mali except.* non tamen tenetur actor restituere pretiũ, quod possessor pro re illa soluerat non domino *l. mater* 3. *in princ. C. de rei vindicat. l. si mancipium* 23. *C. eod. l.* 2. *C. de furtis. l.* 2. *C. ne rei dominica vel templi, &c. l.* 1. *C. de prascrips.* 30. *annor.* Poterit quoq; possessor, qui seruum erudiuit, eins artificij nomine, cùm vindicabitur, aliquid exigere, *l. sin autem* 27 §. *fin. D. de rei vindicat. l. forte* 28. *D. eod.* Malæ fidei possessorem non posse einsmodi impensas & sumptus repetere, diximus aliàs, & certum est *ex l. adeò quidem* 7. §. *ex diuerso*, *D. de adquir. rerum domin. l. domum* 5. *C. de rei vindicat. l.* 2. *C. de seruitutibus, & aqua. l. Iulsanus* 37. *D. de rei vindicat. l. si is* 5. *C. de adificiis priuatis.* Impensæ tamen necessariæ soluendæ erunt, quod significabatur *in citata l. domum* 5. *C. de rei vindicat.* Fur tamen ne necessarias quidem impensas à se factas retinebit, *l.* 1. *C. de infantibus.* Quod si impensæ fuerint vtiles dumtaxat, licèt ei qui illas fecit, eas auferre, sine læsione tamen prioris status rei, *l. domum* 5. *citata, & l. Iulsanus* 37. *D. de rei vindicat.* Quod si actor & dominns ita pauper sit, vt si reddere cogatur impensas, cariturus sit re sua, ad eam restitutionem compelli non debet, *l. in fundo* 38. *D de rei vindicat. l. vtilium* 8. *D. de impensis dotalib.* Reus tamen ea quæ adiecit pro impensis auferre poterit, nisi actor paratus sit tantùm dare, quantum reus habiturus est, dictis rebus ablatis, vt dicitur in loco proaimè citato, aut si dominus rem receptã mox sit venditurus; impensam enim illam vtiliẽ tunc reddere tenebitur *l. in fundo* 38. §. *fin. D. de rei vindicat.* Possessor etiam qui rem restituit, exceptione doli mali impensarum nomine non opposita, eas deindè nequit repetere, *l. sumptus* 38. *D. de rei vindicat. l. Paulus* 14. *D. de doli mali exception. l. si in arca* 33. *D. de condict. indebiti.* Cauendum prætereà est reo à petitore quoties possessor se obligauit oomine rei quæ petitur, *l. ipsi quoque* 19. *D. de rei vindicat.* Quod ipsum quoque faciet actor, si reus eiusdem rei nomine ab alio conueniatur, & prætereà si possessor damni dati nomine quid præstitit actori, cauendum ei est ab actore, quod legis Aquiliæ actione aduersùs eum agere nolit, *l. non solùm* 13. *D. de rei vindicat.* nisi actor malit potiùs legis Aquiliæ actione vti, *l. quod si* 14. *D. eod.* Denique si possessor litis æstimationem soluat petitori, eius dominus fit, & petitor ei suas actiones si quas habeat aduersùs alium eiusdem rei nomine cedere debet, *l. si culpa* 63. *D. de rei vindicat.* atque possessori litis æstimatiouem offerenti, de euictione cauere tenetur petitor, *l. ex diuerso* 35. §. *fin. D. eod.*

Atque hæc pauca de vindicatione cuius effe- 11
ctus est, primò, vt litis coutestatio bonæ fidei possessorem prædonem efficiat, *l. si homo* 45. *D. de rei vindicat.* Secundò vt iudex sua sententia pronuntiet rem esse actoris, aut non esse, *l. si inter me* 15. *D. de except. rei iudic. l. ex diuerso* 35. *D. de rei vindicat.* Tertiò vt qui iudicis arbitrio non paret, definitiua sententia damnetur, hoc est si contra petitorem iudicetur, possessor absoluatur: si contra possessorem, vt rem cum sua causa restituere cogatur §. 1. *I·st. de officio iud. l. qui restituere* 68 *D. de rei vindicat.* nihilo deteriorem, quàm fuerat ab initio, *l. non solum* 13. *D. eod.* Neq; enim res reddita videtur, quæ deterior reddita est, *l.* 3. §. 1. *D. commodati.* Item cum fructibus, fœtu, partu, mercedibus, vt diximus aliàs. Quartò facit vindicatio vt bonæ fidei possessor rem vel vbi est, vel vbi petitur, petitoris restituat sumptib⁹ *l. si res* 10. *& ll. seqq. D. de rei vindic.* Quintò vt possessor rei quæ sua culpa periit nomine damnetur, *l. qui petitorio* 35. §. 1. *l. si homo* 45. *D. de rei vindicat.* Sextò vt damnatus si rem habeat, & non restituat, per manum militarem eam restituere cogatur, *l. qui restituere* 68 *D. eod.* quod si dolo fecit, vt restituere non posset, tanti damnetur quanti actor in litem iurauerit, *l. à possidente ius* 25. *Cod. de rei vindicat.* quod si sine dolo fecit, tanti damnabitur, quanti res est, id est quanti actoris interest *leg.* 68. *Digest. de rei vindicat.*

Restat circa hanc actionem vt eius ab aliis 12
in rem actionibus maximè ab hæreditatis petitione discrimen assignemus, quandoquidem vtraque in rem actio est, vt diximus *l. sin autem* 27. §. 2. *Digest. de rei vindicat.* in vtraque qui dolo possidere desiit, tenetur, §. *secundo, citat.* in vtraque necessarij & vtiles sumptus seruantur, tùm à bonæ fidei possessore, tum à prædone, quamquam ille repetat, hic tantùm ea tollit, quæ sine rei detrimento potest tollere, vti superiùs diximus, quamquam hæc de sumptibus spinosior est disputatio, quæ & sæpiùs occurrit, & vix in vniuersum ita definiri potest, vt

circa

circa singulares casus non subotiatur aliqua semper difficulias.

Discrimen porrò inter vindicationeio,& petitionem hęreditatis non vnum est:petitio hæreditatis est actio vnioersalis,vindicatio est actio specialis,*l.3.*& *l. sin autem 27.§.2.D.de rei vindic.*Secuodò petitio hæreditatis est actio centũnitalis, non vindicatio;quia omnes petitiones hæreditariæ exercebantur apud centumuiros,auctota Cicerone,*orat. 2.Agraria* ; vindicatio apud indicem pedaneum,vel tres recnperatores. Tertiò petitio hæreditaria nunquam dator nisi aduersùs ininstũ possessorem ; vindicatio etiã adnersus bonæ fidei possestorem *l. officium 9.D.de rei vindic.*& constat ex dictis.Quartò in petitiooe hæreditatis possessor cogitur titulũ suę possessionis edicere *l.cogi 11. C.de petit.hæred.*non verò in vindicatione.Quintò petitio bæreditaris est mixta personalis, præstatiooes enim personales cootinet,*l.7.C.de petit.hæred.*vindicatio merè realis est. Sexiò in petitioné hæreditatis veniunt noo corpora , sed etiam iura ax rebus bæreditariis parta : in vindicationem non veoiont nisi quæ sua sunt , & vindicari non possunt,quæ sua non sunt , vt diximus. Septimò in petitionem bæreditatis veniunt fructus præteriti,quia sunt pars hæreditatis,eamque augent. In vindicationem noo veniont , quæ sunt extra rem : quæ , aliáqne discrimina facilè fuerit ex ipsa natura vindicationis hacteoos explicata, dignoscere.

ARTICVLVS V.

De arrestatione, & missione in possessionem bonorum debitoris.

Varij modi vrgendi solutionem. 1.
De oppigneratione remißiuè. 2.
De impedimento & arrestatione. 3.
De mißione in poßeßionem bonorum debitoris. 4.
Ob quas causas fiat. ibid.
Quibusnam creditoribus detur. 5.
In qua bona, & quomodo fiat. 6.

1 HActenos de actione in rem , qoa nostrã rem vindicamus & petimus , aliis enim actionibus res oobis quidẽ debitas,sed nõ nostras nobis dari oportere contendimus,vt in condictionibus de quibusouper,illis siquidem petimus nobis aduersarium date oportete ; aliis autam , iisque dioersis debiti solutionẽ vrgemus,quas omnes hoc loco percensere,neq; nostri instituti, neq; nostri otij est. Moneo dumtaxat vrgere & compelli debitorem ad solutionẽ authore prætore,& in executionem debiti iudicati quinqoe modis posse: Primò captione pignorom.Secundò arrestatiooe rerũ & bonorũ ipsius. Tertiò iniectione manuũ, siue missione creditoris io possessionẽ bonorum debitoris.Quartò sequastratione bonotum eiusdẽ debitoris,ac quinto & deniq; eorumdẽ subhastatione,quæ omnia,vt vides non nisi anthore prætore fieri possont,& solius fori externi praxim ae ordinem attingunt,& quidem.

2 Quod attinet ad oppignerationem , siue ad capienda pignora ad sui debiti securitatem, qoæ fit iubente aut permittente iodice,de illa diximus *lib.3. de vsuris cap.7. art.3.* vbi da pignore prætorio disputauimus , neqoe aliud io præsentiarum addendum occurrit.

De impedimento bonotũ,siue arrestatione latè disputat Molinæ.*ad consuet. Parisi.tit.2.*Caccialupus *de debitore suspecto*,& Peckius *de iure sistendi*, quæ cùm nibil aliud ferè quàm vsum fori contineant,sine magna iactura prætetimus, cùm pragmaticos non erodiamus hoc opere. 3

Tertiò quoad maouum iniectionem,*main mise*, dicimus, siue missionem creditoris in possessionẽ bonorum debitoris,de ea quoque fusiùs eruditè, & solidè disputat laudatus Molinæ *citato titulo*, sed omnes quæstiones quas ibidem mouet,nostrum fotum oon spectaot. 4

Ne tamen nibil dixisse videamur , aduerto in primis illam dictã Gallis *saisiam*, *saisire* enim est illis occupare, manom iniicere,prebendere , vel possidendũ tradere, eáque voce vtitur sæpios Iuo Carnotensis *loc.signat.*Iuretus *in ep.*101.Vvilielmus Malbutistensis *lib.1. Pontif. Anglor.* Innoc. *lib.3. ep.*8.Matbæ.Parisi. & alij:binc *dissaisare*,& *dissaisire*,*resaisire*,*saicina*,& *sesina*,gallicam vocem existimauit Voss.*de vitiis sermon.* nisi fortè *saisie* ductum sit à sessione, sedem ac domicilium figere. Dicitur & *facire* in formulis solemnibus *n.29. & serm.150.* & alibi.

Obserno secundò hanc missionem in bonorum debitoris possessionem esse quaodam executionis speciem , vt loqountur , tribusque ferè de causis fieri, nempè rei seruandæ causâ , legarorum seruandorum gratia,& ventris nomine, nam damni infecti nomine si non caueatur,non vniuersorum oomine sit missio, sed rei tantom de qua damnũ timetur *l.1.D.quibus ex causis in possession. eat.* Si igitur reus conuentus sui potestarem non faciat, nec defendator,in bona eius sit missio,*l.2. D.eod. l.2.§.fin.C.vbi in rem actio exerc.* Porrò potestatem sui non facit,qui id agit, vt aduersarius eius copiam non habeat,*l.2.cit. D. quibus ex caus. in possessio. eat.*

Secundò si minor ætate cooventus,qui vel tutorem aut curatorem oon babet, vel non defeoditur,in bonorum eius possessiooem missio fiet, *l.si pupillus 10.D.eod.l.si minor 5. D.de rebus iudicis authorit. possid.* ex seqoentibos qnoque causis datur hæc missio in possessionem.

Tertiò si reus conuentus furiosus sit, vel prodigos,aliusve,qui curatoris ope iuuatot,*l.Falcinius 7.§.adeo autem.D.quibus ex causan possess.eat.l. vbi non voce 166.de regul. iur.*

Quartò si debitor sine hærede decesserit , *l.si bona 5. C. de bonis authorit. iudic. possid. l. pro debito 6. §. quod si specialiter,C. eod. l.1. in princ. D.de curatore bonis dando,l. si seruus 4. D.de rebus iudic, authorit. possid.* vbi tamen excipitor si quis defunctum defendat; tunc anim bona defuncti vænire noo poteront.

Quintò si incertom sit vtrum debitori defuncto extiturus sit hæres , necne *l.si diu 8.D.quibus ex caus.in possess.eat.l.si quis 23.D.de hæredib.instit.* Hæres porrò institnius cogendus est conditioni parete,& hæraditatem adire , vel eam repudiare *l.1.D.de curatore bonis dando*,& *l.si seruus 4.D. de rebus iudic. authorit.possid.*

Sextò si hæres defuncti debitoris quasi suspectus satisdare creditoribus iussus , decreto non obtemperauit , *l. si creditores 15. D. de priuilegiis creditor.* vbi quomodo id fieri debeat fusiùs explicatur , quando tameo in rem agitor , tunc in

tem petitam non in vniuersa debitoris bona mittendus est actor, nisi latitet, aut absit reus, tunc enim in vniuersa eius bona fiet missio, *l. Fulcinius 7. §. item videamus, D. quib. ex caus. in possession. eat.* Qui absens defenditur, sanè dimittendus est, & eius bona, *l. neque impuberes 22. D. de in ius vocando. l. hac autem 5. §. prætor. D. quibus ex caus. in possess. eat.* & alibi. Debet vero defensor satisdare iudicatum solui, *l. 5. cit.* & *l. rectè 63. D. de iudiciis, l. si pupillus 17. § defendere. D. de priuileg. creditor.* debet quoque in illa rei absentia; non facere deteriorem causam actoris, alioquin enim reus censetur defendi, *l. 2. §. defendi. D. quibus ex caus. in possess. eat.* Debet prætereà ea defensio esse continua, & non desiisse, *l. 2. cit. §. fin.* & fieri ab idoneo defensore, qualis non est fœmina, miles, qui Reipublicæ causa absuturus est, & alij de quibus *l. neque fœmina 54. D. de procurator.* Si verò reus qui aberat, iam reuersus sui defensionem suscipere sit paratus, & iudicio sisti satisdet, audiendus erit, *l. si quis 8. §. pen. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. rectè defendi 63. D. de iudiciis. Nouella 43. §. ne igitur latitante*, modò tamen intra annum hanc sui defensionem suscipiat, si in rem petitam missio facta fuit, & non in vniuersa bona, nam hoc posteriore casu defensio perpetua est, & non annalis tantùm.

5 Creditores mitti possunt in possessionem, etiamsi illi non petierint, sed vnus quidam alius creditor, *l. cùm vnus 12. D. de reb. iudic. authorit. possid. l. cum apud 10. C. de bonis authorit. iudic. possid.* Si tamen qui mitti postulauerit, creditor non fuerit, neque is qui postulauit, mittendus erit, neque alij qui non postulauerint, vt habetur *citata l. 12.* Creditores quoque conditionales in bona mittendi sunt, *l. in possessionem 6. D. quib. ex caus. in possess. eat.* cui tamen non satis conuenire videtur, *l. si qui 14. fin. D. eod.* cùm tamen ambæ illæ leges ab eodem Paulo sint; eas sic conciliat Pactius *centuria 7. num. 11.* obseruatque cùm debitor latitat, nec defenditur, duo decreta interponi solere. Primo quidem creditor mittitur in possessionem, sed non tam possidet, quàm custodiam habet, *l. cùm legatorum 12. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Altero iubetur possidere, & nisi debitor ipsi satisfaciat, bona distrahet, *l. 7. §. 1. D. eod.* Principium igitur *l. 6. & §. pen.* debet intelligi de primo decreto. At vero *l. vltim.* de secundo decreto, quod significant ea verba; *quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere*: nam absurdum esset bona eius qui sub conditione debet, nondum impleta conditione distrahi, dicta *l. 7. §. in diem.*

6 Quoad bona in quæ mittendus est creditor; erant in primis olim vniuersa debitoris bona, hodie verò mittitur tantùm in partem pro quantitate debiti, *Nou. 53 §. ne igitur latitante.*

Secundò si in rem agatur, in solam rem petitam facienda erit missio, nisi reus fraudandi creditoris causa latitet, *l. Fulcinius 7. §. item videamus. D. quib. ex caus. in possess. eat.*

Tertiò si hæreditas petatur, in bona hæreditaria mittendus est actor, & non in propria bona possessoris, *l. 7. citata, §. pen. D. eod.* nisi fortassis reus dolo malo bona hæreditaria possidere desierit, vt ibidem dicitur.

Quartò si vniuersitas, vel collegium aliquod non defendatur, in bona communia, non in bona propria singulorum actor mittendus est: *l. 1. §. pen. D. quod cuiusque vniuersitatis.*

Quintò si hæreditaria actione agitur, non solùm defuncti, sed & hæredis bona possideri, ac vendi possunt, *l. paterfamilias 12. §. at cùm substitutus, D. de priuileg. creditor.* nisi tamen hæres sese abstinuerit hæreditate, vt ibidem dicitur, aut si pupillus hæres sit, *l. apud Julian. 3. in princ. D. quib. ex caus. in possess. eat. l. si non 6. D. de reb. authorit. iudic. possid.*

Sextò non videtur creditor missus in res quæ in territorio iudicis immittentis sitæ non sunt, *l. cùm vnus 12. §. pen. D. eod.*

Septimò creditor non videtur regulariter missus in res alienatas, *l. in venditione 8. §. 1. D. de reb. authorit. iudic. possid.* nisi in fraudem creditorum alienatio facta fuerit, vt ibidem dicitur.

Octauò si missus prohibeatur ingredi in bona, dabitur actio in prohibentem, *l. si quis 14. D. quib. ex caus. in possess. eat.* & quamuis creditor mittatur in possessionem, non idcircò tamen illi bona debitoris sunt addicenda, *l. pro debito 6. C. de bonis authorit. iudic. possid.* & *l. in possessionem 8. C. eod. l. legis Iuliæ 4. C. qui bonis cedere possunt.*

Nonò creditores ex bonis in quæ mittuntur ali non debent. *l. Fulcinius 8. D. quib. ex caus. in possess. eat.* immò debitor pupillus ex suis illis bonis alendus erit, *l. si pupillus 17. D. de priuileg. creditor.* & *l. pupillus 23. D. eod.*

Decimò fructus qui ex prædiis capi possunt, creditor in possessionem prædij missus vendere, & locare debet, *l. in venditione 8. §. 1. D. de rebus author. iudic. possid.* nisi debitor ipse vendiderit, vel locauerit, *§. 1. citato.* Quod si creditor fructum prædij neque vendidit, neque locauit, in illum dabit actionem in factum prætor, & in hoc condemnabitur, quanto minus perceptum est, quia nec vendidit, nec locauit: quod si tantum perceptum est, quantum perciperetur, si locatus vel distractus fructus esset, nihil ei imputabitur, *l. prætor ait 9. §. si in eum. D. de rebus iudic. authorit. possid.*

Vndecimò cùm plures creditores in possessionem rerum debitoris mittuntur, ne corrumpantur illius rationes, vni ex creditoribus à cæteris electo negotium dandum est, qui ἀναγράφει, & descriptionem instrumentorum faciat. *l. vlt. D. de rebus, iudic. authorit. possid.*

Duodecimò creditor ad fructus quos ex bonis debitoris percepit, restituendos cogi potest, *l. prætor 9. D. eod.* nisi fortassis ex causa pœnali fuerit eos consequutus. Deindè si dolo malo creditoris, causa possessionis facta fuerit deterior, dabitur aduersùs illum actio, *ead. l. 9. §. est præterea.* Vbi dicitur eam actionem neque post annum, neque in hæredes, cæterosque successores dari, cùm ex delicto oriatur, pœnæque nomine concipiatur, nisi tamen quatenus ad ipsum inde quidpiam peruenit. Denique si quas impensas creditor fecit in res debitoris, poterit hac actione repetere, laudata *l. prætor, in princ. & §. quod ait prætor.* nisi tamen dolo malo impendisset.

ARTIC

ARTICVLVS VI.

De sequestratione bonorum debitoris.

NOn semper creditor in possessionem bonorum debitoris solutionem detrectantis mittitur, sed aliquando bona de quibus contenditur sequestrantur, ita vt neque ab actore, neque à reo, pendente lite possideantur. De hac sequestratione vide Iacobum de Arena, Franciscum Curtium, Angelum à Perusio, Baldi fratrem Rebuffum, & alios, qui singulares tractatus de hacce materia ediderunt, ex quibus, cæterisque qui sparsim & per occasionem hanc quæstionem attigerunt: hæc pauca accipe.

1 Atque vt ordiar ab ipsa voce, sequester est is apud quem plures rem de qua conuersia est, deponunt, vt videlicet victori, & merenti reddat, inquit vetus Glossarium: hancque significationem passim videbis in iure; *l.* 109. *D. de verb. sign. l.* 5. §. 1. *l.* 6. *l.* 7. *D. depositi. l.* 18. *D. de præscript. verb. l.* 5. *D. vt in possess. l.* 5. §. 1. *D. vt legator. & fideicomm. l.* 21. *fin. D. de appellat. l.* 15. *C. quor. appellat. non recip.* Hanc autem vocem deriuant à verbo *sequor*, siue quia occurrenti, aut quasi sequenti eos qui contendunt, committitur, siue quia eius fidem qui deponunt, sequantur, vti monet Aul. Gell. *lib.* 20. *c.* 11. siue quia vt ait Isidor. *lib.* 10. *etym.* certantibus medius interuenit, estq; Græcis ὁ μέσος ὁ μεσίτης: nam contestantibus medius interuenit, interéaque illos quodammodo diuidit, cùm vterque rem litigiosam apud ipsum deponit. Vnde Glossarium Græcum, sequester ἐκεῖ παρ' ᾧ πολλοὶ ἐνεδίδουν παρὰ δίκαιας πράγματα: vnde vulgaris loquutio apud sequestres depoui, *l.* 21. §. *vlt. D. de appellat.* Plaut. *in mercat. art.* 4. *sc.* 2. *Imò hic mihi sequester datus est*: & in *Rudente art.* 4. *sc.* 3. *Dic ad arbitrum reditur, aut sequestro ponitur.* Et in *l. pen. D. depositi* dicitur *sequestre deponere*: Inde Tertull. *lib. de resurrect. carn.* Christum eleganti metaphora sequestrum dixit: *Hic sequester Dei & hominum appellatus ex virinsque partis deposito commisso sibi*: & *lib. de patient. cap.* 15. Deum ipsum patientiæ & laborum, ac ærumnarum nostrarum sequestrum nominauit. *Adeò satis idoneus patientia sequester Deus, si iniuriam deposueris penes eum, vltor est: si damnum, restitutor est: si dolorem, medicus est: si mortem resuscitator est.* Quia verò apud sequestrum res deposita in tuto collocata censetur, idem Tertullian. *lib. de resurrect. carn. cap.* 38. dixit Christum cùm suscitauit mortuos, fidem potius resurrectionis futuræ securam reddere, & sequestrare, quàm suæ virtutis potentiam ostendere voluisse. *Post dicta domini, facta etiam eius quid sapere credamus de capulis, de sepulchris mortuos resuscitantis. Cui rei istud? si ad simpliciter ostentationem potestatis, aut ad præsentem gratiam redanimationis, non adeò magnum illi denuo morituros suscitare: Enimuero si ad fidem potius sequestrandam futuræ resurrectionis. Ergo & illa corporalis præscribitur de documenti sui forma.* Denique quia quod sequestratur, non perditur, sed deindè redditur, ipse Tertullian. *eod. lib. de resurrect. carn. cap.* 52. dixit, *Seminibus sequestratorium terram esse, illic deponendis, & indè repetendis.* Quem verò nominamus sequestrum, veteres sculnam dixere; vt scribit Agell. *lib.* 20. *cap.* 11. quasi *seculnam*, quòd vtraque pars, quæ sponsionem fecisset, fidem eius sequeretur. Macrob. *lib.* 3. *cap.* 18. *Cleopatra vxor, qua vinci ab Romanis, nec luxuria dignaretur, sponsione prouocauit, insumere posse in vnam cœnam sestertium centies. Id Antonio mirum visum, nec moratus sponsione contendit digna sculnâ Munatio Planco, qui tam honesti certaminis arbiter electus est:* sic enim Fuluius Vrsinus in appendice de Triclinio locum illum ex veteribus libris restituit, priùs enim id mendosè legebatur, *dignus culina.* Atque ex his tandem omnibus habes quid sit sequester, is nimirum apud quem res controuersa, seruanda, fuit deposita, vel partium consensu, vel iudice sic iubente. Inde & sequestrare *l.* 22. §. *si verò dotem. D. soluto matrim.* & sequestratio in *C. rubric. de prohibita sequestrat. pecun.* & actio sequestraria, quæ aduersus sequestrem datur *l.* 12. §. *cum sequestris, D. depositi. l.* 9. §. *Labeo. D. de dolo.*

2 Sequestratio igitur est depositio rei cōtrouersæ apud aliquem qui eam seruet, & si opus est administret interea dum lis definitur: quæ sequestratio duplex est, vna conuentionalis, altera iudicialis. Prior illa fit partium contendentium consensu, certis conditionibus, & pactis, vt in *l. propter* 5. & *l. si penes quem* 6. *C. depositi.* & *l. propriè* 6. *D. eod.* vbi Paul. *Propriè in sequestre est depositum, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum, reddendumque traditur.* Altera sequestratio fit iudicis authoritate, etiam inuitis partibus vel duabus, vel altera tantum, cùm iudicium detur in inuitum. Vides itaque depositi quandam speciem esse sequestrationem, seu sequestre, & depositum latiùs patere, esseque instar generis nam vt dicitur *l. licet* 17. *D. depositi*, depositū vel ab vno tantùm, vel à pluribus fieri potest: sequestre autem nunquam nisi à pluribus, quia tunc tantum locū habet cùm res aliqua in controuersiam deducitur, & finis litis expectatur, aut satisdatio, quæ in nullis casibus lite pendente præstanda est *l. fideiussor* 7. §. *vlt. D. qui satisdar. cog.* Controuersia verò non potest esse nisi inter plures, differtque dumtaxat à lite, quod lis cōstituatur per contestationem; controuersia verò dicitur etiam ante litem contestatam *l. sed etsi* 25. §. *si ante. D. de heredit. petit.* Accidit autem plerumque vt res in controuersiam deducta, sequestranda sit, tum quia non datur satisdator idonea, & sæpè difficile est, semper autem incommodum, illam præstare, *l.* 2. §. *pen. D. de iudic.* Tum quia periculum est ne pendente lite litigatores ad rixas, & arma deueniant, vt in *l. si cuius* 13. §. *sed si inter duos*: aliàs *l. æquissimum, de vsufructu*; idque sæpius contingit, tam quando de possessione, quàm quādo de proprietate contenditur: nam proprietatem à possessione cæca hominum cupiditate seiūctā suisse queritur Seneca. Secundò in deposito proprietas, & possessio manet apud eum qui deposuit; at verò rei sequestratæ possessio manet apud sequestrum, & non apud eos qui deposuerunt. Videntur quidem singuli in solidum rem deposuisse, non quasi duo in solidū eiusdem rei domini,

domini, vel possessores esse possint: id enim in iure tam non fieri potest, quàm naturaliter admitti dimensionum penetratio, *l. 5. §. ex contrario. D. de acquir. possess.* & *l. duo 19. D. de precar.* Sed quia cùm quisque se solum, & in solidum possidere contendat, vnusquisque deponit apud sequestrum illam ipsam possessionem quam habere se putat, ac proindè in solidum, quod aliter fit cum plures simul rem communem deponunt; videntur enim tunc singuli fortasse tantum partem deposuisse, quia cum de possessione consentiant, satis intelligunt, non posse se singulos possidere, nisi pro parte, *l. 1. §. si duo 44. D. depositi.* In sequestro autem, vt iam monui, rei sequestratæ possessio penes sequestrum manet, non penès deponentes, vt dicitur *l. licet 17. §. 1. D. depositi.* Id enim agitur depositione, vt neutrius possessione id tempus procedat, quo res apud sequestrum manet: alioquin nullius planè effectus esset sequestratio ad sedandas rixas, in eo tamen differt possessio quam sequester habet à cæteris possessionibus, quod non tam ex animo, & sequestri voluntate pendet, quàm ex mente litigantium, qui sequestrum eligendo id egisse videntur, vt à se possessionem abdicarent, eamque in sequestrum transferrent: alioquin enim fatendum erit, vt inquit Anton. Faber *in l. licet 17. citatam. §. 1.* sequestrum propriè non possidere, si veram possessionem ex eius animo æstimemus, vel siue de naturali, siue de ciuili agatur, æstimanda est: verè enim, ac propriè naturaliter possidet, qui istè sibi animo domini, id est tanquam dominus rem habet. Quod si depositio & sequestratio non fiat à litigantibus, sed officio, & authoritate iudicis, tunc custodiæ tantum causa fieri intelligitur, non vt de iure veri possessoris quidquam detrahatur. Habes itaque duplex depositum, vnum quod simpliciter tale dicitur, & nomen generis retinet. Alterum depositum sequestrarium, quod non nisi à pluribus, vt diximus fieri potest, cùm depositum ab vno fieri valeat. Deindè in deposito plures ita deponunt vt pro sua tantum parte quisque deponat, quod etiam monui *l. 1. §. si duo 44. D. depositi.* In deposito sequestrario, depositio fit in solidum à pluribus; quia vnusquisque contendit se in solidum possidere, nec ferè aliam ob causam, ad remedium sequestrationis deueniri solet, nisi quia alioquin subest periculum, ne litigatores ad contentioné & arma deueniant, quod Magistratus prohibere debet, quantum potest, *l. si cuius 13. §. sed si inter duos*; aliàs *l. æquissimum, D. de vsufruct.* Denique depositum quidem omne fit traditione, depositum tamen quod simul sequestrum est, includit tacitè vel expressè tacitam conditionem sub qua reddi debeat, vt scilicet reddatur ei qui vicerit, cùm simplex depositum nullam aliam habeat reddendi conditionem, quàm deponentis voluntatem, *l. 1. §. est autem 22. D. depositi.* Cæteras depositi & sequestri differentias dabit Rebuff. de sequestris, *glossa 1. à n. 11.*

Rursus depositum sequestratium duplex est, vti initio monui, vnum conuentionale, quod fit consensu partium, alterum iudiciale quod fit authore prætore, atque hoc sequestrum iterum duplex est: nam aliquando fit volente & petente vtroque litigatore quibus annuit prætor; sapienter sanè, cum ipsi etiam soli & per se id facere potuerunt, & non possit quidquam melius definire, quam quod vtrique parti gratum est. Neque tunc requiritur alia huius sequestrationis causa, quàm ipsa litigantium voluntas: alterum sequestrum iudiciale, quod non tantum fit authore iudice, sed etiam siue inuitis, siue volentibus litigatoribus, aut altero saltem renuente, imperatur, propter grauissimas causas. De hac postrema sequestratione iudiciali disputamus hoc loco: altera enim sequestratio nihil habet singulare.

Hæc igitur iudicialis sequestratio fieri prohibetur ordinariè *l. vn. C. de prohibita sequestrat. pecunia*; vbi nomine pecuniæ res omnes alias significari docet ex communi sententia Francis. Curtius, *tractat. de sequestrat. notat. 1.* ac proindè eiusmodi sequestratio siue de rebus mobilibus, siue de immobilibus, siue corporalibus, siue incorporalibus, siue profanis, siue spiritualibus, communiter odiosa est, & prohibita. Ita Gloss. Ioann. Andreas, & omnes. DD. *in cap. examinata, de iudic.* & *in cap. 3. vers. fructus sequestrari, de sequestratione possess. & fruct.* ibidemque fusiùs Panormitan. post Hostiens. *in cap. fin. eod. tit.* Archidiac. latè *in cap. quia res 1. 1. q. 1.* Cardinal. *in Clem. 1. de sequestrat. possession. & fructu.* Iuris quoque ciuilis DD. consentiunt cum Glossa *in l. si fideiussor 7. § fin. D. qui satisd. are cog.* & *in l. Imperatores. §. fin. D. de apellat.* Ratio huius prohibitionis euidens est, quia possessionis commoditas quæ magna omnino est, *§. commodum. Inst. de interdictis* nemini omninò auferenda est sine grauissima causa, *cap. 1.* vt lite pendente, & *cap. 1. de sequestrat. possession. & fruct.* & *cap. volumus 16. q. 4.* & sanè ante sententiam nimis omninò properè petitur executio, *l. 1. D. de execut. rei iudicat.* 3

Hæc nihilominus vniuersalis regula plurimas patitur exceptiones, & vt loquuntur fallentias, quas Iacobus de Arena, Francis. Curtius & alij in suis tractatibus de sequestris enumerant, sicut & Rebuff. *tract. cit. gloss. 2. à n. 3.* Primò dari potest pendente appellatione ab executione sententiæ in casibus in quibus de iure appellari potest ab executione, nam licèt aliàs requiratur aliqua suspicio fugæ, vel dilapidationis, illo tamen casu non requiritur, quia præsumitur appellatum causa morandæ, vel impediendæ executionis: hancque rationem assignat Panorm. *in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct.* 4

Secundò quoties petitur res immobilis, & suspicio est de dilapidatione fructuum in causa principali, poterit indulgeri sequestratio, Panorm. *in citat. cap. 2.* & *in cap. fin. eod. tit.* vbi addit quoties æquitas, & præsumptio mouere iure potest iudicem, ne res consumatur, aut fructus, aut ne litigetur differendi iudicij causa, & fructus interea percipiendi, posse iudicem imperare sequestrationem, quam idcirco videtur facere arbitrariam iudici, contra quàm velit Curtius, qui eam non permittit nisi in casibus à iure expressis, aut omnimodam cum illis similitudinem habentibus, *n. 8.* vbi id maximè verum esse contendit in causa principali, ante latam sententiam, quia cùm pendente appellatione, vbi timetur de dilapidatione, liceat sequestrare, *l. imperatores. §. fin. D. de appellat.* ex contraria ratione, vbi reus erit soluendo, manebit prohibitio communi iure facta non sequestrandi, cùm eius faciendæ nulla tunc videatur subesse ratio.

Tertiò disputant, dissentiuntque DD. an concedenda sit sequestratio, quando timetur ne pos- 5

sessor

sessor appellans lite pendente, colligat fructus rei controuersæ, illosque in sui & suę familię alimenta conuertat, & plures volunt dilapidare & consumere in propriam sustentationem idem omninò esse, & vtroque casu concedendam essa sequestrationem: dissidia ista componere tentat Panor. *in cap. fin. de sequestr. possess. & fruct.* si enim appellans possessor vtatur eodem modo, quo prius ante litem aut appellationem, & aliundè soluendo sit, non erit locus seqoestrationi; secus verò si vel soluendo noo sit, vel dilapidet. Plura alia dabit Curtius *in 3. fallentia*, vbi etiam *n.10.* quærit an pendente sequestro, si ille cuios fructus sequestrati sunt, non habeat vodè se alat, possit ac debeat ex illis ali; tandemque ex Baldo, & aliis, atque ipso iure concludit, debere illi relaxari fructus ad litem & alimēta: sicuti decidi solet io monacho litigante cum Abbate, debet siquidem expensas ad litem, & alimenta necessarias accipere à monasterio, ne cogatur litem deserere. *cap. ex parte, de accusat.*

6 . Quartò quando vterque litigans contendit possidere, & timetur ne ad arma veniatur, locum esse sequestrationi docēt passim omnes, *ex l. aquissimum*, alias *l. si enim 54. §. sed si inter duos. D. de vsufr.* Monet tamen Baldus vbi constat iudici vnum tantum possidere, non debere fundum sequestrare, sed mandare aduersario ne accedat, & turbet possessorē donec controuersia dirimatur.

Quintò permittitur sequestratio in odium contumacia *cap. ex literis, de dolo & contumacia.* vbi scribentes.

Sextò lata sententia in iudicio vniuersali, quē piam, videlicet hæredem esse, omnes res de quibus dubitabitur an sint hæreditatiæ, poterunt sequestrari.

Septimò vbi venditor non vult tradere rem venditam nisi pretium accipiat, quod emptor dare non vult, quia sibi varias ob causas inuicem diffident, tunc enim sequestrum momentaneum fieri posse hinc indè colligunt, *ex l. si soluturus, §. fin. D. de solution.*

Octauò vbi lata sententia timetur ne damnatus fructus dilapidet, potest statim iudex imperare sequestrationem, *l. imperatores, §. fin. D. de appellat.* quinimmò vbi fertur sententia super beneficio, incontinenti, inquiunt, fit sequestratio possessionis & fructuum beneficij, nisi illud per triēnium tenuerit, *Clem. 1. de sequestrat. possess. & fruct.* quod tamē ita limitat Cardinal, *in eand. Clem.* nisi reus prius & ipse obtinuisset sententiam, quia licet deindè victus asset per sententiā io causa appellationis, non fieret sequestratio vi citatæ Clementinæ, sed noua rursus sententia expectanda foret. Sunt & iofinitæ alię exceptiones, & fallentiæ regulæ vniuersalis nuper allatæ, quas enomerare nihil attinet, vnde Curtius *n.14.* ait ex illis constitui posse regulam permissiuam, hoc est permitti iudici vbi causam vrgere viderit, sequestrationem vel imperare, vel petenti concedere. Atq; adeo eiusmodi sequestrationem quamuis odiosā, esse arbitrariā iudici, vti dicebat Ioann. Andreas, & negabat ipse Curtius sibi non satis constans, qui tamen sapienter monet *n.14.* quamuis sequestratio sit regulariter probibita, fas nihilominus semper esse alteri parti postulare confici descriptionē fructuum & aliarum rerum vt de ipsarū quantitate certò constare possit ad faciliorē tùm probationem, tùm litis definitionem, quæ tamen descriptio sine vlla partis iniuria fieri debet. Est verò descriptio diuersa vt vides, ab inhibitione & sequestratione.

Fit porrò quatuor modis sequestratio iudicialis de qua sola modò loquimur. Primò ex mero officio Prætoris, qui dum videt neque contendentes velle iudicio legitimo experiri, neque inuicem consentire, sed vi & armis agere paratos; iubet vtrumque possessione discedere, & iudicium expectare, intereàque rem controuersam alicui custodiendam tradit. Secundò fit sequestratio in ministeriū debitum officio, si vel beneficiarius nō interuenist beneficio, vel quia id negligit, vel quia cum alio de ipso contendit, index iubebit sequestrari fructus ex quibus curabit beneficio ministrari, id enim erit muneris ipsius iudicis, *cap. peruenit, de appellat.* & cùm duo cōtendūt de beneficio, neque vllus est possessor pacifiens, possunt & debent sequestrari fructus, ex quibus ministretur beneficio. Tertiò fit sequestratio ad petitionem partis. Quartò per sententiam, & per illam maximè amittitur possessio. 7

Quidnam verò probandum sit apud iudicem, vt iure concedere possit sequestrationē, & quænā suspicio fugę vel dilapidationis sit necessaria, latius dispnt. Curtius *q.6.7.8. & 9.* & qualis debeat essa probatio debiti *q.12.13.14.* Quoad tempus verò faciendæ sequestrationis, an die feriato in honorem dei possit fieri, si periculum sit in mora, quærit *q.10.* & an simili die valeat reuocari, *q.11.* quæ, similesque quæstiones ad forum pertinent vt vides, quare prætermitti possunt à nobis non magna iactura.

Placet tamen notare quod ibidem Curtius *q.17.* 8
quærit de *forensi*, vt loquitur, hoc est aduena debitore qui aliquò accedit vbi non sortitur forū neque ratione contractus, neque ratione domicilij, neque ratione delicti, an iussu potestatis siue prætoris illius loci instante creditore, qui illū de fuga suspectum esse docet, possit arrestari & eius res quæ reperientur sequestrari. Ait verò Curtius ex Baldo in defectum satisdationis, posse fieri sequestrationem, quia fit ad finem vt satisdetur de stando iuri, affertque stupendum dictum, vt loquitur Petr. de Anchar. *consil. 195.* debitorē captū tanquam suspectum de fuga non posse opponere exceptionem incompetentiæ iudicis capi facientis, quia etiam à priuato capi potuisset, & die feriato in honorem Dei. Commendatque Roman. *consil. 342.* & quāuis Curtius, aliàs ipso facto contrarium consuluisset pluribus, quas ibidem refert rationibus motus, re tamen melius expensa sententiam Anchatani. & Romani sequitur. & concedit in eo casu dari posse sequestrationem & capturam vt satisdet de iudicio sisti coram iudice competenti. Secundò quando agitur de vero fugitiuo & suspecto, verā omnino Ancharani sententiam esse: si enim sit solum præsumptio leuis fugæ, vt contingit in mulionibus & stipendiariis, debebit fieri sequestratio à iudice, cuius forum sortitur reus. De variis hac in re regiis indultis & legibus municipalibus in Gallia, vide Chopin. *lib. 3. de morib. Paris. tit. 3. n. 1. & 2.*

Hæc pauca sufficiant ex iure communi. Nam 9
iure Gallico, quædam habentur singularia, quæ ex Rebuffo *tract. de sequestris*, Mornac. *in l. 13. §. sed si inter duos, D. de vsufr.* & ad *l. vnic. C. de prohibita sequestrat. pecun.* & *l. 6. C. depositi.* aliisque Gallis DD. accipe. Et primò quidem Aufrer. *q. 478. decis. Capell. Tolosa.* existimat fructus sequestrandos non esse in causa principali, si reus sit

soluendo, secus verò in causa appellationis, siue soluendo sit reus, siue non sit; seruamus tamē ex vsu, inquit Mornac. constituendos esse curatores sequestres io quacunque parte litis. Si aduersarius populetur prædiū, aut causæ diffidens possessionem quam tenet deteriorē faciat, tecta dissipet, excidat arbores, culta deserat. Vide Pap. q. 246. quatuor requirit ad sequestrationē. Primò vt saltē breui cognitione ac summaria constet de iure creditoris, alterinsve qui sequestrum postulat. Secundò vocator debitor, vel alius in cuius caput sequestrum petitur. Tertiò iurer peritos se id petere, ne quid ei de iure suo, vel debito decedat, siue vt loquimur ad sui iuris & debiti conseruationē. Quartò vt appareat illa suspicio, de qua *in l. imperatores. §. vlt. D. de appellation.*

10 Habemus verò circa sequestros constitutionem Franc. 1. ann. 1530. *art.* 82. 83. & 84. & 105. 106. 107. & Ludouici XII. *art.* 86. ex quibus aliisque priuatis iuribus hæc habe.

Primò quidem constitutio sequestri, sine commissarij, sic enim vocamus sequestros, prorsus irrita erit, nisi ipse & acceptarit, & acceptionem subscripserit: ad huncenim etiam casum Senatus traxit sententiam edicti Blesensis anni 1565. iubentis vt Tabelliones curent omnia quæ excipiunt acta subscribi à contrahentibus, & testibus. Certissimum enim consensus argumentum est subscriptio. Sequestri verò consensus hoc loco requiritur, cùm illud officium sit voluntarium, & non necessarium, neque inuito possit imponi, vti Iacob. de Atena. Curtius, Rebuff. & alij docent.

Secundò non excusatur tamen ab eo munere suscipiendo, ex numerosa prole, vt io quibusdam aliis contingit. Itaque decreuit Senatus ann. 164. die 15. Decemb. quia munus hoc breue, & ferè momentaneum est, & non perpetuum.

Tertiò sequester datus postulante patrono feudali, nulla patronatus iura aut munia obire poterit, quoad honores, destinendaq; officia, aut noua instituenda. Solius enim patroni id est, non conquerente vassallo, qua de re Senatusconsulta refert, Mornac. *ad l. in medicis. D. de contrah. empt.*

Quartò si postulantibus creditoribus manus iniiciatur in feudum, & constituatur vt perpetuò sit, sequester, & postea sequatur feudi prehensio ob fidem à vassallo non præstitam, & negatam, faciet eo casu sequester, vt de feudo manus dominica tollatur; ita consuetudo Paris. *art.* 34. quo iure vniuersa Gallia vtitur.

Quintò si sequester constitutus soluendo non sit, tenebitur is quo vrgente manus iniecta fuit, & datus sequester: itaq; sæpius iudicauit Senatus, vt an. 1609. excipitur tamen patronus feudalis, quia iniicit *dominus in sua iura manus*, nisi dolo & culpa lata id egerit: quod docet Molinæ. *ad consuetud. Paris. §. 6. gloss. 17. vers. le commis, n. 15.*

Sextò quantocumque durent publicationum solemnia, sequester exonerari nō potest, suscepto semel munere; sic enim ad vitandas omnes fraudes sæpius Senatui placuit.

Septimò non modò in re immobili datur sequester ad percipiendos fructus, sed etiam vbi de iudiciali, fiscali, aliove publico munere cuius certū statumq; est annuum stipendiū, agitur. *consuet. Paris. art.* 114. & passim in vniuersa Gallia.

Octauò si prehensio auctioni que subiectus sit fundus, eodemq; addictus nullo antea, & statim atq; prehensio facta est, constituto sequestro; irrita erit addictio, ex Senatusconsultis, secùs si desit locatio, itaq; sæpius iudicatum est. Hæc Mornac.

Nonò quod dixi vocari commissarios à nobis, quos passim sequestros alij, ius autem curatores bonis datos, *D. de curator. bonis dand.* non de quibuscumque commissariis intelligendum est: alij enim sūt auditores in limine, vt loquuntur, *Commissaires à la barre*: qui partes audiunt in Parlamēto vbi opus est ex mandato iudicū, quos Budæus vocat disceptatores, Rebuffus, auditores disceptatorum, siue litigatorū mallet. Alij pignorū captorum creditores sunt, quibus cura seruandi, & regendi rem captam committitur, de quibus *Clem. vnic. de sequestrat. possess. & fructuum.* Alij designātur ad inquirendum de aliquo crimine, & quæsitores, vel inquisitores, *Commissaires pour faire enquestes*, dicuntur. Alij deniq; sunt commissarij ad iudicandū, quos Budæus recuperatores nominat. Ex quibus vides quinā sint cōmissarij sequestri, & quomodo differant ab aliis: hos enim pragmatici vocant depositarios institiæ, vt eos distinguant à simplici depositario, qui eligi potest sine lite & controuersia; cùm depositum sequestrum factum non auditis partibus nonullatit Senatus an. 1510. die 6 Februarij.

Decimò sequestrum bonis non tenetur dominus recipere in inuestituram, vti voluit Senatus an. 1544. 1. Decemb. Rebuff. *gloss.* 2. *n.* 11.

Vndecimò vbi Iudex decreuit sequestrationem faciendam, id executioni mandari debet, non obstante quacumque appellatione, *ex l. imperatores, §. fin. D. de appellat.* & Panorm. *in cap. de sequestrat. possess. & fructuum.* atq; hoc iure vtimur in Frācia. Immò cùm sequestratio vi Regiæ constitutionis, non potest in iis casibus, in quibus fieri potest, si forma seruata fuit, ab ea appellari; quia à lege vel ordinatione nō appellatur, *l. si quæ mulcta* 244. *D. de verb. sign.* & si appelletur, nihilominus fit executio non obstante appellatione, & sine eius præiudicio. Vide Rebuff. *tract. de sent. exec. art.* 17. *n.* 1. qui tamen *in tract. de sequestr. glossa* 2. *n.* 17. ait se vidisse appellari, & appellationē admitti, quando commissarius, seu sequester erat datus beneficio, & Archidiaconus prætendebat, *per deportum*, vt vocāt, percipere fructus beneficij, primo anno vacantis. Consuleret tamē potius Archidiacono, habenti talem deportum opponere se dationi sequestri. Quod si sub pœna excommunicationis præciperet sequestris, & commissariis datis, ne illum à perceptione fructuum impedirent, abuti censeretur sua potestate, sic enim iudicauit Senatus an. 1534. die 11. Februarij.

Duodecimò debitor cuius bona creditoribus agentibus sunt sequestrata, non potest licèt cum principali creditore conuenerit, præcipere sequestro, vt rem sequestratam sibi reddat, nisi omnes creditores consentiant, & iudex permittat. Ita Senat. an. 1542. die 18. Aprilis.

Decimotertiò sequester rei immobilis si locari possit, eam locabit authore iudice, partibus auditis, & vocatis, ne ea locatione lædantur, & si res peritura sit cum tempore, vendi quoque poterit eadem ratione non à solo sequestro. Debet quoq; fieri locatio plus licitanti, & si gratiam pretij faciat sequester, de suo tenebitur, quæ omnia habet regia constitutio. An verò ipse sequester, si pluris licitatur possit eam conducere, aut si vendatur, emedere, dubitat Rebuff. *in glossa* 4. *n.* 2. & non existimat id illicitum, quandoquidem in regia cōstitutione non prohibetur: id tamen non licet alteri parti contendenti ius, quamuis plus offerat, alioquin

alioquin partes nunquam poſſeſſionem relinquerent, ſed & pluris licitarent, & lites producerent, neque ſequeſtri re ſequeſtrata vti neque bonam fidem contendentium fas eſſet agnoſcere. Quare Senatus cenſuit viduam non eſſe recipiendam ad locationem bonorum mariti, quæ capta erant, & in quæ ipſa ius aliquod prætendebat, an. 1537. die 29. Nou. & die 7. Sept. an. 1528. & an. 1543. 8. Febr. vt refert Rebuff. Secūdò cōductores pecuniam ex locatione debitam ad ipſos commiſſarios deferre tenentur ex eodem Franciſci edicto, ne commiſſarij pro quærenda illa pecunia ſalarium aliquod exigant: quod ſi commiſſarius ipſe conduxerit, fructus percipiet ac vendet, illorumque pretiū cuſtodiet, & de illo tenebitur omninò. Tertiò debent conductores rem in eodem ſtatu conſeruare, atque adeo impenſas neceſſarias facere, ad idque ſe obligant, abſque iuramento tamen: in Francia, quod obſeruat Rebuff. *gloſſa 6.* fieri debet eiuſmodi condictio in pecunia, non in vino, frumento, oleo, aliaue ſpecie, ex decreto Senatus in magna claſſe, ſiue Camera, aon. 1533. die 18. Ianu. Quartò ſi commiſſarij fraudem in eiuſmodi locationibus fecerint, putà gratiam pretij fecerint, actione doli tenebuntur, & mulcta arbitraria pro fraudis & delicti qualitate punientur. Quintò eodem die quo locatio fit licitatori impenſas in locatione, & licitatione factas diſpungant oportet, authore iudice, ne deindè in reddendis rationibus, moueantur difficultates, nō ſine damno debitoris, aut rerum ipſarum quæ locantur, & in quas impenſæ fieri debent. Sextò nihil commiſſarius impendere poteſt ſine iudicis authoritate, & vocatis partibus, ne Iudex & commiſſarios in præiudicium illarū conſentiant. Septimò ne impeſas quidem factas deducere poterit ſine iudicis decreto, quia reddi non debet res diminuta, poſſet tamen conducere domū vnam pro colligendis frugibus rei ſequeſtratæ, & in reddenda deindè ratione, deducere illam domus conductionem, quia non debet ipſe damnum in aliena re curanda pati, quare deducet primò impenſas quas iudicis decreto modo explicato fecerit. Secundò ſuum rationabile ſalarium, quod ſingulis annis à iudice definiri debebit: quare Barbatius *conſil. 71. in 4. volum.* ait nobilem quendam virum Thomam, ſalarium à Rege Franciæ iure poſtulare, eo quod apud illum ciuitas Aſtenſis fuiſſet ſequeſtrata. Ideóque ad vitanda tot ſalaria non erunt plures ſequeſtri ſumendi, cùm vnus idoneus ſufficiat, & in locum vnius negligentioris, aut non ſatis prouidi, poſſet & alius à iudice ſubſtitui, vt obſeruat Cardinal. *in Clemen. vnic. de ſequeſtrat. q. 54.* Duos aliquando datos ſe vidiſſe ſcribit Rebuff. tres autem conſtitutos fuiſſe improbauit Senatus, ann. 1533. die 13. Maij. Si tamen bona in diuerſis locis ſequeſtrata fuerint, vnus aut duo in quolibet loco præfici poterunt, idque cenſuit Senatus an. 1514. die 20. Martij.

Decimoquartò quoties eliguntur à litigantibus commiſſarij, id ex conſtitutione Franc. I. *art.* 105. fieri debet mutuo conſenſu partium poſt tertium diem à lata ſententia, atque adeò eo tempore dimittere debent rem ſequeſtratam ſub pœna ipſiuſmet rei amittendæ, & relinquere poſſeſſionem vacuam ni velint ipſa cauſa cadere, quod id ipſum probatur *ex Clem. vnic. de ſequeſtr. poſſeſſ. & fructu.* vbi dicitur partem recuſantem ius amittere & incidere in excommunicationem. Obſeruat tamen Rebuff. iſtū non amittere cauſam ipſo iure, & niſi ius id declaret per ſententiam, quod non poteſt facere Iudex laïcus in beneficiatis; quia non poteſt priuare beneficio is, qui non poteſt dare *l. 3. D. de re iudic.* quare laicus poterit tantùm priuare Clericum poſſeſſione, non iure quod habet in beneficium, & ideò deindè poterit experiri petitorio.

Decimoquintò ſequeſter qui partium voluntate receptus, vel electus eſt, ſi non ſit ſoluendo, ad nihil tenebitur iudex, ſicuti reuerà teneretur, ſi ipſius ſolius authoritate datus fuiſſet, & ſi ad vnius tantùm partis inſtantiam datus, illa pars tenebitur de dolo in ſubſidium. Plura alia de ſequeſtro vide apud eundem Rebuff. *in citato tractatu.*

Decimòſextò hoc vnum quod ad ius Gallicum addo, non licere litiganti rem ſequeſtratā conducere, aut in ea conductione licitari. Itáque ſæpius iudicatum fuit apud Louetium *litera H. n.* 12. conſule quoque Chopin. *lib. 3. de morib. Pariſ. tit. 3. n. 5.* Ratio eſt quia ſequeſter debet eſſe media perſona, & ex collitigantibus proindè eſſe non poteſt. Vide Aleiat. *ad l. ſequeſter* 110. *D. de verb. ſign.*

Ad extremum monet aduerſus ſequeſtrum dari actionem ſequeſtrariā de qua *in l. ſi in alia* 12. §. 1. & *l. ei apud quē* 5. §. 1. & *l. penult. D. depoſiti,* & *l. 5. & 6. C. eod.* quæ actio ſe habet ad actionem depoſiti ſicut ſpecies ad genus, quia vt aliàs monuimus, omne quidem ſequeſtrum depoſitum eſt, ſed non omne depoſitum eſt ſequeſtrum, ſed illud demum quod à pluribus in ſolidum certa conditione, certo cuidam cuſtodiendum, reddendumque traditur, vti definiebamus ex Paulo *l. propriè 6. D. depoſit.* quare fuit neceſſaria ſpecialis actio ad ſequeſtrum repetendum, quæ dicitur actio ſequeſtraria, habetq; eaſdem præſtationes, quas actio depoſiti. Eſt itaq; primò bonæ fidei ſicut & depoſiti. Secundò ſimili ratione datur in hæredē ſequeſtri, ſicut & generalis actio depoſiti, *l. in depoſiti 9. D. de depoſito:* quia æquè naſcitur ex contractu. Quamuis itaq; verum ſit hæredem ſequeſtri non fuiſſe electū à contrahẽtibus, neque à iudice datū, neque etiā hæres depoſitarij eligitur, cum ſit incertus, nihilominus tenetur ex defuncti contractu, & ob eius dolū etiā in ſolidū ſi ſolus ſit, *l. in depoſiti 9.* & *l. ſi hominē 7. §. 1. D. eod.* Itaque pares ſunt depoſitarij & ſequeſtri obligationes. Neque poteſt ſequeſter officiū deponere, etiā authore iudice, vt habes *l. 5. §. 2. D. de depoſito.* quem tamen §. totū Triboniani potius quàm Vlpiani eſſe iure ſuſpicatur Anton. Faber.

Tertiò ſicut in depoſito datur actio contraria depoſitarij aduerſus deponentem pro ſua indemnitate, ita & dabitur actio contraria ſequeſtraria ſequeſtri aduerſos eos quorū res ſequeſtratas habet, ſi qua in re læſus fuit, & pro ſua indemnitate, ratione impenſarū, quas in res ſequeſtratas fecit, quod ſuperius monebamus. Hîc tamē obſeruo cum Vlpiano *l. ei apud quē 5. D. de depoſito.* in hac actione contraria depoſiti, vel ſequeſtri non iurari in litem, quia in iis tantū actionibus iuratur in litē, in quibus agitur de fide rupta; quandoquidem iuſiurandū in litem, eſt pœna conſtituta in eos qui rem alienā inuito domino retinent, licet fidem nō dederint de ea reſtituenda; quia iniquum eſt aliquem cogi vendere rem ſuam, etiam iuſto pretio, *l. ſi filiofamilias* 25. §. 1. *D. ſolut. matrim. l. non enim 9. D. rerum amotar.* quod verius erit ſi fidē dederit rei reſtituendæ, vti contingit in actione directa, depoſiti, commodati, & pignoratitia. At verò in contraria actione depoſiti nō agitur de fide rupta, ſed ſolùm de calculo, *l. furti 6. §. vlt. D. de his qui notant. infam.* ſiue de immunitate præſtanda depoſitario, commodatario, vel creditori, qui in rem depoſitam,

depositam, commodatam, vel pignoratam quidpiã impendit, cùm æquum sit illum seruari indemnẽ, non quod aliquid ex fide data debeatur. In ea igitur actione in litem iurari non potest. Immò neque licet de fide rupta tunc ageretur, iurari posset in litẽ, ad hoc enim opus est non solum vt de fide rupta agatur, sed prætereà vt domino rem suam reposcẽti eam negare velit is qui conuenitur, ex *l. non enim 9. D. rerum amotar.* & *l. si filiefamilias 25. §. 1. D. soluto matrim. l. si vendidero 8. D. de furt.* Atqui in actione contraria depositi nemo reposcit rem suam, sed sibi debitam, etiam cùm promissa fuit, & agitur de fide rupta; nec enim quod mihi debetur, meum est, nec esse potest quamdiu mihi debetur, *l. non ex pluribus. D. de regul. iur.* quare in actionibus empti & venditi etsi bonæ fidei sint iuratur in litem, etsi venditor sit in dolo rei tradendæ, quia emptor agens aduersus venditorem ad rem tradendam, rem alienam persequitur, non suam ante traditionem, sed sibi debitam. Idem in actione mandati etiã directa dicendum. Immò neque in actione directa depositi semper iurari potest in litem, si nimirum res aliena deposita fuerit, vti deponi posset, *l. 1. §. in hac actione. D. vi bonor. raptor.* & tamen depositarius negans rei depositæ restitutionem deponenti rumpit omninò fidem.

ARTICVLVS VII.

De venditione bonorum debitoris.

Quibus ex causis permittatur ea venditio. 1. 2.
Cui permittatur ea venditio. 3.
Quid vendi possit, & quo effectu. 4. 5. 6. 7. 8.
Solemnitas. 9.
Varij mores seruandi. 10.
Ius Gallicum. 11. 12.

Hic est postremus & efficacissimus modus vrgendi solutionem cùm videlicet bona debitoris ad nominum solutionem authore prætore publicè & sub hasta venduntur, eorumque pretium creditori in solutionem addicitur: de hac venditione, publicatione & subhastatione, consule si plura voles, Iodoci Dam-Honderij compendiosam subbastationem, Exegesium, Rebuffum, *tractatu de praeconiis, licitationibus, & subbastationibus.* Ægidium Magistrũ de præeoniis, *des criées.* Chopinum *lib. 3. de morib. parisi. tit. 4.* & præterea Imbertum *in institut. forensib.* atque alios pragmaticos, ex quibus nos pauca quædam indicabimus.

1 Et primò quidem variis ex causis vendi posse bona debitoris qui aliter soluendo non est, constat ex iure in quo varias eiusmodi venditionis causas legimus. Prima est si debitor bonis cessit, *l. legis Iuliæ 4. C. qui bonis cedere poss.* nisi debitor pœnitentia ductus cessionẽ reuocarit, *l. is qui 3. D. de cessione bonor.* sed de illa dicemus *cap. seq. art. 2.*

Secunda, fuga & latebræ debitoris fraudandi causâ; nam *l. Fulcinius 7. §. 1. D. quibus ex caus. in possess. eat.* prætor ait; *Qui fraudationis causâ latitauit, si boni viri arbitratu non defenditur, eius bona possideri, vendique iubebo.* Hæc eadem causa probatur *l. satisque pœna 19. D. de in ius vocando. l. cùm proponas 9. C. de bonis iud. authorit. possid.* Quid verò sit latitare, declaratur *citat. l. 7. §. quid sit. D. quib. ex caus. in possess. eat.* & *l. eum qui 10. D. de priuileg. creditor.*

Tertia causa est cùm creditor in bona absentis & non defensi missus sit, nisi enim compareat debitor, bona eius vendi iubebuntur, *l. in possessionem 6. D. quib. ex caus. in possess. eat.*

Si tamen debitor qui latitat, & non defenditur 2
sit pupillus, non vendentur eius bona. *cit. l. in possessionem,* modò tamen pupillus proprio nomine, & non alieno conueniatur, *l. apud 5. D. quib. ex caus. in possess. eat.* Si tamen cum seruo pupilli contraxisses, perindè erit atque si cũ pupillo contraxeris, quare eius bona non veneunt, *l. 3. §. contractum. D. eod.* aliud enim foret si cum tutore contraxisses, vt *in citato §.* monet Vlpian. Quod etiam verum erit si legata vel fideicommissa petantur à pupillo, eius siquidem bona possideri poterunt, vt habetur *ead. l. 3. §. fin. & l. sequenti.*

Secundò si debitor furiosus aut latitet, aut non defendatur, pati nequit vẽditionem bonorũ, quia se non occultat, qui furiosus non est, inquit *l. Fulcinius 7. §. adeò. D. quib. ex caus. in poss. eat.* vbi tamen additur interdum bona eiusmodi debitoris cognita causa vendi posse, si æs alienum vrgeat, & dilatio damnum sit allatura creditori; quod verò ex illis supererit, dabitur furioso, cuius status non multum habest à conditione pupilli. Idem quoque in prodigo dicendum est, cæterisque qui curatorum ope iuuantur, quos nemo propriè latitare dixerit.

Tertiò eius quoque debitoris qui Reipublicæ causa abest, bona vendi non possunt, *l. in possessionem 6. D. quib. ex caus. in possess. eat.* nisi tamen dolo malo reipub. causa absit, quod interprete Accursio significat *l. eum qui 19. D. de priuileg. creditor.* Quod dixi de absente reipublicæ causa, idem dicendum est de capto ab hostibus, neque enim eius bona venire possunt, *l. vlt. §. fin. D. de priuileg. creditor.* & *l. 6. §. fin. D. quib. ex caus. in poss. eat.*

Debent quoque eæ latebræ debitoris esse veræ, & non fictæ, alioquin venditio bonorum illius inde sequuta, nulla erit, *l. Fulcinius 7. §. si quis bona. D. eod.* Si tamen abesset ob delictum, licet non latitaret, si tamen non defendatur, vendi poterunt eius bona, *l. ad cognitionem 13. D. eod.* sicut etiamsi vitandi creditoris causa in aliam ciuitatem discesserit, quamuis ibi non latitet, vt habetur *ead. l. Fulcinius.*

Requirebam quoque fraudationis causâ latitare debitorem, hoc est animo fraudandi creditores, citata sæpius *l. Fulcinius, §. cùm hoc edictum. §. sed & is qui.* Neque etiam opus est velit omnes creditores fraudare, sufficit siquidem vt vel vnum fraudare velit, eaque de causa latitet vt *in ead. l. 7.* dicit Vlpian. Oportet denique debitorem esse verum debitorem, neque posse se exceptione aliqua tueri, *l. 7. cit.* & *l. cùm proponas 9. C. de bonis authorit. iud possid.* & *l. cùm vnus 12. §. planè. D. de rebus iudic. authoris. possid.* Exemplũ habes *l. ex tempore 50. D. de peculio;* cui tamen non benè consentit *l. Fulcinius,* vbi dicitur seruum conueniri posse, licèt nihil sit in peculio.

Ius porrò vendendi bona debitoris conceditur 3
creditoribus ad quos fraudandos latitat debitor, *l. Fulcinius 7. §. vtrum ergo. D. quib. ex caus. in possess. eat.* nisi curator bonis vendendis datus sit à magistratu *l. cuius bonis 9. D. de curatorib. furios.*

In illa venditione præfertur creditor cæteris, 4
& inter creditores is cui maior pecunia debetur, post creditores cognatus externis emptoribus præponendus erit. *l. 1. de priuileg. creditor.*

Impetrandum priùs ius vendendi bona ista à 5
iudice *l. cùm proponas 9. §. fin. C. de bonis authorit. iudic.*

dic. possid. l. miles 6. §. pen. D. de re iudicata. à cuius loci iudice ius istud petendum impetrandumue sit, definitur *l. 1. 2. & 3. D. de reb. author. indic. possid.* his verbis: *Venire ibi bona oportet, vbi quisque defendi debet, id est vbi domicilium habet, aut vbi quisque contraxit. Contractum non vbique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo soluenda est pecunia.*

6 Venditione facta quod soluto creditore supererit ex pretio præsentibus tabulariis signabitur, & in Cimeliarcho Sanctæ Ecclesiæ illius ciuitatis, attestatione priùs per eosdem tabularios conscribenda deponetur, *l. cùm apud 10. §. fin. autē. C. de bonis auth. indic. possid.* Iuramentum quoque ab eo qui vendidit præstandum erit de eiusmodi pretio, vt ibidem dicitur: quod autem superfluum fuerit ex pretio reducto, debitori restituendum erit, *l. in fraudem 45. §. si plus. D. de iure fisci. l. si non expedierit 6. D. de reb. iudic. auth. possid.*

7 In eiusmodi bonorum distractione non numerantur statuæ positæ in honorem debitoris, neque fiunt emptoris, sed aut publicæ manent si positæ fuerint ornandi municipij causa, aut eius, cuius in honorem positæ sunt, neque vllo modo detrahi possont, *l. Fulcinius 13. D. de priuileg. creditor.* Concubinæ quoque & liberi naturales bonis venditis excipiuntur, *l. bonis 22. D. eod.*

8 Bonis ita venditis nulla competit amplius actio debitori ad debita prosequanda, *l. imperatores 4. C. de curatore bonis dando.* Neque ipse debitor potest amplius venditionem rescindere, *l. imperatores 24. de priuileg. creditor.* præterquam si iure non fuisset facta venditio, vt ibidem dicitur, aut si bona fuissent minoris vendita quàm par esset *l. si minore 3. C. de iure fisci.* propter fraudem factam, qua fiscus quoque tenebitur, *l. 2. C. de fide, & iure hasta, l. si quos 16. C. de rescind. vendit. l. 1. C. de prascrips. 30. vel 40. annor.* Idem continget si venditio facta fuerit ab eo cui non fuit ius vendendi, vel si non iusto ordine in venditione processum sit, *l. 1. C. de fide & iure hasta, l. 2. C. eod.*

9 Restat solemnitas in eiusmodi venditione seruanda, illam habes *C. de fide & iure hasta fiscalis.* Ad auctionem igitur & venditionem bonorum quam fiscus fieri curabat plura exigebantur, nimirum proscriptio, authoritas procuratoris, hasta, præco, quæstor, addictio, quæ similia in aliis auctionibus non fiscalibus requirebantur: proscriptio fiebat de futura auctione propositis libellis in celeberrimis locis, vt ait Cicer. *pro Quintio.* & Theophil. *in Instit,* ἐν τοῖς περιφανέσι τῆς πόλεως μέρεσι. Proscribere siquidem, est publicè fixo libello aliquid edicere, & denuntiare, *l. 11. §. 1. D. de inst. l. 4. C. de distract. pignor. l. 34. §. vlt. D. de statulib.* Dicuntur igitur proscribi bona cùm fixis publicè libellis, venditio eorum bonorum in certum diem edicitur, ac significatur, vt cuique fas sit licitari. Hi libelli siue progrāmata auctionalia, *vocamus Affiches.* Prætoris verò authoritate fit ea proscriptio, siue qui per fiscum repræsentaret, siue alium, qui nomine & creditoris & debitoris venditioni, & auctioni præsint.

Hasta rerum vænalium signum erat in foro posita, & quæ ita væneunt, sub foro vænire dicuntur, vt sub corona captiui, quorum vænalitatis signū fuit corona capiti imposita; itaq; Festus; *hasta subiciebantur ea que publicè venundabantur, quia signum pracipuum est hasta.* Hinc dictum hastarium λαφυροπωλία à voce λάφυρον *spolium, prada,* cùm vendantur bona prædā capta, & cum etiam proscriptorū bona publicè diuenderentur. Hastarium tamen vsurpauit Tertullian. *cap. 13. apologet. publicos,* nimirum deos; *Æquè publicè iure fœdatis, quos in hastario vectigales habetis, si Capitolium si olitoriū forum petitur, sub eadem voce praconis, sub eadem hasta, sub eadem annotatione quaestoris diuinitas addicta conducitur.* Vides Tertullianum designare loca in quibus figeretur hasta, & fieret ista venditio, nimirum vel Capitolium, vel forum olitorium in quo res omnes etiam vilissimæ, vænales proponerentur.

Requirere quoque præconis vocem, qui inclamaret, & res vendendas, & pretium quod à licitante offerretur, vt qui vellet augere, nos dicimus *criées*, & addictam à magistratu rem pollicebantur. Vnde Plaut. *in Bacchid.*

Stulte nescis nunc vendi te atque in eo ipso
Astas lapide, vbi prace pradicat.

Dicitur vel à prædico, vel præcieo, qui ante conuentum ciet, siue excitat populum vt conueniat, nam & præcias dicebant, qui à Flaminibus præmittebantur, vt denuntiarent opificibus manus abstinerent ab opere, ne si vidisset Sacerdos facientem opus, sacra polluerentur, inquit Festus.

Opus denique erat annotatione quæstoris, vt dicebat Tertullian. quia, inquit eius commentator Rhenan. quæstor inscribebat commentario suo pretium & nomina licitantium, aut rei elocatæ vel venditæ syngraphum dabat.

Proposita igitur per proscriptionem publica venditione rei cuiusquam, & præconis voce, vocatis emptoribus fiebat auctio, & quidem vt dixi præco, prædicat. Auctionatur autem propriè is cuius bona sunt. Cic. *orat. contra Rull. Vt in atriis auctionariis potius quàm in triuiis, aut compitis auctionentur.* Et ibidem Rullus: *Hasta posita cum fuit formosis fruitoribus auctionans.* Et pro Deiotaro; *Auctionatus est, seseque expoliare maluit, quàm sibi pecuniam non subministrare.* Dicebatur & facere auctionem, qui eiusmodi vēditioni rem exponebat. *Auctionem in Gallia se facturum proscribit.* Tull. *pro Quintio,* & *Philippic. 5. Mulier auctionem prouinciarum faciebat;* Exprobat nimirum Antonio quod populi Romani prouincias ab infami muliere pro libito vendi permitteret; vbi præco prædicarat rem auctioni expositam, emptores licebantur. Plaut. *in Menachmis Vænibunt serui, suppellex, omnia vænibunt, cuique prasenti licebunt pecunia.* Et Tull. *pro Cacin. Adest ab tabulam Æbutius; licetur, deterrentur omnes emptores partim gratia Caleumea, partim pretio fundus addicitur:* & alij contrà licitante aliquo supra adiiciebant, atque ita licitatione certabant: quare Tull. *lib. 3. officior. Non licitatorem venditor, nec qui contra, asse liceatur, emptor apponet.* Vetus porrò Romanorum mos fuit in auctionibus & redemptionibus, vt empturi, redempturi, conducturi quidpiam, id se sublato digito facturos, indicarent. Tull. *5. Verri. sect. 27. Verum aequius est decumanum petere, an aratorem repetere? Eum qui manu quaesierit, an eum qui digito licitus sit, possidere.* Et *Verri. 3. sect. 141. Verres locare incipit non prescripta neque pradicta die, alienissimo tempore, ludis ipsis Romanis. Accurrunt tutores, digitum tollit Iunius patruus.* Licitationibus verò factis, & posteaquam de pretio & conditionibus conuenerat inter contrahentes, res permittitur licitanti aut conducenti, & illi addicebatur. Tullius *pro Cecin. sect. 16. Licetur Æbutius, deterrentur*

terrentur emptores multi partim gratia, partim pretio, fundus addicitur Æbutio. Et *Verr. 3. sect. 44. Addicitur id opus sestertium quingentis sexaginta millibus, cum tutores sestertium octoginta millibus effecturos se clamarent.* Erant enim hæc solemnia prætorum verba, do, dico, addico: atque hoc tertio cum vtebatur iudex significabat rem controuersam alicui adiudicare. Tull. *pro Flacco, 48. Itaque recuperatores contra istum iudicarunt, cum iudicatum non faceret, addictus Hermippo, & ab eo ductus est*: hoc est traditus in manus Hermippi. Quia ex XII. Tabulis debitores nisi iudicatum soluissent, permittebantur arbitrio creditorum, vt vel seruos haberent, vel si vellent, discerperentur, quod monuimus aliàs. Et Plaut. *Vbi in ius venerit, addicet prætor familiam totam tibi.* Et Tull. 2. *Verrin. sect. 12. Cuius prætura vrbana ædium sacrarum fuit depopulatio, simul in iure dicendo bonorum, possessionumque contra omnium instituta addictio & condonatio.*

Erant deindè sectores qui bona addicta pluribus secabant; qua ratione milites prædam ex hostibus captam inter se secabant, ac diuidebant. Cæsar *lib. 2. bell. Gallic. Postridie eius diei refractis portis, cum iam defenderet nemo, atque intromissis militibus nostris, sectionem eius oppidi vniuersam Cæsar vendidit.* Et Tacitus *Reliquias sectionum.* Iustin. *lib. 28. Rapacitas Proconsulum, sectio Publicanorum, calumnia litium.* Alij tamen sectores deriuant non à secando sed à sectando, quod illi spem lucri sectantes bona damnatorum semel auctionabantur, proque iis pecunias singulis pensitabant, ac postea pro compendio suo singulas quasque res venditabant, quare Ascon. *in 3. Verr.* sectorem dicit æstimatorem, redemptoremque bonorum damnati, atque proscripti, qui spem sectans lucri sui, id est secutus spem æstimationis suæ, bona omnia auctione vendit, & semel infert pecuniam, vel ærario, vel sociis. In veteribus glossis dicitur *βιώνης*, hoc est, vt Suidas, & Hesichi. exponunt *ὁ τὰ δημόσια ἀγοράζων.*

Erant denique in auctionibus coactores qui erant veluti quidam quæstores, & ab iis quibus singulæ res addictæ pretium exigebant. Cogebant igitur pecunias, & inde nomen sumpsere. Horat. *satyra 1.*

Nec timuit sibi, ne vitio quis verteret, olim
Si præco paruas, aut vt fuit ipse coactor
Mercedes sequerer.

Itaque præconis & coactoris erant cognata officia in auctionibus, sicut enim præcones licitantibus res addicebant; sic coactor rerum in auctione venditarum pretia intra certum diem persequebatur, à cogenda, seu redigenda certa mercede pecunia dictus. Is ille, opinor, erat quem Theodos. & Honori. Impp. *l. penult. C. si certum petat.* collectarium nominant, vide de his coactoribus Alciatum *lib. 1. parerg. cap. 24.* & Cuiac. *lib. 10. obseruat. cap. 14.* Erant ministri argentariorum qui pecunias illis debitas colligebant, aut qui ab argentariis reliqua emebant paruo, & inde sibi quidpiam ea colligendo parabant.

10 Atque hactenus de solemni veterum in auctionibus more, vt verò ad hodiernam praxim veniamus; aio in primis cuiusque gentis & municipij mores ac leges hac in parte seruandas esse, vt monet Rebuff. & Chopin. *lib. 3. de morib. Parisi. tit. 4. n. 3.* In Gallia vocamus auctionem, & licitationē, *enchere*; & licitari, *encherir*, licitator, *encherisseur*, qui pretium auget, & offert: promulgare siue publicare auctionem, *crier, & publier par affiches, & attaches.* Auctionis caput siue institutor dicitur is qui præconia prosequitur, *le poursuiuant en criées.* Auctionarij intercessores sunt, qui se præconiis opponunt: *les opposans en criées.* Quarto trinundino auctio inclamata, & iustos dies proscripta, *criées à iour de marché deüement faictes & publiées.* Hæc omnia propria pragmaticorum vocabula nobis seruanda sunt, ne si alia, quamuis magis Latina, & ex veteribus formulis, vsurpemus, erroribus pluribus occasionem demus iis, qui illa nō norunt. 11

Quod attinet ad ius Gallicum hoc loco, quondam hæ fundorum inclamationes, & programmata, solis forensibus regulis constabant sine scripto, eæque iudiciorum formulæ ex causa mutabantur identidem: indè confectus stylus Parlamenti, atque aliquot Curiarum inferiorum, quæ formulæ subindè vel à supremo Principe, vel à Senatu mutatæ, abrogatæ, probatæ, aut confirmatæ fuerunt, quod variis exemplis docet Chopin. *tit. 4. cit. n. 1.* Quod verò attinet ad solemnes auctionalium præconiorum formulas, eas sanxit Francis. I. rogatu Magistratuum Præfecturæ vrbis, constitutione edita Nouembri mense ann. 1527. quam Senatus comprobauit 24 Martij 1528. Postmodum perpetuo & vniuersali edicto forma eiusmodi proscriptionis, & publicæ prædiorum addictionis definita fuit ab eodem Francisco I. mense Sextili ann. 1539. Henrico II. Semptembri 1551. & à Carolo IX. mense Februar. 1566. & tandem Ordo amplissimus 16. Kalend. Nouemb. ann. 1576. præcepit in adiudicationis fundi instrumento referri sigillatim cuncta programmatum solemnia, quæ seriatim fundorum licitationi præscribebantur; nimirū vt iudiciorum auspiciis securus emptor pacatè fruatur re sibi propalam addicta, nec hastæ publicæ fides in posterum conuelli possit, inquit, Chop. *tit. 4. cit. n. 2.* ex quo auctore pauca ista obseruo.

Primò quoties auctiones ritè promulgatæ sunt in quaternum nundinum, diutinumque fuit feriatum silentium, iubere solet prætor quinto trinundino auctionem inclamari, bonaque proscribi ad emendam temporis moram; *il commande, & ordonne vne cinquiesme surabondante criée.*

Secundò si rari fundorum licitatores appareāt, nouo commento prospexit Romana politia obæratorum liberationi, & indemnitati creditorum: nā deficientibus rebus mobilibus debitorum, voluit creditores immobiles in solutū capere, iusto priùs pretio ipsis adsignato. § *pen. & vlt. Nouella de fideiussorib.* Id tamen in Gallia seruari negat se deprehendisse Chopin. cum non sit cogendus creditor aliud pro alio minus sibi futurum vsui recipere.

Tertiò aliquādo, vt in Neustria creditor promercalem rem plurimò licitatur, hac lege vt parti pretij æs sibi debitum imputetur, quod tamen neq; in Neustria perpetuò seruari, & in vltima solemni legis Normannicæ restitutione emendatū fuisse anno 1600. refert. Chopin. & à decreto Parisiensi talem vltimi creditoris licitationem explosam fuisse nonis Iunij, 5. Iunij, ann. 1601.

Quartò promercalis fundi programmata præfigi foribus ædis parœciæ cujus finibus continetur ille fundus, oportet, & auctionari, edicto anni 1551. *art. 2.* quæ, aliaque permulta vide apud Chopin. & Rebuff. locis notatis, cum ad vsum & praxim dumtaxat pertineant, & vel consuetudine, vel legibus municipalibus, vel aliis de caussis diuersa quibusdam in locis, & non perpetuò constent.

ARTIC.

ARTICVLVS VIII.

De Compenſationibus.

Quid ſit compenſatio. 1.
Quo iure detur. 2.
Eius effectus. 3. 4. 5.
Cui competat. 6. 7.
Aduerſus quos. 8.
Quando detur. 9.
Quando negetur. 10.
An qui compenſat, fateatur debitum. 11.
An qui iurauit ſe ſoluturum poſſit compenſare. 12.

1 COmpenſatio ſi vim nominis attendamus, eſt duorum ſimul in vna lance appenſio, ex antiqua nempe grauis æris appendendi conſuetudine, quaſi cum ea ſumma quæ ſolutionis cauſa pendebatur, altera, quæ inuicem à creditoribus dabatur, coniuncta eſſet, vt par cum altera lance momentum efficeretur, inquit Hotman. Hinc perceptio fructuum pignoris à creditore, compenſatio vſus pecuniæ ſuæ dicitur, tanquam æquilibritas, *l. Caius Seius* 39. *D de pignor. action. l.* 1. §. *pacto, D. de pignorib.* In ſocietate cùm in vna re lucrum, in altera damnum factum eſt, dicitur compenſatio, §. 2. *Inſt. de ſocietate.* Forenſi tamen conſuetudine inductum eſt vt compenſatio dicatur æris alieni per id quod inuicem debetur, vſque ad concurrentem ſummam imminutio, vel extinctio, *l.* 1. *D. de compenſat. l.* 4. *C. eod. l. deducta* 58. §. *acceptis, D. ad Trebell. l. Titia* 34. §. *qui inuita. D. de legat.* Quare ſi decem ei debebam, quia mihi quinque hodie debere cœpit, non amplius quàm quinque illi debeo; quare aliqui definiunt mutui debiti reputationem, ſiue imputationem aut deductionem, quamquam hæc omnia ſint compenſationis cauſa, potiùs quàm ipſa compenſatio: nam reputatio, & deductio fit, vt id quod reputatum & deductum eſt, compenſetur. Placet verò Modeſtini definitio *in l.* 1. *D. de compenſat. compenſatio,* inquit, *eſt debiti & crediti inter ſe contributio:* Neque dicas hanc definitionem conuenire etiam confuſioni debiti, & crediti, in qua debitum ipſo iure extinguitur, v.g. cùm debitor creditori ſuo hæres exiſtit, aut è contra creditor debitori ſuo: nam licèt per confuſionem debitum extinguatur; non tamen in confuſione debitum ex vtraque parte interuenit, ac proindè non eſt illa debiti & crediti contributio, ſed reuera confuſio, per quam idem fit debitor, & creditor ſui, quod cum nec iuris ratio, nec ipſa rerum natura patiatur, oporteatque perſonas debitoris & creditoris realiter eſſe diſtinctas, ſicut actoris, & rei, *l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furtis, l. hæres à debitore* 21. §. *ſeruo. D. de fideiuſſorib.* mirum videri non debet, ſi vbi per quandam confuſionem idem qui debitor, fit creditor ſui ipſius, quia fit hæres ſuo creditori, vel è contrario creditor fit hæres ſuo debitori, pereat debitum, quod nemo poteſt à ſeipſo, tanquam ſui ipſius debitor & creditor repetere. Non fit igitur debiti cum credito contributio, neque vnum alio debito extinguitur, cum ſit vnum tantùm debitum. In compenſatione verò debitum & creditum eſt ab vtraque, nam & qui agit & qui conuenitur debitor eſt, & qui creditor, eſt quidem debitor non ſui ipſius, ſed aduerſarij, qui viciſſim eſt ſui illius creditoris ſibi quodpiam debentis creditor. In compenſatione igitur ponitur debiti & crediti contributio, nimirum ab vtroque facienda, debitore ſcilicet, & creditore, quæ longè abeſt à confuſione vt vides, quæ eſt debiti & crediti in vna & eadem perſona peremptio, deinde confuſio neque exceptio eſt, neque tollendæ obligationis modus ex voluntate alterius pendens, ſed ipſa extinctio obligationis, & actionis ex ea conſequentis, cum repugnet aliquem agere aduerſus ſeipſum: quare in confuſione non competit actio creditori in debitorem, qui eſt ipſemet creditor, ſecùs quam contingat in compenſatione in qua ex vtraque parte competit actio. Verùm cùm ab vna intentatur, ab altera excipitur per compenſationem, & debitor creditorem petentem ſummouet offerendo compenſationem, vt ait Iulian. *l.* 2. *D. de compenſat.* quamuis enim meus creditor iuſtè petat à me centum, quæ illi debeo, cùm ille tamen totidem aut plus vel minus mihi viciſſim debeat, æquum eſt fieri vtriuſque debiti compenſationem per quam iure cuiuſdam exceptionis ſummoueatur actor ad concurrentem vſque ſummam petitam. Cùm illud vtrique expediat, tum mihi à quo centum illa petuntur, & ea compenſatione liberor, tum ipſi actori, qui perinde à me ſine meo debito liberatur, atque ita vtrique conuenit liberatio, & vterque locupletior fit; quiſque enim à ſuo creditore liberatur, fit eo ipſo locupletior, *l. ſi pupilli* 66. *D. de ſolution. l. ſpecies* 11. *D. de acceptilat.*

Ex quibus vides æquiſſimo iure inductam eſſe compenſationem quam etiam neceſſariam eſſe dixit Pompon. *in l.* 3. *D. de compenſat.* quia noſtra intereſt non ſoluere, potiùs quàm ſolutum repetere, ſicut etiam dicitur *in l. ſtipulatus* 14. *D. de fideiuſſorib.* Sicut meliùs eſt intacta cuiuſque iura ſeruare, quàm poſt vulneratam cauſam remedium quærere *l. vlt. C. in quibus cauſ. neceſſe non eſt in integrum reſtit.* Æquitas igitur merum ius compenſationis induxit, vt ait Papinian. *l. inter tutores* 36. *D. de adminiſtrat. tutor.* quid enim æquius quàm quod nulli obeſt, & vtriq; parti prodeſt, quod facit compenſatio, cum enim mutuam & ex vtraque parte liberationem inducat, impedit ne maioribus ſumptibus vexetur debitor & creditor, qui alioquin in longiorem litem faciendi eſſent, ſedantur rixæ quas lites excitare ſolent, ideóque verecunda & honeſta cogitatio dicitur eſſe eius, qui lites execratur, *l.* 4. §. 1. *D. de alienat. iudic. mut. cauſâ fac. l. quidam exiſtimauerunt* 21. *D. de reb. credit. l.* 1. §. *ſi hæres, D. ad S.C. Trebell.*

Ex his vides quis ſit compenſationis effectus, 2
nempè eſt eius quod debetur liberatio vſque ad concurrentem quantitatem ipſo iure, & eo ipſo temporis momento, quo inuicem deberi cœptum eſt. Itaque *l.* 3. *C. de compenſat.* compenſatio non tam eſt ſolutio quàm modus habendi pro ſoluto id quod reuerà & de facto ſolutum non eſt, *l. ſi conſtat* 4. *C. de compenſat.* quare nihil aliud continet quàm effectum liberationis. Vnde intelliges quod dixit Paul. *in l. poſteaquam* 21. *D. de compenſ.* id quod inuicem debetur ipſo iure compenſari; quia licèt ſit quid facti, liberatio tamen quæ ex ſolutione pendet, tota iuris eſt, cùm ex iure pendeant omnes modi tollendæ, & inducendæ obligationis, *l. obligationum ferè* 44. §. *placet. D. de obligat. & action.* Cùm igitur compenſatio pariat liberationem, ipſo iure illam parit. Monet tamen Mornaci. *in illam l.* 21. id non eſſe verum

in Gallia, nisi in ea parte quæ iure scripto regitur, in cæteta ferè Gallia rescriptum Principis necessarium esse, monet enim in *l. si mulier 21. §. si metu, D. quod metus causa*, illud esse argumentum primarij meti, maiorisque Imperij nostrorum Principum, vt si quid iure ipso Romano fiat, nihil tamen factum velint inter ditionis suæ homines, nisi læso & conquerenti indulgeant sublime rescripti sui beneficium. Iure igitur Romano, eoque antiquo sicut is cui decem debebantur, si quinque ipsi soluta sint, petere amplius illa quinque non potest, & si plus petit, causa cadit, eodem modo qui inuicem aliquid debet, si totum petat, plus petere, & malè agere intelligitur, & antiquo iure causa cadit, *l. posteaquam 21. D. de compensat. & l. 4. C. eod.*

5 Inde verò fit vt si solutum sit, quod compensari poterat, tanquam indebitum condicatur, *l. qui inuicem 30. D. de condict. indeb. l. 5. §. pen. D. de impens. in res dotal. & l. si ambo, §. 1. D. de compensat.* quia debitum solutum, ex debito fit indebitum, cùm solutione tollatur omnis obligatio: compensatio verò continet vim solutionis. Quod igitur compensari potuit si solutum sit, repeti potest tanquam indebitum. Deinde compensatio exceptio est, eaque perpetua; qui verò tutus exceptione perpetua soluit, habet condictionem indebiti, quod aliàs monuimos, *l. qui exceptionem 40. D. de condict. indeb.* neque deberi intelligitor quod propter metum exceptionis perpetuæ peri non potest, *l. creditores 10. l. creditor 55. l. debitor 108. D. de verb. sign.* debuit tamen compensatio facta fuisse per errotem facti, non iuris; nam qui sciuerit sibi competere compensationem, & tamen maluerit soluere, quàm compensare, non audietur, si postea condicere velit, *l. quod quis sciens 50. D. de condict. indeb. l. indebitum 9. C. eod.* qood verius erit si creditor & debitor inuicem soluerint in iis casibus in quibus compensatio locum non habet, *l. qui inuicem 30. D. de condict. indebiti.*

Secundò repeti poterit pignus in eam causam datum, quæ compensationem admittebat, siue datum pro debito quod compensari poterat, *l. inuicem 12. C. de compensat.*

Tertiò moram & eius effectum impedit, vt nimirum neque vsura quantitatis quæ compensari potest, neque pœna debeatur, *l. 4. & 5. C. de compens. l. cum altero 2. D. eod. l. 7. C. de solution.* quare cùm alter gratuitam pecuniam, alter sub vsuris debet, concurrentis vtrimque quantitatis vsura non præstatur ex constitutione diui Seueri, *l. cum altero 2. D. de compensat.* Ratio est quia cùm vsuræ non tam propter lucrum petentium, quàm propter morã non soluentiũ impetrentur, vt constat ex iure, & compensatio vim solutionis obtineat, atque quantum creditor debitori suo vicissim debet, tantùm ex sorte ipso iure solutum esse intelligatur *l. 2. & 4. l. posteaquam 21. D. de compens.* vsuræ quantitatis quæ per compensationem ipso iure factam solutæ esse intelliguntur, nullæ deberi possunt, *l. si constat. 4. & l. seq. C. eod.* Neque distinguendum est an vtrumque debitum vsurarium sit, an alterum tantum, quia ratio vsurarij, vel non vsurarij debiti, non impedit fortis vtriusque debitæ compensationem, siue compensabilitatem. Denique quoties vsuræ non debentur ex stipulatione, sed ex mora, non potest dici esse in mora debitor, qui dum conuenitur, tutus est aliqua exceptione perpetua, *l. 4. D. de reb. credit. l. si pupillus 127. D. de verb. oblig.* eiusmodi verò exceptionem esse compẽsationem diximus. Immò neque quidquã refert, quod vsuræ sint diuersæ rationis, hoc est aliæ grauiores, aliæ leuiores, id enim non impediet quominus sortes ipsæ cõpensentur inter se, & proindè sortis per cõpensationem solutæ nullæ debeantur vsuræ siue leuiores, siue grauiores. Isque est sensus *l. idem Iuris 11. de compensat.* Ipsæ verò vsuræ compensari qooque possunt inter se vsque ad quantitatem concurrentem dumtaxat, nam manifestum est grauiores vsuras non posse simpliciter & absolutè compensari cum leuioribus; sic enim fieret iniuria creditori, qui grauiores vsuras fuisset stipulatus; nam grauiorum vsurarum exactio non impeditur, nisi quia compensatio facta est vsque ad quantitatem concurrentem.

Quartò vulgò dicitur compensationem ipso iure imminuere debitum, quod difficilè intelligitur: obseruat itaque Hotman. illud ipso iure ad Prætorem hoc loco, vt sæpè aliàs pertinere, quare qui in ius vocatus compensationem opponit apud Prætorem, si summæ pares sunt, Prætor actionem denegabit, sin autem minor summa est, quantitatem actionis diminuet *l. 7. C. de solution. & l. prædia 28. D. de action. empt.* Si denique eius quod in cõpensationem deducitur, obscura sit ratio, vel exceptionem reus petere poterit, vel si non petat in bonæ fidei iudiciis officio iudicis continetur, qui causa cognita statuet, vtrũ illam admitti aot reiici oporteat; in iudiciis autem stricti iuris compensationon admittebatur neque ipso iure, neque per exceptionem, sed mutua petitione, & recõuentione opus erat. Deinde D. Marci rescripto, etiam in strictis iudiciis permissum est loco mutuæ actionis exceptionem cõpẽsationis à Prætore petere. *§. in bonæ. Inst. de action.* & ab extremo Seueri & Iustiniani instituto compensationis æquitas ipso iure in omnibus iudiciis, vel in rem vel in personã introducta est *l. 4. l. 6. & l. vlt. C. de compensat.*

Competit compensatio, siue compensare potest primò qui inuicem creditor, idemque debitor est, *l. qui inuicem 30. D. de condict. indebiti*, & qui petitoris creditor est, *l. 2. D. de compensat.* 6

Secundò qui creditoris pater aut filius familias est: quia quod filio debetur, patri deberi, & quod huic debetur illi deberi intelligitur, *l. 9. de cõpens.* vbi Paulus. Et sanè is qui cum filiofamilias contrahit, habet filiumfamilias ciuiliter obligatum, *l. si quis 44. D. de pecul.* habet igitur ius retinendi totius debiti per compensationem, etiamsi minos sit in peculio, vt scilicet nõ plus debere patri vel domino existimetur, quàm quod solido debito cõpensato superstit: nam qui compensat, petit quidẽ, sed retinendo & recipiendo, neque nonum est, vt seruetur iure exceptionis, quod iure actionis peti non potest. Deinde licet sint duæ actiones diuersæ quæ creditori filiifamilias competunt, vna aduersùs filium familias in solidum, altera aduersùs patrem de peculio, *l. si quis cũ filiofamilias 44. D. de pecul.* sicut sunt & duo debitores, vnus tamen dũtaxat contractus est, quo vtraque illa actio nascitur; nam ex contractu filiifamilias ad rem peculiarem pertinente, obligatur paterfamilias de peculio, non modò ignorans, sed etiã inuitus, *l. 1. D. de pecul.* Nõ minus igitur permittendũ est filiofamilias conuento in solidum à creditore peculiari compensare id qood creditor patri debet, quàm permittitur eidem creditori conuento à patre compensare solidum, quod sibi à filiofamilias debetur

debetur. Atque ita Pauli rationem in *l.9.§.1. D. de compensat.* explicat & tuetur Anton. Faber contra Accurs. cùm enim vnus idemque sit contractus, ex quo filius principaliter, & pater accessoriè obligantur, filio denegandum non est, vt paterni debiti compensationem obiiciat, cùm eo ipso contractu conuenitur, ex quo si pater conueniretur, posset æquè compensationem obiicere eius quantitatis quæ sibi deberetur; sapienter tamen monet Paul. *in §. cit.* posse filiomfamilias compensare quod patri debetur, si idem filius paratus sit cauere patrem suum ratum habiturum, siue non exacturum quod filius compensauerit, quia hæc exceptio est de iure tertij, nec aliter agentem excludit, quàm si tertius voluerit; neque id genus exceptionis admitti solet nisi constet de tertij voluntate *l.2. D. de except. rei iudic.*

Tertiò competit etiam compensatio fideiussori creditoris, si enim ex fideiussione conueniatur, compensare poterit quod reo debetur non minùs quàm si ipsi fideiussori deberetur, *l.4. & 5. D. de compensat.* quia exceptiones & defensiones omnes quæ reo competunt, si non sint merè personales, sed in rem, competunt etiam fideiussori, *l. exceptiones 7. l. omnes 19. D. de exception. l. defensionem 2. C. eod.* Atqui compensatio est exceptio in rem, vti sæpiùs diximus. Quoties ergo competet reo, competet etiam fideiussori, alioquin beneficium reo factum ipsi eriperetur, fideiussor siquidem soluere iussus regressum haberet aduersùs debitorem actione mandati, vel negotiorum gestorum, *l. cùm lex 46. D. de fideiuss.* Cùm igitur possit reus compensare creditori, quod ipsi reo creditor debet, fideiussori debitoris idem quoque permitti debet compensare quod reo creditor debet, si ad illam summam conueniatur, de qua pro reo fideiussit.

7 Quartò procurator creditoris in rem suam datus, & litem contestatus, compensare potest, *l. in rem 18. D. de compensat.* Inquit, Papinian. quia quisquis procurator in rem suam constitutus est, & litem contestatus est, adeo dominus litis, & rei quæ in litem deducta est, efficitur, vt à dominio reuocari amplius non possit, neque mandantis morte, mandatum eiusmodi finitur *l. illam 33. C. de donat.* Deindè si eiusmodi procurator partem debiti ab eo acceperit, contra quem mandatæ sunt ei actiones, aut si debitori denuntiauerit ne mandanti solueret, in his casibus actiones directæ, quæ penes mandantem adhuc subsisterant, licet in persona eius dorent, inutiles tamen fiunt, & inefficaces, itavt si debitor mandanti ipsi solueret; liberari tamen non posset, quasi facta solutione ei qui creditor esse desiisset, perindè acsi delegatio interuenisset, *l. si delegatio 3. C. de nouat. & delegat.* Si igitur procurator in rem suam constitutus post litis contestationem à proprio creditore conueniatur, iure compensationem obiiciet; quare parum distat inter procuratorem in rem suam constitutum, & ipsum dominum; *l. seruum quoque 33 §. vlt. & l. seq. de procuratorib.* Si verò esset procurator simpliciter & non in rem suam constitutus, poterit quidem compensare, non quod sibi, sed quod ei cuius est procurator debeatur *l. postea quam 21. D. de compensat.*

Quintò creditor compensare non cogitur quod alij quàm debitori suo debet, quamuis creditor eius pro eo qui conuenitur ob debitum proprium velit compensare, v.g. si Titius creditor Sempronij Mæuium conuenientis, velit compensationem obiicere pro Mæuio eius quantitatis quam ipsi Titio Sempronius debet, audiendus non erit, *l. si rem suam 18 §. 1. D. de compensat.* & eius quod alij debetur quàm ei qui conuenitur compensatio obiici non potest, *l. eius 9. D. eod.* quia compensatio est modus solutionis quodammodo fictitius, licèt ex summa æquitate inductus, vt quod vtrimque debetur pro soluto inuicem habeatur ipso iure, hoc autem fingi non potest inter alias personas, quàm quæ sibi inuicem debent, & non inter earum creditores; prius siquidem est vt quis debeat, quàm vt soluisse videri possit, & nemo dixerit debitorem debitoris mei esse meum debitorem, vel creditorem creditoris mei meum esse creditorem: quod tamen non impedit ne inuito tum debitore, tum creditore pro alio soluere possim, *l. soluendo 39. D. de negot. l. solutione 23. D. de solutionibus*: sed alia longè ratio est realis solutionis, alia fictitiæ per compensationem, vt patet.

Sextò denique compensare potest creditoris correus & socius, quod vltimum addo, quia si est socius, non compensat, *l. 10. D. de duobus reis*: quare non potest vnus ex reis debendi compensare quod alteri stipulator debet; si tamen mutua vice fideiusserint, etiamsi socij non sint, rectè vnus pro qua parte tenetur, quasi fideiussor compensat, vt diximus *ex l. 5. D. de compensat.*

Compensare cogitur is qui ei à quo petit, debet; & æquitas compensationis aduersus omnes valet. Ipse etiam pupillus peti compensationem patitur *l. 3. §. 1. D. de negot. gest.* atque adeò à suo tutore *l. 1. §. præterea, D. cont. tut. act.* 8

Compensatio igitur in vniuersum fit quoties actor reo conuento quidpiam debet; cuius vniuersalis regulæ æquitatem & varia exempla dabit *l. neque 6. C. de compensat. l. si propter 8. c. eod. l. Titia 48. D. de solution. l. si ambo 10. D. de compensat. §. bona fidei, Inst. de action.* Itaque id verum est primò in causa etiam iudicati *l. 2. C. de compensat.* vbi dicitur; *Eum qui iudicati conuenitur compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse, nemini dubium est.* Secundò in venditi actione, *l. si ex venditione 7. C. de compensat.* Excipitur dumtaxat fiscus aduersùs quem emptores petitione pretij compensationem obiicere prohibentur. Tertiò compensatio locum habet in stipulationibus, *l. si ambo 10. §. fin. D. de compensat.* quod intelligendum esse de stipulationibus cautionalibus monet sapienter eo loco Anton. Faber, quia illæ actionis instar obtinere dicuntur, quia intercedunt vt noua sit actio, aut non quibusdam codicibus scribitur, *l. 1. D. de stipulat. prætoriis*, vt fiat nouatio: & dicuntur cautionales, quia in illis tota stipulationis cautio consistit, perimunt enim actionem quæ competebat, ita tamen vt eius naturam induant, & repræsentent; vnde & instar actionis habere dicuntur, *l. 1. §. cautionales, D. de stipulat. prætor.* & *l. non solùm 20. D. rem ratam haberi*, quod fusiùs docet idem Faber. *lib. 3. coniectur. cap. 1.* Sicut igitur actionibus omnibus potest opponi compensatio, ita & stipulationibus cautionalibus quæ solæ vicem actionis obtinent, & de quibus solis loquitur *in citato §. fin. l. si ambo. D. de compensat.* Quare iure suspicatur idem Faber verba illa, *id est prætoriis*, quæ in eo §. velut cuiusdam interpretationis loco inseruntur ex imperito quodam Glossatore translata fuisse, qui non 9

animaduertit solas cautionales stipulationes actionia instar obtinere, & omnes Prætorias non esse cautionales, quãuis omnes cautionales Prætoriæ sint, cũ dẽtur à Prætore: stipulationes siquidẽ Prætoriæ diuidũtur in iodiciales, cautionales, & communes, *l.1.D.de stipul.prat.* volt. igitur Vlp. *in cit.* §. ex Iuliano, non tantùm in actione ex stipulatu quæ datur ex qualibet stipulatione, sed ex ipsa etiã stipulatione cautionali opponi posse cõpensationem, & si quis vrgeatur apud Prætorem ad interponendam eiusmodi stipularionem, poterit compensare, siue compensationem obiicere, alioqui simpliciter in stipulatione non potest obiici compensatio, quia stipulatio contractus est, & non actio, quamuis illa nascatur ex tali contractu, eaque duplex, nimirum condictio certi, si stipulatio fuerit certi, aut ex stipulatu, si sit incerta: illi autem deindè actioni opponetur compensatio, non ipsi stipulationi, nisi vicem actionis habeat, cuiusmodi sola est cautionalis, vt dixi, solis autem actionibus obiici compensationem indè constat, quia compensatio non obiicitur nisi per modum cuiusdam exceptionis, aut mutuæ petitionis: non potest autem esse exceptio nisi sit actio, quæ nihil aliod est quàm actionia exclusio, *l.2.& 3.D.de exceptionib.* mutua quoque petio non est, vbi nulla est petitio, & actio, vt constat. Quartò habet quoque locum compensatio, quoties aliquis ex maleficio conuenitur, putà ex causa furtiua, & noxali iudicio, si de re pecuniaria agatur, *l.10.§.quoties.D.de compensat.* Dixi vero quoties ex maleficio agitur ad pœnam pecuniariam, & ciuiliter, non verò si agatur criminaliter ad vindictam publicam: nam pœna pecuniaria ad priuatam potius quàm ad publicam pœnam pertinet, *l.si quis iniuriam 35. D.de iniur.l.1.§. vlt.D. de pœnis.* Si igitur de pœna furti siue dupli, siue quadrupli agatur, locus erit compensationi. Eadem de causa in condictione furtiua poterit obiici compẽsatio, quia ex illa condictione neque ad pœnam, neque ad vindictam criminis agitur, sed ad rem ipsam furtiuam, vel eius æstimationem, vti diximus aliàs: quare non fit compensatio debiti sed pecuniæ, siue condemnationis pecuniariæ, cum pecunia. Neque ex ea causa furtum manet impunitũ, quia condictio furtiua, & vindicatio rei furtiuæ, nihil prorsus habent cũ persecutione criminis *l.si pign.54.§.cùm furti.D.de furt.*

Denique in noxali iudicio & actione datur compensatio, quia cùm noxales actiones dentur ad pecuniariam condemnationẽ, quamuis si dominus malit ad vitãdam eam condemnationem, seruum noxæ dedere, id ipsi permittit Lex XII. Tab. vt disertè habet *l.miles 6.§. decem, D. de re iudic.* Fiet igitur compensatio pecuniæ cum damni & litis æstimatione, quæ perpetuò in pecunia consistit.

Quintò etiam id quod natura debetur venit in compensationem, *l.etiam 1.D.de compensat.* Sextò in actione quoque de peculio, *l.debitor.19.D.eod.* Septimò in actione de venditione, si quid in illa indebitè soluisti, *l.quoniã 10.C.eod.* Octauò quod in diem debetur, si dies adueniat, aut si fuerat dũtaxat adiectus non obligationis sed solutionis tantùm fauore, *l.quod in diẽ 6.& l.si cùm 16.§.cùm intra, D.de cõpens.* Nonò quod certo loco debetur, alio poterit compensari, sed cum sua causa, id est, vt ratio habeatur quanti sua causa interfuerit, eo loco quo conueneras, pecuniam non dari, quod sapienter monet Iauolen. *in l. pecuniam 15. D.de compens.* Decimò denique potest & qui de debito in lite contestatus est cõpensare ne conditio actoria post contestationem fiat deterior, eo quòd in debito persequendo fuit diligentior. Ita Caius *l. 8.de compens.* Et sanè iura subueniunt vigilantibus, non dormientibus, & negligentibus *l. pupillus 24.D.quæ in fraud.creditor.*

Plures porrò casus sunt in quibus non datur compensatio. Primò in casu depositi, *§.bona fidei. Inst.de action.l.vlt.C. de compensat.l.si quis 2.C.deposi.* Secundò in causa commodati, *l.vlt.C.de cõmodato*, cui tamen non videtur consentire *l.in rebus commodatis 18.§.fin.D.commodati.* Sed eam antinomiam sapienter sustulit Paci. nam non potest commodatarius vti compensatione, vt rem sibi commodatam retineat. Primò quia tunc restituitur eadem species, *l.2.D.de rebus credit.* Atqui species non admittit compensationem, *l.si non sortem 36.§.si centum. D. de condict.indeb.l.si conuenerit 18. D.de pignor.action.*

Secundò quia compensatio opponitur petenti quod sibi debet, non repetenti rem suam, quod constat ex eius definitione initio allata, *res verò commodata manet in dominio commodantis, l.rei 8. & l.9.D.commodati.* Non potest igitur commodatarius obiicere compensationem, eoque prætextu rem commodatam retinere, sed ad ipsius restitutionem obligatur, quod affirmat *l.vlt.C.cõmodati.* Si tamen in pecuniam condemnandus sit, quia v.g. rem illam peiorauit, *l.vnde 7.§.1.l.in rebus 18. D.eod.* vel quia contra eum in litem iuratum est, *l.3.§.in hac actione. D. eod.* iure compensationem opponet, per quam id seruabit, quod contrario iudicio petere potuisset; idque vult *l. in rebus 18. §.fin.D.commodati.*

Tertiò quoties agitur interdicto vnde vi, vel simili actione, non opponitur compensatio *l.vlt.§. fin.C.de compens.* quia possessionem alienam perperam occupantibus compensatio non datur: odio nempe inuasionis & spoliationis, quam semper exosam habet legislator, *l. meminerint 6. l.si quis in tantam, l.si quando 9.C.vnde vi.*

Quartò ob negotium copiarum expeditionis tempore, mandatum, non datur compensatio, *l.ob negotium 20. D.de compens.* quod fauore publicæ annonæ & frumentariæ adeò necessariæ, constitutum est. Eodem pertinet cùm ciuitas agit ex calendario, vel ex vectigalibus, vel ex frumenti oleiue publici causa, vel ex tributorum, alimentorũ causa, vel ex statutis sumptibus, aut fideicommisso ciuitati relicto, non datur compẽsatio: quæ omnes causæ numerantur *in l.in ea 3. de compens.* condemnatus tamen quod ædilitatis tempore arctiorem annonam præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non videbitur, & ideò compensationem habebit *l.ideo 17.D.de compensat.* plurimùm enim distat pecunia frumẽtaria ab ea quæ debetur ab ædili condemnato propter præstitam annonam arctiorem; pecunia enim frumentaria datur curatori rei frumẽtariæ ex ærario publico ad frumentum comparandum, ac proindè publica pecunia est, ideóq; cõpensari nequit. Pecunia verò quæ debetur ab ædili pœnæ nomine, eo quod in præbẽda frumẽtaria annona malè versatus sit, non est publica, sed priuata, & ex priuatis ædilis facultatibus. Ea enim fuit inter curatorem rei frumentariæ, & ædilem differentia, vti obseruat Cuiac. *lib.2. obseruat.cap.23.* quod curatori pecunia daretur ex publico, ex qua annonam compararet; quod vt faceret, aut eam sibi retineret, & in suos vsus conuerteret, fur erat publicus, & puniendus, neque eiusmodi pœnam poterat compen

compensatione declinare. Ædili verò non dabatur pecunia, sed ipsa annona ciuibus viritim distribuenda, in quo si peccasset, pœna pecuniaria damnabatur, cui, vt & ciuiliter pecuniæ priuatæ compensationem obiicere licebat. Vnde quoque colligit Cuiac. & eum secutus Anton. Faber. in Pandectis Florentinis *in l. ideò 17. citata*, rectè legi *adilitatis tempore*, nec mendosè emendare à quibusdam apud Accursium, *edulitatis*.

Quintò frustra obiicitur compensatio alij actioni, quàm cui destinata & opposita est *l. quod Labeo 13. D. de compensat.* quia cùm debitor qui conuenitur paratus esse debeat compensare, vt dicitur *l. 2. D. eod.* hoc est si compensationem obiicere velit, quia fortassis maluerit soluere, non potest ea summa videri compensata, siue per compensationem soluta nisi cuius petitioni destinata fuerit compensatio.

Sextò quando quod compensatur alij quàm reo debetur, inutilis est compensatio: neque creditor cogitur compensare quod alij quam debitori suo debet, quamuis creditor eius pro eo qui conuenitur ob debitum proprium velit compensare *l. in rem suam 18. §. creditor, D. de compensat. & l. eius 9. C. eod.*

Septimò si ex duabus rebus quam reus velle potest, nondum vnam elegerit, non dabitur compensatio, *l. si debeas 22. D. de compensat.* vt ait Scæuola, quia nihil compensari potest nisi quod solui iam potest. Atqui eùm quis decem aur hominem promisit, vtrum aduersarius siue creditor velit, non potest scire debitor vtrum possit soluere priusquam creditor elegerit cum expressa conuentione, & creditor electionem sibi reseruarit. Expectanda igitur erit electio creditoris antequam compensatio fieri possit.

Octauò debitum liquidum & non dubium esse debet vt compensetur, *l. vlt. C. de compensat.* maximè id verum est iure Gallico, in quo de liquido ad liquidum fieri debet compensatio, quod fusiùs tractat Molinæ. *de vsuris n. 323.* Itaque censuit Senatus anno 1616. die 30. Ianuar. vti refert Mornaci. *ad l. 3. D. de compensat.*

Denique quando alterius stationis debitum compensari non potest quàm eius cuius debitum petitur, *l. 1. C. de compensat.* quod vt intelligas explicanda est *l. 1. C. ne fiscus rem quam vendidit euincat*: vbi prohibetur ne fiscus quod bona fide addixerit, retrahat; & vt si vna statio addixerit, retrahat. Huius vocis, *statio*, plures significationes dabit Fugerus in ethymologico, certū est sæpius sumi pro loco vbi statur, hinc milites stationarij Vlpiano dicti, & Tertulliano stationes, loca in quibus Christiani conuenirent. Eruditè verò obseruat Cuiaci. *in l. 1. C. ne fiscus*, stationes esse mansiones in quibus officia fiscalia consistunt *l. 1. C. de compensat. l. 2. de solution.* vbi pro rationibus legendum stationibus. Et in Nou. 19. duo fiscalia debita sic accipiuntur duorum fisci stationum debita *l. 1. cit.* Græci legunt ὁ δημόσιος ἐν διαφόροις ἐπαρχίαις ἔχει τοὺς πρεσῶντας τῶν αὐτοῦ πραγμάτων, καὶ λέγεται ἑκάστη φροντὶς στατίων; fiscus in diuersis prouinciis habet præfectos qui rerum ipsius satagant, & vnaq æque cura dicitur statio. Itaque debitum vnius stationis compensari non potest cum debito alterius stationis. De huius legis mente plura interpretes quos indicat Mornac. *ad l. 1. C. de compensat.* quæ satis tamen clara monet ex aliis Cuiacij obseruatione. Moneo tamen quod ibidem habet Mornac. de vsu Gallico in hac quam fingit specie. Susceptor tributorum generalis in centum aureorum summam reliqua traxit in fiscum. *Par l'estat final de son compte est demeuré redeuable de cent escus enuers le Roy.* Ille ipsemet susceptor eiusdemque stationis & curæ; *Contant de la même charge & nature de deniers.* Anno insequenti rationes apud eosdem ratiociniorum magistros reddit; relinquaturque tunc erga illum fiscùs in summam aureorum similem, puta in centum. Ea causa summa vtraque compensabitur libello ipsismet Iudicibus porrecto. Accipe & aliā huius legis speciem. Susceptor generalis, cui in totum non satisfecerunt susceptores vicarij seu particulares in reddendis rationibus, reliquator est certæ alicuius pecuniæ ob calamitatem aliquam publicam propter quam Princeps tributa remiserit, datis ad hoc liberatoriis codicillis qui ab eadem ratiociniorum Curia confirmati sunt, *Lettres de descharges, ou d'affranchissement verifiées en la Chambre, & certifications de non soluto rapportées.* Eo casu non compensationi qua nihil susceptori à fisco debetur, sed receptioni *reprise*, locus dabitur. secus verò si redditarum rationum diuersa causa sit, veluti si vnus, idemque susceptor non tantùm de tributis solitis ac ordinariis ponat calculum, sed & superindicto militari, facto nimirum ad stipendia militum; *Fit compte tant des tailles, que du taillon qui est affecté au payement de la Gendarmerie*: frustra susceptor docebit sibi deberi à fisco ex causa superindicti, cùm nihil alterum cum altero commune habeat, sed speciale sit inter summarum illarum præstationes discrimen, vt vitetur in rebus diuersis confusio, nihil prorsus ex eo susceptori compensabitur. Denique cùm in vniuersa Gallia sint viginti duæ stationes fiscales, quas vocant generalitates, *Bureaux des Thresoriers generaux de France, Bureaux des Receueurs generaux & particuliers*: numquam nisi ex eadem statione admittitur in reddendis rationibus, seu receptio, *reprise*, seu compensatio. Quæ omnia paulò fusiùs ex ipso Mornacio referre placuit, vt vsum Gallicum huic *leg. C. ne fiscus*, magna ex parte consentire doceremus, & nunquam confundi diuersas administrationes, & separatorum separatam esse rationem oportere: sapienter enim Plin. *lib. 9. epist. 4. Et discrimina ordinum, dignitatumque custodias, quæ si confusa, turbata, permista sint, nihil est ipsa æqualitate inæqualius*, & Cassiodor. *lib. 7. ep. 27. confusio culparum amica.*

Duæ tamen hoc loco restant difficultates. Primò an obiiciens compensationem, censeatur eo ipso fateri debitum sui creditoris: negant enim Felin. *in cap. venerabilis, num. 2. de exception.* Fachinæ. *lib. 2. contron. cap. 5.* quia regula iuris est *cap. exceptionem de regul. iur. in 6. & cap. venerabilis, de exception. & l. non vbique, D. de exceptionib.* Eum qui exceptionem opponit, non idcircò fateri id circa quod excipit, siue non fateri intentum aduersarij. Et sanè non aliud intendit excipiens quàm excipere, alioquin fieri ipsi præiudicaret, si excipiendo fateretur intentum aduersarij. Porrò compensationem esse dumtaxat exceptionem quā summouetur actoris petitio, iam pridem nobis constat.

Nihilominus existimo cum Ferdinando à Castro Palao, *disp. 1. de iustitia, punct. 16. §. 2. n. 3.* cū aliis prudenti

prudentibus Iuris quos refert, obiicere compensationem, esse fateri debitum aduersarij, quandoquidem vt initio definiebamus cum Modestino, compensatio est debiti, & crediti contributio; qui itaque compensationem opponet necessariò creditum & debitum opponit. Et sanè debitum quod non est, in compensationem venire non potest, neque per illam elidi, aut allegari, licet verò exceptio non fateatur formaliter intentum aduersarij, virtualiter tamen, & per quandam veluti consequentiam necessariam id facit, cur enim non negat petitionem actoris, & debitum hoc loco, sed solutum per compensationem obiicit.

12 Altera difficultas, an qui promisit se soluturum debitum, possit adhuc vti compensationis exceptione, maximè si suam illam promissionem iuramento sanxierit. Nam videtur eiusmodi promissio esse contra bonos mores, & contra legem quæ compensationem concedit, cui priuata promissio derogare nequit. Deindè non potest obligari ad soluendum debitum quod iam debito tui creditoris extinctum, & solutum est, id verò contingit, quoties compensationem potes obiicere, quia compensatio ipso iure debitum æquale extinguit. Quod verò additur de iuramento, illud quoque non poterit obligare ad seruandam promissionem quæ nulla est, & cuius validitatem omnino supponit.

Resp. In primis quoad simplicem illam promissionem, eam validam esse, ita Molin. *tract.* 2. *disp.* 560. & Ferdinand. à Castro §.2. *cit. n.* 15. quia promissio de soluendo debito, quod tamen compensari posset per aliud debitum, neque est de re impossibili, neque de re iniqua, quandoquidem ipsum ius ciuile pluribus in casibus quos superiùs enumerauimus negat exceptionem compensationis, cur igitur debitor illi exceptioni renuntiare non poterit, vel potiùs ea non vti; non potest enim, vti sæpiùs diximus, facere sua renuntiatione, vt illi non competat ex beneficio legis ius hoc compensandi, si velit compensare; potest tamen nolle vti hoc iure & beneficio, & nolle compensare, vti posset si vellet, atque ad non compensandum se sponte sua obligare, cur igitur si ita promiserit sua promissione non obligabitur, & conuentionem factam non seruabit.

Posita verò validitate huius promissionis non video cur iuramentum de illa seruanda non obliget, & quomodo sine periurio possit quis nihilominis vti compensatione: quæstio itaque quam latè versat Ferdinand. §.2. *citato*, non est de iuramento confirmante promissionem soluendi, & non vtendi compensatione, sed de iuramento dumtaxat soluendi debitum absque mentione compensationis, de qua fortassis nequidem cogitauit, vtrum deindè possit illud debitum quod iurauit se soluturum, compensatione perimere, in qua quæstione existimo posse vti compensatione, modò illam in sua promissione & iuramento non excluserit, quia reipsa soluit compensando debitum, ex communis iuris dispositione, & communi vsu ac praxi, ergo facit quod promiserat atque iurauerat se facturum, nimirum se soluturum. Si verò iurauerat se soluturum, & non vsurum compensatione, soluere omninò debet, & non vti compensatione, vti iam monui. De priore verò casu loquuntur qui dicunt iurantem se soluturum, posse vti compensatione, quos sequitur Couart. *in cap. quamuis pactum*, 2. *part.* §.4. *n.* 9. Ioan. Medina, *C. restitut. q.* 3. *causa* 12. Petrus Nauarr. *lib.* 3. *de restitut. cap.* 1. *num.* 339. Andræas Fachinæ. *lib.* 1. *controu. cap.* 7. Molina *tract.* 2. *disp.* 560. Ferdinand. à Castro, §.2. *citato num.* 17. & alij; neque quidquam interest quod debitum in compensationem datum contractum fuerit ante, aut post iuramentum.

ARTICVLVS IX.

De compensationibus occultis.

Status quæstionis. 1.
An compensatio ista sit licita. 2.
Conditiones ad hoc necessaria. d. 3.
1. *Debitum sit ex iustitia. ibid.*
2. *Debitum sit certum.* 4.
3. *Fiat minimo debitoris damno.* 5.
4. *Ne tertio noceat.* 6.
5. *Res quæ accipitur sit debitoris.* 7.
6. *Non fuerit commodata creditori.* 8.
7. *Fiat in re eiusdem speciei.* 9.
8. *Debitum contractum iam sit.* 10.
9. *Non possit aliter recuperari.* 11.

Compensatio quam explicuimus superiori articulo vsui maximè est in foro externo, 1 est enim exceptio qua creditor petens suum debitum summouetur à debitore qui obiicit illud debitum peremptum esse & solutum manere per aliud debitum æquiualens quo creditor, & actor tenetur suo debitori & reo, qui proinde eius actionem, & petitionem reiiciendam esse contendit apud iudicem si apud illum conueniatur. Alia verò est compensatio quæ non est exceptio, cùm in ea nulla actio creditoris, aut petitio interueniat, neque proinde debitoris exceptio; per eam tamen creditor rem suam, aut sibi debitam inscio plerumque debitore accipit, atque ita damnum quod ex retentione rei, vel sibi debitæ patitur, clam, & occultè compensat, quod fieri potest tribus modis. Primo retinendo rem alienam pro re sibi debita. Secundo accipiendo rem suam, siue sibi debitam à debitore, illo inscio. Tertio mutui & inuicem debiti compensatione, nempe retinendo rem quam debes, v.g. Titio, pro re æquiualenti quam Titius tibi debet. De triplici ista compensatione agimus hoc loco, nam ipsa licita sit aliquando, & quandonam, & primò quidem Henricus Gandau. *quodl.* 6. *q.* 2. existimauit licitam esse retentionem rei alienæ quæ apud te est pro re tua, vel tibi debita, quoties illam non potes recuperare, aut non nisi cum maximis difficultatibus, non tamen licitam esse acceptionem eiusdem rei alienæ apud dominum existentis pro re tibi debita, inscio & inuito debitore, neque 2 alia ratione dici posse licitam esse compensationem, quia nefas est propria authoritate iniuriam iniuria compensare, vel iniuriam quam ab aliquo passus es, illi reddere. Infers verò iniuriam domino cuius rem ipso inuito contrectas, quamuis ille similem tibi iniuriam inferat dum rem tuam, aut tibi debitam, contra tuam voluntatem retinet. Hæc porrò Henrici sententia quoad compensationem per acceptionem rei alienæ, cum aliter te indemnem conseruare non potes, neque rem tibi debitam recuperare, singularis est, & falsa. Ita Vasq. *opus. de restit. cap.* 8. §. 1. *dub.* 8. Mol. *tractat.*

tractat.2.disp.690. & 691. Sotus *lib 5.de institut. q.3.art.3.* Less. *lib.2.cap.12. dub.10.* Lugo *de iustit.disp.16.num.86.* Valent. *tom.3.disp.5.quaest.10. punct.5.* Rebell. *lib.5.q. 18.* Delcastillo *lib. 2. de iustitia. tract.2.disp.9.dub.6.* aliique innumeri: neque fit iniuria debitori illata, sed iusta defensio
2 qua repello iniuriam quam mihi continuò infert debitor iniuste retinendo rem meam, vel mihi debitam: ego verò vtor iure meo. Ad hanc verò compensationem siue per retentionem, siue per acceptionem rei alienæ requirunt Doctores plures conditiones vt licita existat, & omnis iniustitiæ sit expers, quas placet expendere.

3 Prima est vt debitum quod sic compensatur, debeatur ex iustitia, & non ex gratitudine tantum, aut quopiam alio titulo, contra Petrum Nauarr. *lib.3.de restit.cap.1.num.376. & num.393.* quia quod non debetur ex iustitia, non supponit in creditore ius proprium & rigorosum illud petendi, ergo multò minus ius illud sua authoritate capiendi, tunc enim creditor non habet verum ius in personam, aut in rem debitoris. Faciet itaque illi iniuriam si res illius sibi vel sumat, vel retineat ipso inuito. Deinde quænam fingi potest, eo casu, compensatio rei debitæ, cum nihil debeatur, quod vero obiicit Nauarr. non esse opus iure iustitiæ ad accipiendam rem alienam, vt patet in extrema necessitate in qua licet per acceptionem rei alienæ inuito etiam domino, sibi succurri, non vrget quia in ea necessitate irrationabiliter est inuitus dominus, & omnia censentur communia ex quadam subintellecta conditione in prima rerum diuisione, per quam dominia & proprietates rerum ex sua natura communium inducta est, seclusa nimirum extrema necessitate, ne diues priuaret eo casu indigentem re sibi aliàs communi. At verò in nostro casu dominus cuius rem contrectas ratinnabiliter inuitus est, cùm nullum in illam ius habeas, nibilque ille tibi debeat ex quo verum aliquod ius in illum tibi arroges, alioquin quisquis aliqua in re aliam obstrinxisse & demeruisse gratia, beneuolentia, & obsequiis fingeret, eius rem captare in compensationem posset, quæ esset magna rerum omnium perturbatio, & via latrociniis aperta.

Qui igitur aliqua liberaliter beneficia aut obsequia contulit quæ gratitudinem & gratiæ repensionem merentur, si tamen ille ingratus sit, non poterit acceptione rerum ingrati hominis sese compensare, quod verum esse dixit Delcastillo *disp.9.cit.n.109.* etiamsi eiusmodi forent illa tua beneficia vt iudex compulsurus esset ingratum illam gratiam rependere, quia donec illum damnaret, nihil tibi ex iustitia debetur, vti debebit post latam aduersùs eum sententiam, quam si non exequatur, erit tibi locus compensationi eadem ratione qua in cæteris debitis ex iustitia.

Hinc etiam sequitur non posse famulos qui scientes aut volentes nullo aut exiguo pretio promisso conuenerunt de famulitio exhibendo, non posse inquam ex bonis heri præstita obsequia ipso inscio, vel inuito compensare.

Non poteris etiam à mutuatario cui sæpius mutuo dedisti pecuniam, clam accipere mutuo similem pecuniam, quamuis tua mutuatione ipsum beneficio deuinxeris.

Denique si tibi pœna pecuniaria debeatur ab alio duntaxat post sententiam iudicis vti contingit ordinariè, non poteris te compensare, sed solùm vbi sententia lata fuerit, si tibi non præstetur, aut si pœna incurratur ipso facto, aut ab ipsa lege applicata tibi fuerit, tunc enim illam, sicut & alia debita seruatis reliquis compensationis conditionibus tibi compensare poteris.

Secundò ad licitam compensationem exigitur vt debitum quod compensatur sit liquidum & certum, iniquum enim foret pro debito incerto solutionem certam exigere, cum in dubio melior sit conditio possidentis, & quamuis hanc conditionem Doctores passim admittant, non videtur tamen carere graui difficultate vbi agitur de dubio positiuo in quo creditor habet quidem rationes probabiles rem sibi deberi, & debitor quoque habet alias ad credendum oppositum, neque id ignorat creditor, in hoc igitur dubio vel potius opinione probabili difficultas est an qui se compensat eam debeat habere certitudinem de suo debito, vt excludat omnem incertitudinem; & consequenter probabilitatem contrariæ opinionis, neque plerique Doctores id satis explicant, sed solùm dicunt requiri certitudinem humano modo, licèt non infallibilem: ita Rebell. *lib.2.quaest.18.num.4.* Alij verò videntur dubium illud excludere, quod probabile vocauit Molin. *tract.2.disp.691. num.1.* & ait cum illo dubio probabili compensationem eiusmodi esse mortalem contra iustitiam. Vasq. *de restitut.cap.6. §.3.dub.5.num.83.* fusiùs id explicat, aitque in dubio vel iuris vel facti, circa dominium & verum titulum rei, rem debere esse possidentis quamdiu iudicum arbitrium non interuenit, eaque de causa se docuisse ex communi sententia *in eodem opusculo cap.5. §.1.dub.8. num.40. & 41.* quando debitum est dubium, nefas esse aliquid in compensationem accipere, quia sicut ipse se vult immunem seruare, ita exponit se periculo accipiendi quod aliàs non est debitum, atque adeo peccandi, quare, vt ait Nauarr. *cap. 17. num.117.* tenebitur acceptum restituere, quia eo ipso quod dubium est, æquè competebat possidenti sicut accipienti, & prætere possessio conueniebat habenti, qua immerito fuit spoliatus, postulatque æqualitas vt in eandem possessionem restituatur. Additque Vasquez *cap.illo cit.num.43.* nequidem possidentem in hoc casu partem rei, de qua dubitatur teneri dare alteri qui eam cum eo dubio petit, neque ille eam à possidente totam, vel partem eius clam accipere tenetur, alioquin totam & in pristinò statu restituere debebit possidenti, quia in eo consistit æqualitas iustitiæ vt quandiu euidenter, aut per sententiam iudicis non constat, possessor sibi rem retineat, cum quoad dominium vtrinque sit dubium iuris & facti, & aliunde qui iam bona fide possidet, certus est se possidere, & paratus est vbi de dominio constiterit, illam ipsis restituere, non peccat igitur neque se peccandi periculo exponit rem retinendo, illi enim certò conuenit possessio, quæ alio titulo quam dominij haberi potest, de dominio verò nō constat modò. Adde quod si iste possessor in hoc casu, vel rem, vel partem alteri restitueret, exponeret se periculo illam amittendi, licet deinde constaret suam fuisse, donec igitur per iudicem aliud constet postulat iustitia vt certus de possessione rei ipsam retineat, atque hoc sensu in dubio vel pari causa turpitudinis, melior est conditio possidentis; quare qui dubius est an alius ab ipso licito contractu pecuniam acceperit non potest in illo dubio iuris quidpiam in compen-

sationem datæ pecuniæ accipere, quia ille alius possidet, & non potest possessione sua spoliari, nisi per iudicem. Vides igitur Vasquem exigere certitudinem sui debiti, & non solam probabilitatem vt quis illud debitoris rem accipiendo compensare possit. Idem affirmat Sanch. *lib.6.in Decalog.cap.3.num.7.* & *lib.4.consil.cap.1.dub.14. num.12.* Soar. *lib.5.de.legib.cap.18.n.20.* Villalob. *tom.1.tract.1.difficult.17.n.7.* idem omninò sentire videntur vt & reliqui qui communiter requirunt certitudinem ad compensationem debiti. Verum quamuis ea doctrina in vniuersum passim afferatur, in casibus tamen particularibus difficilis est & ab illis ipsis doctoribus qui illam tradiderant non satis sustinetur, neque consequenter ad sua illa principia loqui videntur, quare tota huius quæstionis resolutio pendet ex vniuersaliori alia doctrina de operatione ex opinione probabili, quãdo nimirum ex ea liceat operari, vbi de tertio eiusque damno agitur, quod fusè tradimus in nostra scientia canonica, interim adi Lugo *disp.7. de pœnit.sect.15.* Ioann. Sancium *disp.33.disp.43. & disp. 44.* & alios. Obserua autem quoad nostrum casum de compensatione sui debiti, cum Lugo *disp.16.de iustitia numer.97.* duplicem esse probabilitatem, remotam & proximam. Primam ait versari circa fundamentum siue materiam operationis. Proximam circa ipsum licitum, *vt licitum.* Hoc est, vt ego interpretor, circa honestatem operationis, siue illam esse licitam & honestam hîc & nunc, & in talibus circunstantiis: v.g. si probabile sit rem quam possidet Petrus tuam esse, quia pluribus ex notis & coniecturis probabiliter iudicas eam esse illam ipsam quæ tibi sublata fuit, vel quia habes quoque non leuia indicia Petrum ipsum tibi eam subripuisse, ita vt neque temerè, neque leuiter sic sentias, habes probabilitatem sed remotam tantùm, quia nondum habes iudicium vltimum quo probabiliter iudices rem illa posse à te licitè capi. Hoc verò iudicium appellat Lugo probabilitatem proximam, quia versatur proximè circa ipsam operationem, rei nimirum quam probabiliter iudicas esse tuam, recuperationẽ siue compensationem de qua disputamus. Possunt verò istæ probabilitates seiungi, quia quamuis non detur probabilitas proxima sine remota quæ est fundamentalis & radicalis, quam deinde probabilitas proxima supponit, cum in ipsa fundetur, siue ex illa oriatur, poterit tamen tamẽ probabilitas remota reperiri sine proxima, quæ non necessariò nascitur ex remota, licet eam, vt dixi semper supponat. v.g. probabile est rem tuam possideri à Petro, aut illum tibi aliquid debere, non statim tamen, & necessariò sequitur probabile esse posse te illum spoliare possessione rei quam probabiliter existimas esse tuam, quia vel ex lege, vel ex natura rei ipsius, nefas erit spoliare possessorem: & illi ipsi qui dicunt probabile esse rem illã esse tuã, non idcircò dicunt condemnari posse Petrum ad illam tibi reddendam, aut te priuata authoritate Petrum sua possessione spoliare posse, siue quia leges eam spoliationem prohibent, siue aliis ex causis. Ex quibus intelliges quod docent Suarez *lib.5.de legib.cap.18.n. 20.* & Sanch. *lib.2. in Decalog cap.3. n.7.* nullum posse priuata sua authoritate sibi rem quam alter possidet accipere, quamuis probabilius iudicet rem illam esse suam posse tamen eam accipere si habeat & sequatur opinionem asserentem fas esse in illo casu possidentem spoliare, vbi vides duo esse iudicia distincta probabilia, alterum est rem vnam à Caio possideri, alterum te posse Caium eius rei possessione spoliare. Primũ illud iudicium est tantum remotum & fundamentale principium operandi, sed non est proximum & immediatum licet necessarium, non enim ambigeretur an posses Caiũ spoliare possessione quam habet nisi supponeres illam esse tuam. Non statim tamen sequitur te posse tem illam tua authoritate capere, & possessorem ea priuare, nam potest iusta de causa eam possidere, quandoquidem dominium & possessio diuersa & separabilia sunt. Ad recuperationem igitur illã rei tuæ, & ad priuandum possessorem necessarium est, vt iudices te posse licitè illam rem tua authoritate capere, atq; recuperare, eiusque possessorem spoliare: quæ omnia veriora sunt vbi non agitur de re tua vindicanda, sed de re tantum tibi debita capienda vel potius compensanda, quia res tibi debita, tua non est manetque in dominio, & non tantum in possessione alterius vt constat, vt igitur aliquid capias à Titio quod æquiualeat debito quod contraxit, centum v g. Ludouiceis quorum tibi debitor est, duo iudicia necessaria prorsus sunt, primum vt certò tibi constet Titium tibi debere illos centum Ludouiceos. Alterum vt iudices probabiliter tibi fas esse hic & nunc vel similem summam, vel aliquid quidpiam quod illi æquiualeat accipere à Titio debitore non soluente, in compensationem summæ tibi debitæ. Distinguit præterea ibidem Lugo cum communi, probabilitatem circa factum & circa ius, & tandem concludit probabilitatem circa ius necessariam esse ad licitè operandum, & præterea illam esse sufficientem, quia illa est iudicium vltimum, atque adeo proximum & immediatum principium: quæ omnia fusius à nobis, vti iam monui, disputabuntur in scientia canonica. Impræsentiarum verò dico certitudinẽ debiti quam ad licitam cõpensationẽ magno consensu Doctores exigunt, non esse vti sapienter iidem monent, omnimodam & infallibilem, sed probabilem vtràque illa quam descripsimus probabilitate tum fundamentali & remota, tum proxima, ita vt non modo probabiliter iudicemus rem esse aut nostram, aut nobis debitam, sed etiam nos in hoc casu, istisque circunstãtiis posse licitè propria authoritate eam recuperare, aut aliam æquiualentem siue capiendo, siue retinendo compensare, & idcircò non est attendenda tantum probabilitas debiti, quo nobis obstringitur debitor, sed præterea expendendæ sunt conditiones quas tum iura, tum ipsa naturalis æquitas, atque communis Doctorum consensus ad licitam eiusmodi compensationem occultam inscio, & inuito debitore faciendam requirunt, vt inde formetur illud iudicium; licet mihi in hoc casu debitorem re spoliare, & meum debitum compensare, aut rem meam mihi vindicare, alioquin peccabit hic creditor etiam contra iustitiam cùm faciat iniuriam debitori, quem vel re sua priuat, vel spoliat possessione contra iuris ordinem. Vtrum verò teneatur ad restitutionem rei quam in compensationem accepit, dicam inferius. Percurrendæ igitur nobis sunt reliquæ licitæ compensationis conditiones.

5 Tertio itaque requiritur vt compensatio fiat quam minimo debitoris damno, quod duplex hoc loco fingi potest. Spirituale vnum, ne cùm inscius sit compensati debiti quo tenetur, perseueret in mala fide illud retinendo & non soluendo; temporale.

porale alterum, ne deinde ignorans iterum soluat, aut ne in compensationem accipiatur aliquid supra debitum, idcóque monendum esse debitorem de ablata illa obligatione qua tenebatur, quod non difficulter fiet fingendo aliquam condonationem, ad hanc verò monitionem obligant aliqui compensantem ex iustitia, sed veriùs docent Valentia *de iustitia disp. 5. q. 10. punct. 5.* Molina *disp. 691. numer. 1.* Nauar. *capit. 17. num* 133. Less. *capit. 12. numer. 57.* Delcastillo *lib. 2. tract. 2. disp. 9. num. 101.* Lugo *de iustitia disp. 17. numer. 87.* teneri duntaxat ex charitate, atque adeo vbi non poterit sine graui suo damno aut periculo monere debitorem de facta solutione aut compensatione, poterit eam monitionem omittere: & sanè eiusmodi licita compensatio non est causa cur debitor perseueret in peccato retinendi & non soluendi debitum, quandoquidem illud eodem modo retineret etiamsi non fieret compensatio, & cùm existimet non esse factam, adeóque se teneri, illud tamen non soluit, neque soluere vult: damnum verò temporale secundæ solutionis quod incurrere poterit debitor non potest imputari creditori qui vtitur iure suo, & non intendit damnum debitoris, sed suum impedire, vel reparare modo licito, quidquid verò inde sequatur debitori eius reus dici nequit, alioquin si centum Ludouiceos sibi debitos licitè acciperet vnde contingeret vt debitor non emeret mercem quam destinarat, & ex qua lucrum ingens fecisset, aut non solueret importunum & acerbum creditorem qui ipsum in carcerem compingi curaret, horum damnorum causâ compensatorem istum facere liceret, quod tamen nemo, opinor, affirmabit. Denique non aliud damnum debitoris faceret compensanti tribuere quàm periculum secundæ solutionis ab ipso debitore, vel eius hæredibus faciendæ, quod tamen facillimè vitabitur, vel non petendo denuo debitum, vel solutionem aliquo prætextu recusando, vel quod solutum denuo fuerat restituendo, vel aliis pluribus modis, denique si aliquid supra valorem rei debitæ per compensationem acceperit compensator nemo negabit ipsum ex iustitia teneri ad restitutionem illius excessus.

6 Quartò requiritur ne tertio alicui sequatur damnum quodpiam graue, v.g. ipsi furtum imputetur, & inde vel obligetur ad restitutionem, vel puniatur, atque etiam ipsimet compensatori creetur infamia, vel aliquod aliud scandalum nascatur. Ad quæ tamen omnia vitanda non tenetur nisi ex lege charitatis, quoties compensator id poterit sine graui proprio damno, quādoquidem vtitur iure suo, & nemo tenetur cum suo graui incommodo, simili damno proximi ex iustitia occurrere, lex verò charitatis eiusq; ordo non obligat eo casu suo damno, proximi damnum remouere: ita Molin. *tract. 2. disp. 661. n. 1.* vbi ait non teneri hunc compensatorem ad restitutionem, vti teneretur si fuisset causa proxima & culpabilis damni alterius.

7 Quintò necessariū est idquod accipis in compnesationē sit tuum, vel saltem tui debitoris, non vero alicuius alterius, qui illud debitori vel commodauit, vel oppignòrauit, vel custodiendum deposuit, tunc siquidem nec acciperes rem debitoris, & ille alius cuius rem acciperes, iure illam tanquam suam repetere posset.

8 Sextò Medin. *C. de restit. q. 15. illat. 12.* Couarr. *in c. quamuis pact. §. 4. n. 9.* & Comitolus *lib. 3. respons. q. 39.* negant retineri posse vel accipi in compensationem rem quam debitor creditori commodauit, vel apud ipsum deposuit, *ex l. vlt. C. de compensat.* Quod tamen iure meritò affirmant Less. *lib. 2. capit. 12. numero 60.* & Nauarr. *lib. 3. de restitutione, capit. 2. numer. 389.* & *capit. 1. numero 344.* Tannerus 2. 2. *disput. 4. quæst. 6. dub. 24. n. 411.* Lugo *disp. 16. de iustitia, n. 89.* Emmanel Sà *verbo, depositum.* Rebell. *lib. 2. quæstion. 18.* Laym. *lib. 3. sect. 5. tract. 2. cap. 9. quæst. 3.* Ferdinand. à Castro Palao *disput. 1. de iustitia. punct. 16. §. 3. numer. 2.* Diana 1. *part. tract. 2. miscellan. resolut. 4.* & alij; quia ratio depositi non facit quod res deposita sit minus aut magis domini deponentis, quàm contra foret, quare sicut non obligaris illam tueri contra verum dominum si alius esset à deponente, qui illam vindicare vellet, & tibi de eius dominio constaret, ita non impedit quominus eiusmodi depositum tibi retinere possis in compensationem tui debiti, si illud apud ipsummet deponentem capere possis, cur enim potius in ista retentione quam in ipsa acceptione iniuriam illi facies, quod enim ex iure affertur, valet tantum in foro externo de quo superiori articulo diximus.

Septimò volunt passim compensationem fa- 9
ciendam esse in re eiusdem speciei cum illa quæ debetur, quod tamen Molina. *disp. 691. n. 1. in sexta conditione*, & alij quos affert & sequitur Diana *resolut. 48. citata*, quoad fieri potest seruādum existimant, nam si commodè fieri nequeat, & licita sit tunc compensatio, in alia quoque re debitoris eam fieri nihil prohibebit, neque necessariò seruandus erit ordo quem constituit Medina *C. de restitutione, quæst. 11.* vt primo compenset se quis in rebus vsu consumptibilibus, deinde in aliis: nam sapienter dixit Vasques *de restitutione c. 5. §. 1. n. 47.* non fieri iniuriam debitori, modo nihil accipiatur supra valorem debiti, & non maius damnum afferatur ex vnius, quàm alterius acceptione, quia semper fieri debet compensatio cum minori dispendio debitoris, & contingere aliquando poterit vt ex acceptione rei vsu consumptibilis maius damnum sentiat debitor, quàm ex acceptione non vsu consumptibilis, aut è contrario. Quare vbi liberum erit creditori in vna aut altera se compensare, id facere debebit in illa, quæ erit minus damnosa debitori, modo tamen non excedat valorem debiti sui, ad nullam obligationem tenebitur.

Octauò requiritur debitum compensandum, 10
esse iam contractum, & non contrahendum duntaxat intra mensem v.g. quia quod nondum debetur peti non potest, ergo neque compensari, vnde etiam fit vt quod in diem debetur, ante diem siue interim, neque peti, neque compensari possit, *l. quod in diem 7. D. de compensat.* quia compensatio vim petitionis obtinet; *l. amplius non peti 15. D. rem rat. hab.* quod autem in diem debetur si ante diem petitur, malè petitur, & exceptione pluris petitionis summouetur actor, qui plus petit tempore, *l. vn. D. quando dies leg. ced.* & *§. si quis agens. Inst. de action.* totum enim tempus liberum debitori esse intelligitur, *l. quod certa die 70. D. de solution.* quare qui hoc anno, mense dare stipulatus est, non rectè petit nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis. *l. qui hoc anno 42. iuncta l. stipulatio ista 38. l. continuus 137. §. cum ita. D. de verbor. obligat.* Quod igitur in diem debetur, compensari non potest sicut neque peti:

quod

quod si verum est in debito iam contracto, & quod, vt ait Paul. *l. quod in diem. cit.* dari oportet, sed in diem soluendum est, verius multò erit in debito nondum contracto, & quod nondum dari oportet, illud enim neque peti, neque compensari poterit; ait enim Papinian. *in l. si enim militi* 16. §. 1. *D. de compensat.* si quis intra diem ad aequutionem debiti datum compensare velit quod sibi ex iudicato debetur, admitti compensationem, quoniam, vt ait ibidem Papinianus, aliud est diem obligationis non venisse, aliud vero humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis: tempus autem quod iudicatis datur tale est, vt non nisi humanitatis gratia ipsis indulgeatur, non autem vt eo minus debitores videri possint, cùm plusquam debitores sint, quia iam sunt condemnati *l. minor* 40. *D. de minoribus.* Quare nihil obstat quominus iis compensatio possit obiici, eius quantitatis ad quam condemnati sunt, tanquam verè ab ipsis debitae, atqui in nostro casu nondum quidpiam debitum est. Deinde compensatio non fit per exceptionem aut obiectionem, sed per anticipatam solutionem, & acceptionem quantitatis quae aliquando debebitur; non videtur autem solui quod non debetur. Hanc tamen anticipatam compesationem admittit. Tannet. 2. 2. *disp.* 4. *quaest.* 9. *dub.* 14. *num.* 406. & Diana 1. *parte. tract.* 16. *resolut.* 48. neque improbabile putat Lugo *disp.* 16. *num.* 93. cum hac duplici conditione. Prima vt sit aliquod damnum ex eiusmodi anticipata compensatione, siue in lucro cessante, siue in damno emergente, siue in fructibus, & vsu medij temporis, siue qua alia ratione id totum diminui debeat ex principali debito, vel aliquo alio modo debitori restitui, quia alioquin plus caperet quàm ipsi debeatur, & ita dicemus eum qui ante diem petit, summoueri exceptione pluris petitionis, & nemo puniri iustè potest propter delictum facturum, antequam committatur, neque igitur debitor puniri potest, neque laedi in rebus suis antequam sit in mora soluendi, quare totum illud damnum antecedens non potest nunc imputari debitori postea non soluturo, sed illi restitui debebit. Secunda conditio est vt certò contrahendum sit eiusmodi debitum, & periculum morale illum non satisfacturum debito, neque alia via eius solutionem sperandam esse quàm per occultam compensationem, cuius occasio difficilè tunc habebitur, si, quae praesens modo est, elabatur, haec enim omnia huic conditioni adiicienda esse arbitror, tunc enim validior erit ratio quam Lugo adducit, nempe hoc stante periculo creditorem habere ius petendi à debitore ius & fideiussorem, ac proinde pignus illud capiendi, neque aliud pet hanc compensationem facit. Deinde quia defensio iure naturae licita est non modo quando actu me offendis, sed etiam quando es in procinctu ad me offendendum, neque aliter possunt euadere iniuriam nisi praeueniendo, quod fusius ostendit idem de Lugo. *disp.* 10. *de iustitia. sect.* 7. quare si scio te negaturum mihi debitum post mensem certò contrahendum, nec aliter possum damnum illud vitare nisi te praeueniam, & accipiam quod tuum est, vt me defendam, non excedam defensionem licitam rerum mearum, cur enim si scirem te cras mihi subtracturum centum nummos, neque vlla alia via illud damnum meae pecuniae vitare possem quàm subripiendo nunc tibi centum nummos, vti possum, cur id mihi non liceret, vt me à tuo futuro furto tuerer. Denique non est iniuria grauis accipere rem alienam non animo retinendi, sed restituendi intra breue tempus absque vllo alio damno vsus & fructus temporis intermedij, neque anticipata compensatio per modicum tempus, & eum conditionibus allatis non erit grauis; hancque sententiam Valentiae 2. 2. *disp.* 5. *quaest.* 6. *puncto* 7. §. *si autem res*, tribui posse existimat Lugo. Ego verò in praxi non consuleretem neque probarem eiusmodi compensationem anticipatam propter grauia pericula violandi iustitiam, si tamen ab aliquo facta fuisset eum omnibus illis adiunctis quae explicuimus, non damnarem, & multo minus ad restitutionem obligarem, quia non peccasset nisi in modo, & absque vllo debitoris damno, vti supponimus.

Nonò. Exigunt doctores ad compensationem 11
occultam licitam vt non possit aliter debitum recuperari, vel non nisi cum magnis expensis & molestiis litis, iactura famae, amicitiae, gratiae & rerum aliarum necessariarum. Tota difficultas est an in illa peruersione ordinis si quandoque non sit vsque adeo necessaria, grauiter peccetur, & quo peccato. Primo quidem in hac ordinis inuersione peccari grauiter contra iustitiam sibi officium & authoritatem iudicis assumendo, existimat Molina *disp.* 690. *num.* 1. non teneri tamen hunc compensatorem ad restitutionem, cùm nihil nisi suum aut sibi debitum acceperit, sed obligari ad subeundam poenam si qua illi pro eo delicto imponatur; alij volunt peccari tantùm contra iustitiam legalem, & bonum commune, cum S. Thoma 2. 2. *q.* 66. *art.* 3. & Caietano ibid. quibus accedunt Valentia *puncto* 7. *cit.* & Less. *lib.* 2. *cap.* 12. *dub.* 10. Alij malunt peccari contra iustitiam vindicatiuam, vti sit ab illo qui non implorata iudicis authoritate seipsum vlciscitur, quia ex ipso D. Th. 2. 2. *quaest.* 59. *art.* 1. & *quaest.* 79. *art.* 2. *in corpore*: & priore loco Aragon Solon. Soto. *lib.* 3. *de iustit. q.* 9. *art.* 2. Valent. 2. 2. *disp.* 5. *q.* 3. *punct.* 1. núquam peccatur contra iustitiam legalem nisi ex affectu interiori & contemptu boni communis, quod non facit qui se compensat, ipseque S. Thomas *artic.* 5. *cit.* ait duntaxat eum qui se ita compensat peccare contra bonum commune. Itáq; cum his Doctoribus sentit Delcastillo *lib.* 2. *de iustit. tract.* 2. *disp.* 9. *n.* 97. Verùm contra quamcunque virtutem peccetur non seruato illo ordine qui seruari debuerit, non facilè reperiri peccatum graue sapienter monuit Villalob. quare si quis rem suam cuius adhuc dominus est accipiat propria authoritate neque contra iustitiam peccat, neque contra aliam virtutem, modo absit scandalum, & boni communis perturbatio, cum non teneretur eo casu ad eiusmodi ordinem iudicialem seruādum, iamque obtineat consuetudo vt quisque rem suam vindicet, si occurrat, non implorata iudicis auctoritate, ita fusius Valentia loco cit. cui adhaesit Delcastillo. Secundò vbi plures sunt sibi inuicem debitores possunt se compensare non seruato illo iudiciali processu, modò vti iam monui, id fiat sine scandalo, & seruetur aequalitas, ita Delcastillo *num.* 98. Medina. Valent. & Rebellus quos allegat, quorum postremus docet esse communem sententiam Canonistarum *in c. bona fides, de deposito.* Tertiò idem fatetur de Lugo *disp.* 16. *num.* 91. quando fit compensatio in aequiualenti, & in iis quae functionem accipiunt, v. g. pecunia pro pecunia, triticum pro tritico, & oleum pro oleo, & aliis eiusmodi, quia tunc non cogitur

tur debitor ad aliquod onus ad quod subcundum non teneatur. Quartò quando compensatio fit in rebus diuersi generis, capitur v.g. equus, aut gemma pro pecunia debita, committitur iniustitia si aliter potuit debitum recuperari, aut si non fuerit imploratum iudicis officium quod tunc implorari poterat, quia non potes cogere tuum debitorem tua propria authoritate ad vendendum, v.g. suum equum, aut gemmam pro pecunia, aut cum alia re commutare: quare cùm imponas iniustè tuo debitori nouum onus, peccas cõtra iustitiam commutatiuam, neque destinctionem quam in variis istis rebus accipiendis pet compensationem quas facilè aut difficilè vendere poterit debitor pro pecunia accepta vel debita, adhibet Vasques *de restitut. cap. 5. §. 1. dub. 9. num. 53.* satis probamus. Quintò itaque optimam regulam vniuersalem tradit Lugo *citato num. 91.* controuersiam hanc dirimendam esse ex grauitate vel leuitate iniuriæ quam accipit debitor per compensationem debiti in rebus diuersi generis. Si enim pro debito quod facilè poteras recuperare compensas te obligando debitorem ad nouum onus graue supra id quod debebat, siue obligando illum ad vendendum siue ad emendum, iniuriam grauem illi facis contra iustitiam, cui omnino satisfacere te oportet, quod si leue onus iniicias, leuis erit offensa; si nullum onus nouum æstimabile inde accedat debitori, nulla erit offensa aut culpa, quod idem continget quoties sine magna difficultate & incomodo non poteris aliter debitum tuum recuperare, tunc enim licèt per compensationem in rebus diuersi generis imponatur nouum onus debitori, illudque aliquando graue, non peccabis, quia debitor debet sibi ipsi imputare, quod non soluendo cogat debitorem ad compensationem ex qua maios onus sentit, quàm ex ipsamet solutione debiti pateretur.

ARTICVLVS X.

Consectaria ex doctrina superiori.

An qui se compensauit teneatur excommunicatione lata in eos qui res debiteris acceperunt. 1. 2.
An qui sciunt aliquid ita esse acceptum, teneantur aperire vi excommunicationis. 3.
An qui se compensauit teneatur fateri iudici id interroganti. 4.
An liceat compensare se ex re quam debitor alteri donat, aut mittit. 5.
An res accepta per compensationem fiat accipientis. 6.
An se compensans teneatur ad pœnam ad quam damnatus est. 7.
An liceat vi recuperare suum debitum. 8.
An fiat compensatio in delictis. 9. 10. 11.
An fiat in iniuriis diuersa speciei. 12.

EX hac vniuersali doctrina de compensatione occulta cum assignatis conditionibus licita, plurimæ difficultates singulares solui possũt quas paucis percurro, quia vel perspicuæ manent ex dictis, vel alibi à nobis sunt explicatæ. Itaque.

1 Quæritur primò, an qui se licitè compensauit ex bonis sui debitoris teneatur excommunicatione lata in eos qui quidpiam ex bonis illius debitoris vel viuentis, vel mortui acceperint, non dico subripuerint, si enim eiusmodi aut æquiualentibus verbis ferretur excommunicatio, in fures duntaxat ferretur, qualis profectò non est qui se compensauit, ago igitur de excommunicatione quæ complectitur omnes & singulos, qui quidpiam ex eiusmodi bunis tulerint, immò aliquando additur, *etiam in compensatione.*

Resp. Etiam illo casu & cum iis additamentis non teneri hunc licitè se compensantem excommunicatione, quod contra Syluest. & Rosellam ostendunt Vasq. *de restitut. cap. 5. §. 1. dub. 9. num. 49.* Molin. *disp. 692.* Less. *lib. 2. cap. 12. dub. 10. num. 61.* & alij quos percensere nihil attinet, quia excommunicatio illa supponit peccatum mortale, vt fusè diximus in disquisitionibus de censuris, cuiusmodi hoc loco nec fingi quidem potest, neque aliud vult iudex illis verbis, *etiam in compensationem,* quàm damnari reos qui falsò compensationis prætextu bona aliena capiunt, quod si aliud intendat iudex, nihil sua illa excommunicatione efficit, & illam ferendo ipsemet peccat.

Maior difficultas est quando non seruatæ fuerint omnes conditiones ad licitam consensationem necessariæ, superiùs à nobis assignatæ. v.g. poteras in iudicio tuum debitum facilè recuperare, an subiiciaris excommunicationi. Resp. cum iisdem Doctoribus & Lugo *n.* 108. quoties compensatio est duntaxat defectu conditionis alicuius illicita & non iniusta, & seclusa eiusmodi excommunicatione, vel iudicis præcepto non obligaret ad restitutionem, non subiici eiosmodi excommunicationi, quia ferretur excommunicatio propter delictum commissum in acceptione rei per compensationem, vel in retentione, & non restitutione quæ imperatur. Non primum quia in ea acceptione vel nullum fuit peccatum, vel non nisi admodum leue, vti ostendimus. Non etiam secundum, quia retentio iniusta non est, vt vides, neque etiam illicita, cùm rem suam, aut sibi debitam quisque licitè retinere, & seruare possit, licet illam illicita aliqua ratione, non tamen contra iustitiam recuperarit; non potest quoque imponi censura pro peccato præterito in illicita acceptione, cùm nulla præcesserit monitio & contumacia. 2

3 Quæritur secundò an dum sub pœna excommunicationis præcipitur reuelare eos qui aliquid ex bonis cuiospiam acceperunt, tenearis aperire illum quem scis compensationem accepisse.

Resp. non teneri, ex communi Doctorum, quia ea comminatio censuræ, aut eius impositio non cadit nisi in eos qui iniustè acceperunt illa bona, neque alios ferire aut obligare potest, atqui se compensans non peccauit accipiendo rem sui debitoris in sui debiti solutionem, & compensationem: non debet igitur deferri iudici, immò neque potest sine iniuria, quæ omnia constant ex iis quæ diximus opere de censuris.

Quæritur tertiò an qui se compensauit interrogatos à iudice debeat fateri veritatem, & se accepisse.

4 Resp. cum Vasque *cap. 5. cit. §. 1. n. 55.* non teneri, sed posse negare, intelligendo se non accepisse iniustè, vel retinere iniustè, ita vt obligetur ad restitutionem. Existimat tamen Vasq. cui adhæsit De Lugo *num.* 109. si illicitè se compensarit, quamuis non iniustè, & sine obligatione ad restitutionem, teneri fateri se accepisse, modò interrogatio

terrogatio sit iuridica, & cum semiplena probatione, quamuis inde sequatur periculum pœnæ imponendæ à iudice. Verùm de hac obligatione respondendi iudici interroganti dicemus libro sequenti, quoad hunc vero casum non placet illa distinctio iustæ & illicitæ compensationis, quod vna obliget reum ad fatendam veritatem, alia non, quia cùm responsio debeat fieri ad interrogationem iudicis, & qui iustè accepit illam, iure interrogetur de acceptione quæ obliget ad restitutionem, vbicunque non erit eiusmodi obligatio restituendi rem acceptam, negari poterit acceptio, cùm non fuerit reuera ea acceptio de qua iudex interrogat, illud verò contingit in compensatione illicita quæ tamen iusta fuit, cùm neutra obliget accipientem ad interrogationem, vt constat.

5 Quæritur quartò an creditor possit sibi accipere vel retinere pecuniam, vel rem aliam quam debitor dono mittit alteri.

Resp. posse, modò donatio nondum fuerit acceptata à donatario. Ita Vasq. *cap. 5. de restitut. §. 1. dub. 8.* quia illa pecunia vel res est adhuc in dominio debitoris, qui & donationem quandiu acceptata non est, potest reuocare, & rem aliò destinare, cur igitur non æquè ex illa re se poterit compensare creditor, atque ex aliis sui debitoris bonis, neque id impedit quod ex eiusmodi compẽsatione sequatur damnum donatario, cum ego vtar iure meo, & neque per vim, neque per fraudem impediam donationem, sed accipio quod mihi debetur eodem iure quo acciperem si scirem eam rem post mẽsem donandam alicui à debitore, cauere quidem debeo ne mea culpa donatario noceam. Neque placet quod Vasques *ibidem num.* 47. addit non posse fieri compensationem ex re destinata à debitore in solutionem alicuius alterius debiti, v.g. ex pecunia missa Paulo in solutionem debiti quo tuus debitor illi obstringitur, inferretur enim iniuria Paulo, cui solutio sui debiti clam aufertur, nisi æquè commodè suum debitum recuperare valeat; displicet inquam hæc acceptio sicut & displicuit de Lugo *num.* 111. quia ex Sanch. *lib. 9. de matrim. disp. 4. num.* 30. & aliis, potest vxor rependere in necessaria sibi & familiæ bona quæ illi determinatè maritus ad soluenda certa quædam debita dederat, neque deinde tenetur de suo soluere damnum quod inde creditoribus obtingere ex dilatione solutionis potuit, quia vxor expendit reipsa bona quæ adhuc erant viri ad grauem familiæ necessitatem, cui vir occurrere debet, in eamque rem propria bona expendere tenetur, quod inde vero sequatur tardior solutio creditorum, atque aliquod fortassis damnum, non potest impedire ne vxor suo iure vtatur, ideóque nullam creditoribus iniuriam facit, ita neque creditor qui se compensat ex pecunia & re quam suus debitor aliis soluendis destinatat aut parauerat, vel etiam mittebat.

6 Quæritur quintò an res accepta per compensationem occultam transeat statim in dominium accipientis. Medina siquidem *C. de restitution. q.* 11. existimat antiquum dominum posse illam sibi vindicare si repererit, igitur in illius dominio mansit, vt constat ex iis quæ de vindicatione diximus aliàs. Verùm sapienter obiicit Molina *tract. 2 disp.* 691. *n.* 3. hinc sequi rem illam si fortuito pereat, perire suo antiquo domino, & non compensanti, qui proinde se denuo poterit compensare, quod nemo dixerit. Quare sentiendum omnino est rem per compensationem acceptam, fieri statim compensantis, in eiusque dominium venire, quia vt argumentatur de Lugo *num.* 112. eius possessio apprehenditur domino non rationabiliter inuito, quandoquidem non soluit nisi quod debet, & ad hunc solutionis modum creditorem suum compellit, sicut dum quis occultè capit rem alterius ex ipsius præsumpta & interpretatiua voluntate, quia non est inuitus quoad substantiam, licet fortassis sit inuitus quoad modum capiendi, acquirit verum dominium rei sic acceptæ, eamque validè & licitè potest alienare perinde ac si emptione aliove legitimo contractu eam sibi comparasset, quia apprehendit eiusmodi rem domino non inuito nec reluctante, quod idem contingit in casu compensationis. Quoad vindicationem rei illius ab antiquo domino negat Molina contra Medinam eam fieri posse si sciat compensationem fuisse legitimam; verùm tum ipse, tum iudex si eius officium implorat, præsumit eã non fuisse ritè factam, sed per fraudem, aliaue ratione indebita vsurpatam. Lugo verò *num.* 113. vt dissidentes sententias conciliet ait antiquum dominum posse rem suam vindicare soluendo alio modo debitum per eam compensatum, atque adeò creditorem non acquisiuisse rei à se sic acceptæ dominium nisi limitatum, vt quoties debitor vellet rem soluere, posset rem suam recuperare, quod videtur æquissimum; cum enim creditor non habeat ius capiendi rem debitoris nisi in defectum solutionis sui debiti, vbi illam debitor volet facere, non poterit rem ipsius aut capere, aut iam captam retinere, quare qui ex voluntate interpretatiua alterius dominium alicuius rei capit, firmiùs illud habet quàm qui se pro suo debito compensat, nam primum illud dominium reuocari non potest ab antiquo domino, qui illud ex interpretatiua voluntate sibi tolli passus est etiamsi rem aliam æquiualentem dare velit, aliter quàm in compensatione contingere diximus.

Quæritur sextò an damnatus ad pœnam propter compensantem occultè factam, ad illam obligetur. 7

Resp. si nullam commisit in ea compensatione, culpam ad pœnam non obligari ex ea sententia iudicis, quæ sola præsumptione compensationis indebitè & iniustè factæ nititur, neque proinde in foro interno obligat, si verò compensatio defectu conditionis alicuius fuit illicita, quamuis creditor non teneatur ad restitutionem rei acceptæ, quandoquidem iustitiam commutatiuam non violauit, nec etiam in eius retentione violat, poterit hic creditor propter culpam in compensatione commissam puniri pro ratione culpæ, & ad eam pœnam subeundam tenebitur in foro quoque interno, quandoquidem iudicis illa sententia in vtroque foro iusta existit.

Quæritur septimò an non modò occulta compensatione liceat suum debitum recuperare, sed etiam per vim, quandoquidem tunc debitor est iniustus possessor rei tuæ, vel detentor tui debiti. Vide Vasq. *cap. 5. cit. dub. 8. num.* 3. Petrum à Nauarra. *lib. 3. de restit. cap. 1. dub. vlt.* Turrian. *de iustitia disp. 33. dub. 3. num.* 29. Lugo *de iustit disp. 16. n.* 132. Delcastillo *lib. 2. tract. 2. disp. 9. n.* 118. 8

Resp. rem tuam eandem apud debitorem existentem, & iniustè detentam vi recuperare poteteris si aliter recuperare non possis. Si verò ille probabl

probabili titulo rem tuam possideat, non potes, vt illa, propria authoritate ipsum propria possessione priuare: quæ omnia tradunt illi Doctores, quod & verùm est quando rem tibi debitam, & nondum tuam repetes.

9 Quæritur octauò an liceat compensatio in delictis, siue in actionibus & obligationibus natis ex variis delictis.

Resp quod attinet ad forum externum, controuersiam *artic. superiori* definitam fuisse, itaque hoc loco quærimus an compensatio ista in delictis & iniuriis licita sit in conscientiæ foro, cuius quæstionis ea sententia non est, vtrum eum qui me infamauit possim pari infamia aspergere, & qui me per iniuriam mutilauit, possim & ipsum deinde mutilare, vtrum coniugi fidem violanti fas sit quoque violare, & ita de cæteris: hoc enim sensu certum est illicitam esse in delictis, & iniuriis compensationem, cum enim infamatio, percussio, adulterium; aliaque eiusmodi delicta & iniuriæ sint actiones per se malæ & illicitæ, non possunt in compensationem similium iniuriarum & criminum vsurpari, neque si vxor adulterium commisit, licebit viro adulterari, quare discrimen magnum est inter iniurias ac delicta, & damnum fortunarum, quæ inuicem compensari possunt, & vnum emendatur per aliud, si enim mihi centum aureos subripuisti quos reddere non vis, neque ego possum alia ratione recuperare quàm totidem tibi subripiendo, licitè illos subripiam, non enim tibi illicitè sine per actionem illicitam damnum vllum infero, sed meum, & à te iniustè illatum reparo, vti superiori articulo fuit expositum: quæstio igitur hoc loco non est an iniuria possit compensari à læso, inferendo nouam aliam iniuriam lædenti; id enim per se malum est, & manifestam vindictam continet, quam vsurpare propria authoritate nefas est, quæstio itaque est an fieri possit hæc compensatio circa actiones & obligationes quæ ex delictis, & iniuriis nascuntur. Titius & Caius sese contumeliis prosciderunt, Titius non vult Caio famam quam læsit restituere, poteritne Caius quoque non restituere famam Titio quam æquè violauit, & tenebatur restituere. Coniux qui per adulterium amisit ius petendi debitum, poteritne alteri coniugi adulteranti qui idem ius amisit, debitum eiusmodi negare: itaque quæstio est de iniuriis, & delictis iam ex vtraque parte commissis, non autem inferendis.

10 Aio igitur hanc compensationem actionum & obligationum quæ ex iniuriis & delictis vtrinque commissis oriuntur, licitam esse seruata æqualitate. Ita Rebell. *libro* 5. *quæst.* 18. *numero* 8. Sotus *libro* 4. *de iustitia*, *quæst.* 6. *articul.* 3. *ad* 4. Adrian. *quæst. penult. de restitution. fama.* Corduba, *quæst. de detraction. quæst.* 3. *conc.* 14. Ledesma 1.2.*part.* 4.*quæst.* 18.*articul.* 2. *dub.* 5. Lopes *capit.* 273. Tolet. *lib.* 5. *capite* 7. Less. *lib.* 2. *de restitution. capite* 11. *dub.* 15. Delcastillo *lib.* 2. *tractat.* 2. *disputat.* 9. *numero* 121. & alij contra Petrum Nauarr. *libro* 2. *de restitution. capite* 4. *numero* 395. & in alia editione, *numero* 258. Caietan. 2. 2. *quæst.* 62. *articul.* 2. *ad* 2. Nauarr. *capite* 18. *numero* 47. Maior. *in* 4. *distinct.* 1. *quæst.* 16. Rodrigues *in summ. capite* 154. *conclus.* 5. qui tamen non mihi videntur quæstionem in sensu à nobis posito definire, cùm enim paria delicta mutua compensatione tollantur, vti dicitur *capit. vltim. & penultim. de adulteriis*, cur mutuæ obligationes ex delictis vtrinque commissis factæ compensari non poterunt, & ego tenebor tibi satisfacere, si tu qui æqualem & similem obligationem habes pariter mihi satisfaciendi, satisfacere non vis, sicut si mihi debes centum quæ reddere non vis, ego tibi reddam centum quæ tibi debeo, & cur retinere illa non potero in compensationem mei debiti, vel in pignus quo te vicissim compellam ad restitutionem quam iniustè negas. Neque alia de causa Innocentius III. rescripsit *capit. penult. de adulter.* non esse separandos coniuges thoro, quando vterque adulterij conuincitur, quàm quia fit parium delictorum compensatio mutua, id est obligationum quæ in delinquentibus vicissim oriuntur; & *capite seq.* idem Pontifex ait virum adulterum vxoris item adulteræ consortium non posse declinare solius adulterij causâ, quia nempe in illis eadem iura, & eædem obligationes mutuæ ratione delicti ab vtroque commissi reperiuntur, sicut in mutuo furto contingeret, in vtroque enim furanre esset obligatio restituendi rem sublatam, & vno non restituente posset alter non restituere, si furta forent æqualia, neque video cur fieri possit compensatio in mutua & reciproca obligatione restituendi pecuniam, & non possit fieri in mutua obligatione restituendi famam, aut quodpiam aliud ius ereptum & violatum: neque enim inde sequitur quod malè obiiciebat Nauarra, posse Titium infamatum à Caio, ipsum Caium vicissim infamare, quia vt dixi non licet ad emendandum vnum delictum, aliud patrare; neque dicimus vnum crimen, vnamve iniuriam alio crimine, aliave iniuria patranda compensari, sed obligationem ex vno crimine, & iniuria natam, alia simili, & mutua obligatione, ex simili quoque & pari iniuria producta compensari, cùm isti rei vicissim sibi iisdem obligationibus teneantur, vno non implente suam obligationem, neque alter vicissim implere tenebitur, vti in mutuis & æqualibus debitis dicebamus, vno enim non soluente, neque alter soluere obligatur, sed retinere potest id quod debet in compensationem eius quod ipsi vicissim debetur.

Instat Nauarra, damnum famæ non tolli per reciprocum damnum, sicut damnum pecuniarium tollitur per damnum reciprocum in debitis pecuniariis, ac proinde à compensatione mutui debiti pecuniarij non valere argumentum ad compensationem iniuriæ & famæ vtrinque læsæ: verum iam monui, quod aduertit quoque Lessius, non agi de compensatione damni quod mutuò illatum est, sed de mutua obligatione reparandi damnum quod mutuò illatum fuit, nam damna illata non possunt mutuo compensari, cùm vnum non emendet aliud, neque infamia quam mihi intulisti, emendatur per

petir ob.

..famiam quam tibi vicissim intulisset vero ..ligatio quam contraxisti restituendi mihi famam læsam, compensari potest obligatione quã ego quoque contraxi reparandi etiam famam, quam similiter læsi: quare licèt delictorum & damnorum illatorum in eiusmodi bonis compensationes neque possibiles, neque licitæ sint, obligationes tamen reparandi eiusmodi damna inuicem compensari licitè possunt, sicut & inuicem remitti aut condonari: immò neque in debitis pecuniariis, in quibus nullus negat eiusmodi compensationes, tolluntur per illa damna illata, quare etiam non licet tunc damnum passo, damnum æquale inferre illi à quo damnum accepit, si enim Titius ædes aut segetes Caij incendit, non tolletur damnum illud incensarum ædium, aut segetum si Caius vicissim ædes, aut segetes Titij incendat, quare nefas erit Caio ad compensationem suam id præstare, si tamen id commiserit, obligatio quam habet Caius reparandi damnum incensarum ædium & segetum Titij, compensabitur per similem obligationem qua Titius Caio obstringitur.

Vnde etiam vides non sequi quod initio obiiciebat Nauarra, nempe infamatum posse se infamantem mutuo infamare ad suæ famæ compensationem, quia neque nos dicimus vnum delictum compensari alio delicto, neque in aliis compensationibus vnum damnum alio damno compensatur, neque fas est inferenti aliud simile inferre, & ædes incendentis tuas, incendere, neque ædium Titij incensio damnum tuarum incensarum reparat, obligatio tamen reparandi damnum quod intulisti Caio, eius ædes incendendo compensatur obligatione quam habet Caius reparandi simile damnum quod tibi intulit incendendo tuas ædes. Dixi porrò in nostra assertione seruandam esse æqualitatem, quare si multò grauiorem iniuriam alteri intulisti, quàm ille tibi intulerit, obligaris ad restitutionem vsque ad æqualitatem iniuriæ, & damni mutui: quia tamen hæc inæqualitas consistere potest in eo quod plura ipsis crimina obieceris, vel vnum aliquod grauius quàm ipse tibi, si inæqualitas illa consistat in multitudine criminum obiectorum, cum iniuria illa, & consequenter obligatio illam reparandi sit diuisibilis, facile fuerit facere compensationem ad æqualitatem cum parte damni illati. At verò quando inæqualitas consistit in inæqualitate criminis mutuo & vicissim obiecti, difficilior existit eiusmodi compensatio, cùm neque iura, neque obligationes pares sint. Vult nihilominus Less. fieri tunc compensationem per modum cuiusdam pignoris quod detines ad compellendum debitorem ad solutionem: nam si haberes annulum aureum eius qui tibi debet quatuor argenteos, posses eiusmodi annulum aureum retinere tanquam pignus tibi debiti quamuis minoris valoris, quousque tibi tuos quatuor argenteos restitueret, quidni igitur obligationem quam habes eluendi infamiam grauiorem qua deturpasti Caium, retinebis non implendo illam, donec Caius ipse maculam quam tibi aspersit, leuiorem scilicet, detergat, sibi enim imputare debet qui nolit illi suæ obligationi satisfacere, atque ita alibi omnem prætextum non satisfaciendi vicissim eripere. Ex quibus vides hanc compensationem iniuriarum modo explicato fieri posse, vel mutuo consensu delinquentium, quæ erit quædam veluti condonatio, vel etiam altero inuito, si ipse nolit obligationi quam suo delicto contraxit satisfacere, eadem ratione qua in mutuis debitis pecuniariis vno non reddente, alter ipso etiam inuito id quod ipsi debet per compensationem retinebit.

Maior difficultas est an hæc compensatio 11 nunquam fieri valeat quapiam alia ratione etiam quandam aliam infamiam inferendo, verbi gratia, aperiendo defectus eius qui te infamauit, vt ipsi fidem detrahas. Suppono verò nullam aliam tibi superesse viam repellendi iniuriam tibi continuè factam, quàm manifestationem eiusmodi defectuum, & illam omnino necessariam, ac sufficientem videri: cum his autem conditionibus licitam esse eam defectuum obiectionem, existimo, atque ita interpretor Doctores qui eam in tali casu concedunt, quare si vel ea manifestatio sit inutilis ad hunc finem, vel plures aperiantur alterius defectus quàm necessarium sit, erit illicita manifestatio, & peccabitur contra iustitiam, atque adeo necessaria erit iniuriæ reparatio ad æqualitatem.

Quæres an qui mendacio infamauit alium, à quo & ipse infamatur, teneatur ad restitutionem, certum quidem est non obligari ad restitutionem, cum in hoc casu vterque sit iniustus infamator alterius, & vt ait Delcastillo *numero* 229. fieri potest compensatio. Certum est secundò, hunc mendacem peccare, sed non tamen contra iustitiam, sicut non peccaret contra iustitiam si ad eius infamatoris fidem eleuandam illi verum crimen obiiceret, ergo neque peccabit contra eandem iustitiam si falsum crimen obiiciat, falsitas enim aut veritas criminis non facit aut impedit obiectionem illius esse contra iustitiam, sed quia ius quod alter habet conseruandæ suæ famæ, læditur, quod æquè fit obiecto crimine vero, ac falso. *Deinde* falsitas immediatè pugnat cum veritate, non cum iustitia, itaque in eo mendacio & falsitate erit violatio veritatis, non iustitiæ, nisi quatenus est perniciosa, & iniuriosa alteri, quod æquè contingit in obiectione vera atque falsa, peccati tamen in ea falsa exprobratione certum æquè est, cùm mendacium sit intrinsecè malum, & nullo casu licitum esse queat. Inde grauis oritur controuersia an eiusmodi mendacium in ratione solius mendacij, sit peccatum mortale, & intrinsece tale existat, quandoquidem secludimus rationem iniustitiæ, alteriusque virtutis quàm veritatis violatæ, hanc controuersiam fusius disputat Delcastillo, & probabilius esse putat, esse dumtaxat peccatum veniale, vide illum *lib. 2. de iustitia, tract. x. disput. 12. num. 403.*

Ad extremum quæritur an compensatio 1 iniuriarum fieri queat in aliis iniuriis diuersæ rationis. Caius tibi iniuriam intulit te infamando,

mando, neque famam quam abstulit restituere vult, possisne in compensationem pecuniam quam ipsi debes retinere. Resp. posse, cum Rebello, Lessio, Delcastillo, qui alios allegant, modò seruetur æqualitas, quia restitutio non potest semper in bonis eiusdem ordinis quæ ablata sunt, fieri, non ideirco tamen fieri non debet, qua ratione possibilis est, in bonis inferioris ordinis, iudicio prudentum constituta æqualitate in valore, qui sanè infinitus non est. Infamia itaque & homicidium in pecuniis reparari suo modo poterunt, vti dicemus *libro sequenti*, quidni igitur & in illis fieri poterit compensatio, quæ est modus quidam restitutionis & solutionis, quare inquit Rebell. maritus qui occidit adulteram poterit debitum homicidij cum iniuria adulterij comparare, compensato tamen aliunde excessu sanè poteris retinere pecuniam quam Titio debes, atque ita illum compellere ad restituendam tibi famam, quod ni faciat eam iniuriam cum debito pecuniario licitè & iustè compensabis.

✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠✠

CAPVT III.

De fideiussione.

ART. I. *Quid & quotuplex sit fideiussio.*
II. *Quis possit fideiubere.*
III. *Obligationes fideiussoris.*
IV. *Iura fideiussoris.*

PLVRIMA inexplicatione huius contractus ad forum externum solùm pertinent quæ à Iurisconsultis & Molina *à disputatione* 539. *ad* 548. alijsque etiam Theologis petere licebit: quæ verò nostro instituto satis sunt in pauca cogi poterunt.

ARTICVLVS I.

Quid & quotuplex sit fideiussio.

Fideiussor quid sit. 1.
Quid sit fideiussio. 2.
Quotuplex sit fideiussio. 3.
Cui obligationi accedat. 4.

1 FIdeiussor appellatur qui pro reo promittendi fidem suam adstringit *l.* 1. §. 3. *D. de obligat. & action.* vbi Caius scribit aut proprio nomine quemque obligari, aut alieno, qui autem alieno nomine obligatur fideiussorem vocari, & plerumque ab eo quem proprio nomine obligamus, alios accipi qui eadem obligatione teneantur, dum curamus vt quod in obligationem deducimus tutiùs nobis debeatur, fideiussor enim dicitur qui fide ac periculo suo suadet vt id de quo agitur, fiat, quoniam eius euentum præstat, vt *l. Lucius* 24. *D. de fideiuss. Peto des ei nummos fide ac periculo meo.* Huc refert Hotman. *in comment. Inst.* frequentes has formulas. *Stichum ac Damam fide tua iubes? Quantam pecuniam tradidero fide tua esse iubes? Si rem quadraginta non solueris, fide tua esse iubes?* Iubere pro velle, suadere, cupere, veteres vsurparunt, iubeo te soluere, iubeo te bono animo esse. Fideiubere igitur, siue fide sua iubere, est diminutiua oratio pro plena, *Fide sua iubere pecuniam alieni esse creditam, aut aliquid simile datum, concreditum*: quod agebatur vt cùm reus appellatus non soluisset, fideiussor teneretur. Aliud autem est, *fide sua iubere*, aliud, *fide sua promittere. Fide sua iubet* author, aut suasor, vt alteri quid credatur, ideóque Donatus definit fideiussorem authorem credendi. *Fide sua promittit* ipse princeps reus cùm sua sponte quid spondet, vt Medicus apud Plaut. *in Menechinis. Sanum futurum mea ego id promitto fide.* Fide aliena promittit idem princeps reus cùm fideiussorem prædem promittit; reos itaque sua & aliena fide promittit, non iubet: fideiussor sua sponte iubet, & fide sua non aliena promittit. Frequenter fideiussor accessio appellatur, vt §. 4. *Inst. de instit. & adpromissor. l.* 5. §. 2. *D. de verbor. obligat.* Differt à mandatore quia hic credi quidem iubet sicut fideiussor, sed præterea per stipulationem obligatur, ac proinde non nisi præsens; fideiussor nuda conuentione, ac plerumque per nuntium, vel epistolam *l.* 12. *D. mandati*, quamuis interdum etiam præsens *l.* 22. §. *si curator. D. eod.* Differt quoque ab expromissore, iste enim est qui totam causam obligationis alterius in se suscipit, & per nouationem in se solum transmittit, priori debitore liberato §. 3. *Institut. de fideiuss.*

Fideiussio est contractus quo quis in se suscipit alienam obligationem; & in defectum principalis debitoris solutorum se fideiubet. Inductus est iure ciuili, quare non parit vllam obligationem in foro externo absque formula stipulationis, *l. blanditus, C. de fideiussoribus & mandatoribus.* In foro tamen conscientiæ non exigitur scriptura, sed satis erit consensum fideiubentibus exprimi sufficienter, & à creditore acceptari. 2

Duplex est fideiussio, iudicialis, & priuata. Prior est iudicialis quando quis iudici fideiubet ad reum repræsentandum, quod fit duobus modis: nam vel solùm se obligat ad sistendum reum, vel etiam ad pœnam soluendam, sed hæc pœna debet tantùm esse pecuniaria, nam si pœna sit capitalis, aut quælibet alia corporea, & reus nulla culpa fideiussoris aufugerit, non debet plecti pro eo, quia eiusmodi pœnæ sunt supplicia criminum, non solutiones debitorum, inquit Less. *c.* 28 *num.* 41. neque fideiussor intendit se obligare ad eam pœnam, imo neque potuit, cum non sit dominus vitæ & membrorum: quare si post fideiussionem Caius capitale crimen commisit & fugit, is qui pro ipso fideiusserat liberatur à fideiussione, *l. sed & si quis, D. si quis caut.* & *l. si decesserit, D. si quis satisdare cogatur.* Cùm autem fideiubet ad soluendum pro reo quod iudicatum fuerit, *l. Græcè*, §. *post litem, D. de* 3

de fideiussoribus, non liberatur à fideiussione si reus condemnetur ad debitum soluendum; immo absque vlla citatione vel processu post factam executionem in bonis principalis debitoris, procedi poterit ad exequendam sententiam in bonis ipsius fideiussoris. Altera est fideiussio priuata, & est ea quæ fit extra iudicium cum creditoribus priuatis, de qua agimus hoc loco. Alia est fideiussio quam appellant indemnitatis & guarentagium, quam aliqui ad iudiciariam reuocant, cùm quis datis fideiussoribus pro principali debitore promittit fore indemnem creditorem, & esse soluendo, fideiussor debitorem & se obligat ad soluendum quidquid debiri superfuerit; quæ etiam fideiussio indemnitatis fit aliquando nullis aliis datis fideiussoribus, sed solùm attestando creditori principalem debitorem animo soluendi, & quam dixi obligationem contrahendo.

5 Ex definitione autem allata apparet hunc contractum accedere tantùm obligationi principalis debitoris, quæ necessariò supponi debet aut præsens aut præterita aut futura, nam etiam aliquis fideiubere potest ante debitorem principalem pro obligatione quam deinceps contrahat. §. *fideiussor* 2. *Inst. de fideiussor.* & *l. stipulatus sum* 6. *D. eod. titul.* in qua tamen fideiussione implicatur conditio si principalis obligatio sequatur; sufficit autem vt in principali debitore sit obligatio naturalis, vt fideiussor obligetur ciuiliter; omni enim obligationi, siue verbis siue consensu contracta sit, accedit, vt ait Vlpian. *l.* 8. §. 1. *D. de fideiussoribus*, & Papinian. *l. si quis* 56. *D. eod.* De obligatione quoque naturali idem affirmat Vlpian. *l.* 1. *D. de fideiussor. l.* 6. 7. & 16. *D. eod.* Pro seruo quoque obligari & fideiubere licet siue cum extraneo siue cum domino res sit ex debitis naturalibus. §. 3. *Inst. de fideiuss. l. cum fideiusserit* 35. *D. eod.* vbi Paul. & *l. si à reo* 70. §. *adeo*, *D. eod.* Caius idipsum affiraffirmat. Pari ratione idem dicendum erit de minore contrahente sine authoritate tutoris, & de Religioso sine authoritate Superioris, & aliis eiusmodi qui obligantur naturaliter, fideiussor ciuiliter obligabitur, & principali debitore non soluente poterit conueniri, neque refert vnde nascatur obligatio principalis an ex delicto, aut ex contractu, an ex sententia iudicis, modo sit valida, si enim esset tum ciuiliter, tum naturaliter inualida, fideiussio quoque nulla esset, *l. cùm lex* 42. *D. de fideiussoribus*, vt si quis fideiussit pro solutione vsurarum, *l. si quis* 52. *D. eod.* vbi Paulus ait si quis pro eo qui libertus non esset, & operas præstaturum se iurasset, fideiussor etat, eum non teneri; & *l. si quis* 37. *D. eod.* si qui tempore transactionis liberatus est fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est.

ARTICVLVS II.

Obligationes fideiussoris.

An si se constituat debitorem principalem. 1.
An illi competat exceptio doli. 2.
An obligari possit plus quàm principalis. 3.
Ad quid obligetur. 4.
An cogi possit ad soluendum. 5.
Quid quando plures fideiubent. 6.

1 Hinc sequitur primò non esse fideiussorem qui se constituit debitorem principalem pro alio, quia tunc non obligatur in defectum alterius, sed æquè primo.

2 Secundò quamuis in aliis contractibus detur exceptio doli ei qui sine causa contraxit, non tamen fideiussori qui non potest excipere se sine causa fideiussisse, quia alia causa non requiritur quàm principalis obligatio cui fideiussoria accedit, si tamen principali debitori exceptio doli quod sine causa contraxisset, competeret, eadem fideiussor vti posset etiam inuito debitore, *l. si stipulatus*, *D. de fideiussor.*

3 Tertiò fideiussor non potest obligari in plus quàm principalis debitor, neque ad maiorem quantitatem soluendam, nec breuiori tempore, difficiliori loco, nec pura & absoluta obligatione, quando debitor obligatur solùm conditionatè §. *fideiussores. Inst. de fideiussorib. l. Græcè* 8. §. *illud*, *D. eod. titul.* & §. *plus*, *Inst. de actionib.* Si autem se obligasset fideiussor in plus, inualida erit obligatio, non modò quoad illum excessum, sed etiam quoad totum stando in iure communi, vt vulgo tradunt Doctores apud Molin. *disputat.* 541. *numero* 3. nisi suam fideiussionem iuramento confirmasset, tunc enim ad totum quod promisisset obligaretur, ad excessum tamen supra principalem obligationem obstringetur tanquam debitor principalis, quare pro eo primò poterit conueniri ante factam excussionem in bonis principalis debitoris, potest nihilominus strictiùs obligari fideiussor, quàm debitor, & idcirco diximus aliquando debitorem obligari tantum naturaliter, & fideiussorem etiam ciuiliter, potest etiam addere iuramentum, & hypothecam, & se instrumento obligare, cùm debitor puro pacto obstringatur.

4 Quartò non possunt debitor & fideiussor ad diuersas res soluendas obligari, & inualida est obligatio, nisi fideiussor obligetur ad soluendam pecuniam pro re, quia cùm pecunia sit pretium rei, pro ea substitui censetur, *l. si ita*, *D. de fideiussorib. l. Græcè*, §. *si quis Stichum*, § *idem Iulianus*, & *l. si à reo*, *D. eod. tit.* Sed de hac re latè Molina *disput.* 541. *à numero* 8.

5 Quintò non prius cogi potest fideiussor ad soluendum quàm processum fuerit contra principalem, & excussio facta in eius bonis saltem ex nouo iure Authenticor. *Authentic. præsente*, *Cod. de fideiussorib.* fideiussio autem indemnitatis exigit etiam fideiussorum priorum excussionem, debetque constare neque debitorem, neque eos fideiussores esse soluendo antequam fideiussor indemnitatis conueniatur. Excipiuntur tamen plures casus à regula tradita, de quibus Marsil. *tractatu de fideiussoribus*, *à numero* 7. Primò si fideiussor renuntiauit priuilegio Authenticæ, vel

vti potest, cum sit in eius tantum commodum, renuntiasse autem non censetur fideiussor immunitatis, etiamsi vniuersim omni priuilegio fideiussorum cedat. Secundò si palam constet debitorem non esse soluendo, aut longius abesse, neque facile conueniri posse, aut nulla habere bona in eo territorio, aut procuratorem seu alium quempiam qui eius gerat personam. Tertiò si fideiussor conuentus negauit se fideiussorem, *l. si dubitet* 10. §. 1. *D. de fideiussoribus*. Quartò si suam fideiussionem iuramento confirmauerit, ex aliquorum sententia, sed verius alij negant, quia iuramentum non se extendir vltra contractum, quem confirmat, quare si communi modo fideiubere intendat, quamuis apponat iuramentum, poterit vti exceptione præuiæ exceptionis, si tamen iurasset & promisisset se soluere in euentum quo nollet soluere principalis debitor, tunc ante excussionem debitoris conueniri posset. Debet autem apponere hanc exceptionem ante litem contestatam, nam si nihil excipit, etiamsi per ignorantiam & iam damnatus est soluere, aut soluit, valet solutio; neque creditor tenetur illi quidquam restituere, quia hæc acceptio est tantum dilatoria, & non peremptoria, neque conceditur à iure contra substantiam obligationis, sed solum ratione ordinis procedendi, atque hoc priuilegium vt non aliter saluo pudore ad sponsorem veniat creditor quàm si recipere à debitore non possit. Sic enim loquitur Quintil. *declam.* 273. Vulgare est in Gallia, præterquam in Burgundia vbi vsus contrarus est: & Molina *capit. 5. articul. 3. consuet. ill.* quod etiam verum est quod ad tertium detemptorum, nam conueniri potest primo loco, neque iure excipiet vt discutiantur prius alia bona debitoris, quàm quæ ab eo fuere acquisita, vt notat Chassan. *in capit. 3 artic. 5. consuetud. numer.* 18. atque ita in Camera edicti iudicatum fuit 12. Martt. 1614. In causa à Diuisionensi Curia euocata, in fideiussore iudiciario non habet locum hæc exceptio, & beneficium, vt ait Ioan. Fab. *in l. vltim. §. fin. Cod. de vsur. rei iudic. & §. 1. Instit. de satisdat.* post Speculatorem *titul. de sententia excommunicat. §. sequatur, vers. quid si sententia.* Atque ita definitum Turonis recitat Rebuff. *tractatu. de literis obligat. glossa. 9. numer.* 8. *art.* 5.

6 Sextò plures fideiussores qui se pro pluribus debitis distinctis distinctè obligauerunt, aut pro pluribus partibus virilibus eiusdem debiti, aut singuli pro certa quantitate, non possunt conueniri nisi pro illa parte singuli. Quando autem se obligauerunt pro eodem debito indiuiso, tenentur singuli in solidum, quamuis possint singuli dum in solidum conueniuntur, excipere, vt alij pro suis partibus conueniantur, neque vnus tenebitur tunc dare nisi suam partem, *l. inter fideiussores* 26. *D. de fideiussoribus. l. non rectè* 3. *Cod. de fideiussoribus.* quod priuilegium concessum dicitur Adriani rescripto, quod licet non extet, eius tamen mentio fit *in C. citato*. Debet autem hæc exceptio opponi ante sententiam diffinitiuam, sic enim iam damnatus soluit seu sponte, seu à iudice compulsus, vel si huic priuilegio renuntiauit, non erit locus exceptioni, quamuis propter solam ignorantiam, non opposuerit. Poterit nihilominus compellere creditorem vt sibi cedat actiones quas habebat in alios confideiussores, vt ab illis singulis viriles partes repetat, ex Adriani rescripto, & à debitore partem quoque quam pro ipso soluit, repetet, atque ita totam summam quam dedit recuperabit. Si autem nomine debitoris solueret implendo partes illius, non autem munus fideiussoris, nullas actiones in alios confideiussores posset accipere à creditore, sed solum actionem mandati aduersus debitorem. Denique fideiussoris hæres relinquitur obligatus §. 2. *Inst. de fideiussion. leg.* 4. *D. eod.* quia hæres, obligationum omnium defuncti successor est, & adeundo hæreditatem cum creditoribus hæreditariis contraxisse intelligitur *l.* 8. *D. de adquisit. hered. l.* 3. & *l.* 4. *D. quibus ex causis in possess. eat.*

ARTICVLVS III.

Quinam fideiubere possint.

An mulier fideiubere possit. 1.
An minor. 2.
An Episcopi & Clerici. 3.
An Religiosus. 4.
An miles. 5.

Omnes qui possunt contrahere obligationem principalem possunt etiam fideiubere nisi illis aliqua lege prohibeatur.

Hinc primò mulieris pro marito fideiussio 1
irrita est, *Authent. si qua mulier, Cod. ad Senatusconsultum Velleian.* quare creditor qui eam solutionem accipit tenetur restituere, cùm mulier non potuerit eius summæ dominium transferre: si firmasset iuramento suam fideiussionem, seruanda esset vi religionis, quia seruari potest sine peccato. Si pro alio fideiubeat, nisi id faciat instrumento publico coram tribus testibus, irrita est fideiussio, neque transferet dominium, *l. antiqua* 23. *§. fin. Codic. ad S. C. Velleian.* Seruatis autem circunstantiis istis valet fideiussio, potest tamen elidere hanc obligationem tum ciuilem tum naturalem exceptione S. C. Velleiani *l. 1. & seq. C. eod. titul.* Si per ignorantiam soluerit valet solutio, neque creditor tenetur restituere sponte sua, ipsa tamen opponet hanc exceptionem, & solutum repetet per condictionem indebiti, etiam post sententiam deffinitiuam, modò nondum sit mandata executioni, & vi illius sententiæ facta solutio, tunc enim non datur repetitio, *l. Iulianus* 59. *D. de condictione indebiti.* Non licebit tamen vti priuilegio Velleiani primò si mulier ipsi renuntiauit non simplici quadam renunciatione, illa enim non sufficit, quando ætas & fragilitas personæ est causa priuilegij, sed publica, itaque vt coram magistratu fiat opus est. Secundò si iuramento confirmarit renunciationem, etiamsi illud priuilegium suum ignoraret, ex communi sententia, quamquam contraria quæ negat, posita ignorantia iuramento confirmari hanc renunciationem, non sit improbabilis. Tertiò si aliquid pro

fideiussione accepit, sed de his adi Molin. *disput.* 540. Rebell. 2. *parte, lib.* 16. *quaest. unica, n.* 7. & nos aliqua diximus *capit.* 1. huius disputationis.

2 Secundò minor 25. annis fideiubens obligatur naturaliter, sed eam obligationem elidet beneficio restitutionis in integrum *l. cit. praeter* 7. §. *non solùm* 3. *D. de minorib.* nisi fideiubeat pro patre incarcerato, tunc enim ita obligatur vt non possit extinguere obligationem, quia ad id ita tenetur vt si sit masculus octodecim annorum, iure haereditate priuetur si id officium omiserit *ex authent. si captiui, C. de Episcopis.*

3 Tertiò Episcopi & Clerici non possunt fideiubere in damnum Ecclesiae, sed in damnum proprium possunt, *cap. autem* 1. *de fideiussion.* quod iubet abiici Clericum fideiussionibus inseruientem, agit de eo qui eiusmodi rei vacat, ob quaestum videlicet quem inde percipit, non tenebitur nisi quantum ex patrimonio & beneficij fructibus potest, ita vt non remaneat in egestate.

4 Quartò religiosus sine consensu superioris & maioris partis Capituli nequit fideiubere, alioquin non tenebitur monasterium nisi quantum in eius vtilitatem versum fuerit, *C. quod quibusdam, de fideiussoribus.*

5 Quintò milites quandiu sunt in expeditione non possunt fideiubere, *l. milites, C. de locato.*

ARTICVLVS IV.

Iura fideiussoris.

Quod ius habeat fideiussor in debitorem pro quo fideiussit 1.
An possit agere, vt liberetur à fideiussione. 2.
An possit petere impensas. 3.
An liberetur cessione bonorum à debitore facta. 4.
Quandonam expiret fideiussio. 5.

1 Circa debitorem haec potest fideiussor. Primò petere & accipere aliquid pro obligatione quam in se suscipit, est enim pecuniâ aestimabilis, neque eam gratis tenetur suscipere, quare tum pro ipsa obligatione, tum pro molestiis, laboribus, & periculis quae patitur fideiubendo accipere potest. Imo creditor iure accipiet aliquid à fideiussore qui liberati vult à fideiussione, quia creditor sic incurrit periculum amittendi creditum.

2 Secundò potest fideiussor agere contra debitorem vt à fideiussione liberetur. Primò quando damnatus fuit ad fideiussionem persoluendam, *C. fin. de fideiussionib.* Secundò quando debitor vergit ad inopiam argumento, *l. in omnibus, D. de iudiciis*: vbi creditor in die, vel sub conditione permittitur agere contra debitorem vergentem ad inopiam, vt extorqueat cautionem crediti soluendi tali die vel adimpleta conditione. Tertiò si debitor fuit diu in mora soluendi post elapsum tempus solutioni destinatum. Quartò si pactum iniit vt post certum tempus eximeretur solutione. Quintò si elapso tempore solutionis illam obtulit, quia tamen creditor minor est, & veretur ne ex beneficio restitutionis in integrum, cogatur iterum soluere, atque idcirco pecuniam deponit, agere poterit in principalem debitorem vt se à fideiussione liberet, aut soluat quod pro ipso obtulit, aut deposuit, *l. fideiussor. D. de fideiussoribus, l. qui mutuam,* §. *fideiussor. D. mandati.*

3 Tertiò tenetur debitor non solum restituere debitum quod soluit fideiussor, sed etiam omnes expensas & damna, quae illius culpa, quòd fuerit in mora soluendi, passus est; si autem non fuit debitor in mora culpabili, sed solum ob impotentiam non soluit, non obligant nisi ad restitutionem debiti, Emanuel Sà *verb. fideiussio, numero* 3. & alij

Quartò fideiussor non liberatur debitore cedente bonis omnibus, sed obligatur ad integrè soluendum §. *vlt. Inst. de replicat.* si quid debitori tamen debebat creditor, poterit cum illo compensare, quia eaedem exceptiones competunt fideiussori quae principali debitori. 4

Expirat fideiussio primò debito soluto à quocunque soluente vel per creditorem remisso. *Inst. quibus modis tollitur obligatio.* §. 1. Si tamen solutio fit inualida, vt quia res à debitore data euicta est, manet obligatio fideiussoria, compulsus autem soluere debitum iam solutum, fideiussor habet actionem mandati aduersus principalem debitorem, secus si sponte, & anticipata solutione soluat. Secùdò si inter debitorem & creditorem fiat nouatio, nisi fideiussor in illam consentiat, aut de nouo fideiubeat, expirat fideiussio, *l. nouationi, C. de fideiussor. l. quicunque, D. eod. tit.* Tertiò quandò fideiussor succedit debitori, aut è contrario debitor fideiussori, quia vtraque obligatio coincidit in eandem personam, cessat minus principalis & accessoria *l. generaliter, l. cum reus, D. de fideiussor.* tamen debitor obligabatur tantum naturaliter, illi succedens fideiussor obligabitur etiam naturaliter: quia vtraque illa obligatio necessaria est creditori cui ex hac successione nihil perire debet, *l. heres à debitore,* §. *quod si, D. de fideiuss.* Hinc si vt si fideiussor sit haeres debitoris etiamsi non teneatur ad debita persoluenda vltra vires haereditatis quam adiuit, confecto inuentario nomine haeredis, tenebitur tamen quatenus fideiussor de suo satisfaceret. Quartò per solam prorogationem termini solutionis factam debitori, non desinit fideiussio, quia illa prorogatio non censetur nouatio obligationis, *l. vlt. C. de nouationibus.* Denique morte debitoris non expirat fideiussio, sed transit ad haeredes §. *fideiussor* 1. *Inst. de fideiussorib.* & *l. fideiussoris, D. eod. titulo.* 5

CAPVT IV.

De debitoribus non soluentibus.

Explicatis iis quae ad solutionem pertinebant, quaerendum restat de debitoribus qui soluendo non sunt, aut fingunt se non esse, quorum aliqui bona creditorum dolis & fraudibus detinent, malae fidei defectione, ac mensariis rationibus, alij verò quibus non est

est vnde creditoribus satisfaciant, illis bona sua omnia cedunt, alij denique vt securius & facilius nomina sua expediant, plurima gerunt in fraudem creditorum, quos proinde impunè defraudant, de quibus omnibus agimus hoc capite.

ARTICVLVS I.

De decoctoribus.

1 Decoquere vt ab ethymo ordiar, est paulatim diminuere, & coquendo absumere: Liuius *lib. 2. de bello Macedon. sub initium. Eo anno Carthaginenses in stipendium argentum aduexerunt, id quia probum non esset quæstores renunciauerunt, experientibusque pars quarta decocta erat, mutua pecunia Romæ sumpta intertrimentum suppleuerunt.* & Quintilian. *lib. 2. cap. 4. Materiam esse primum volo, vel abundantiorem, atque vltra quam oporteat fusam, multum inde decoquent anni*, id est limabunt, atterent, & quasi exsugent, inde decoquere mustum, vel aliud quidpiam, Columellæ *lib. 12.* & Plinio sæpiùs. Idemque Columella *lib. 11. capit. 1. Cuius disciplinæ, id est rusticationis caput est semel fecisse quidquid exegerit ratio culturæ, nam quamuis interdum sit emendatum, perperam factum, vel imprudentia, vel negligentia, res tamen ipsa iam domino decoxit, nec mox in tantùm exuberat vt & iacturam capitis amissi restituat, & quæstum resarciat.* Decoxit itaque fundus, quia inquit Budæus *in Pandect.* frugum fœturam quasi fœnus debitum non reddidit, sed plurimùm quasi quadam coctione imminutum. Translatione igitur sumpta vel à cuiuslibet rei coctione in qua res aliquantulum sensim minuitur, vel potius ex carbunculo, & pruina, fic fruges decoquentibus & exurentibus, vt residui nihil plane fiat, decoquere valet idem atque rem suam malis rationibus pessundare, penitus conficere, consumere, dilapidare, & qui dolo malo in re credita fidem alicui falleret, & rem eius auerteret, ei decoquere dictus est. Quare vides decoctorem, & alicui decoquere ferè in malam partem sumi, cùm tamen aliqui fortunæ, & non suo vitio creditoribus aliquando decoquant, vt statim ostendam.

2 Itaque non malè decoctor definitur à Benuenuto Stracca. *tract. de decoctorib. 2. parte. n. 1.* qui fortunæ vitio, vel suo, vel partim fortunæ, partim suo vitio, non soluendo factus, foro cessit. Duo itaque necessaria sunt ad decoquendum: primum vt quis factus sit non soluendo, alterum vt ea de causa foro cedat: causa verò ex qua aliquis fit non soluendo triplex existit. Prima est fortunæ vitium. Secunda, proprium vitium. Tertia tum proprium, tum fortunæ vitium simul. Ex qua triplici causa triplex quoque decoctorum genus constituit Stracca, & alij passim.

Primum est eorum qui fortunæ vitio creditoribus decoxerunt, videndum tamen est ne illud infortunium aliqua sequatur fraus & dolus, siue auertendo bona quæ extant, siue quapiam alia ratione fidem fallendo, & rationi mensariæ renuntiando, quamuis autem qui casu fortuito, aut vi maiore, alijsque causis quibus sua diligentia & prudentia non potuerunt occurrere, fortunarum dispendium passi fuerunt, adeoque facti non soluendo sunt, & necessitate quadam coacti creditoribus decoxerunt, miseratione potius quàm pœna digni sunt, infamia tamen aliqua notati sunt, & in spectaculis loco humiliori ab aliis honoratioribus seiuncti sedebant. Cicero *Philip. 2.* sic Antonium obiurgat; *Tenesne memoria te prætextatum decoxisse. Patris, inquies, ista culpa est; concedo, etenim pietatis est plena defensio, illud tamen audacia tua, quod sedisti in duodecim Ordinibus, cum esset lege Roscia decoctoribus certus locus constitutus, quamuis quis fortunæ vitio, non suo decoxisset.* 3

Alterum genus decoctorum est illorum qui suo vitio decoxerunt, qui inquit Budæus obliguritis, exhaustisque, aut in aleam deperditis, aut in venerem profusis, aut in cultum fastumque effusissimum absumptis, non modo patrimoniis sed etiam publicis, priuatorumque pecuniis, decoquunt. Hos Budæus ait esse id genus fermè hominum qui asoti dicuntur verbo Græco, id est luxu, & ganeæ studio perditi, & Latinè, nequam, verbo significantissimo, eorumque vitium asotia & nequitia, quam Gellius luxum & propinationem interpretatur, de quibus Cicero *secunda de finibus*, ita inquit; *Nelim enim mihi fingere aZetes vt soletis, qui in mensam vomant, & qui de conuiuiis auferantur, crudique postridie se rursus ingurgitent, qui solem vt aiunt, nec occidentem vnquam viderint nec orientem.* De eiusmodi asoto interpretatur idem Budæus in illud *lib. 2. de orator. Gallus olim testis in Pisonem cum innumerabilem Magio Præfecto pecuniam dixisset datam, idque Scaurus tenuitate Magij redargueret, erras, inquit, Scaure, ego enim non Magium conseruasse dico, sed tanquam nudus nuces legeret, in ventrem abstulisse.* Concludit tandem Budæus, decoquere est vorato patrimonio creditoribua fidem non præstare, aut certè fidem suam obstrictam, per inopiam non liberare. Vbi vides duo illa genera decoctorum quorum aliqui suo vitio, alij quodam infortunio inopes facti fidem creditoribus datam non præstant, & rationibus mensariis obnuntiant, quod contingit aliquando etiam quondam ditissimis vt restatur Plinius *lib. 33. cap. 10.* vbi ait eum cui, primus cognomen Diuitis cœpit creditoribus suis decoxisse, intelligit enim Crassum cuius meminerat *lib. 21. capit. 3.* & Valerius Maximus *lib. 6. capite 11.*

Hoc improbissimum hominum genus inuisum omnibus habitum semper fuit, turpique infamia perpetuò laborauit: nam & Adrianus decoctores bonorum suorum, *qui sua autoritatis essent, catamidiari in amphiteatro & dimitti iussit.* inquit Spartian. *in eius vita, cap. 18.* Illud, *qui suæ autoritatis essent*, interpretatur Salmasi. qui sui iuris essent. Causab. qui suo vitio decoxissent. *Catamidiari*, plures codices etiam regij legunt *catomidiari*, id est catomen cœdi, vt in vita S. Viti; 4

Hoc audiens pater eius iussit infantem catomen cædi: est itaque catomidiari, vel catamidiari, *κατωμαδὸν τύπτειν*, vel à *καταμαδῶ*, quæ *κατ' ὤμων* significat. Hinc catamidiari, scapulam verberare, nam *A*, in *T*, Latini sæpiùs mutant in vocibus quas à Græco deflectunt, itaque catomidiare est *κατὰ τῶν ὤμων τύπτειν*, & catomen, vt aliqui loquuntur, cœdere: *τὸ κάτωμον*, vel *τὰ κάτωμα*, pars est sub collo inter scapulas, quod Latini dicunt *interscapulum*; vel *interscalpium*, & *conscalpium*. Aliquis autem catamo, aut catomis cædi dicitur cui catomon, aut catoma cæduntur, quemadmodum *capite* cædi dicitur cui caput cæditur, & apud veterem Iuuenalis interpretem manibus vapulare cui manus flagris aut ferula cæduntur, ad illum versum.

Nec prodest agili palmas præbere luperco.

Palmas, ideò dicit, quia aut catomidiabantur, aut catomen cædebantur à lupercis, qui per vrbem discurrentes occursantium sibi terga aut manus feriebant pellibus, idque mulieres sibi ad fœcunditatem prodesse existimabant. Iussit igitur Hadrianus bonorum suorum decoctores in amphiteatro *catomidiari*, & dimitti, hoc est flagris & fustibus in amphiteatro castigatos dimitti. Si verò placeat vulgatam lectionem probam retinere *catamidiari*, & *καταμωκᾶσθαι*, significabit ridendos omnibus per theatrum traductos fuisse, nam *καταμωκῶ* est deridere & ludibrio habere, quod Latini traduci dicunt, & Græci *παραδειγματίζειν*. Liuius *lib. 2. de Volscis. Traductos per ora hominum.* Sueton. *in Tito. cap.* 8. de delatoribus & mandatoribus quos in foro flagellis ac fustibus cæsos, ac nouissimè traductos per amphitheatri arenam partim subiici in seruos, ac vænire imperauit, partim in asperrimas insularum auehi voluit Titus. Noxios igitur decoctores Adrianus per fora, theatra, & amphitheatra inter magna rerum verborumque ludibria traduci voluit, atque ita catamidiari, illis alicubi in Græcia in forum inductis, & sedere iussis cophinum capiti imponebant ludibrij causa, idque vocabant *κοφινοῦν*, vti obseruat Salmasi.

Tertium decoctorum genus est eorum qui partim suo vitio, partim vitio fortunæ inopia pressi alieni æris rationes obnuntiant, & hi quoque eodem ferè loco habentur cum iis qui suo vitio idem faciunt, quandoquidem ea denuntiatio penuriæ, & rationariæ inopiæ non est tota coacta, & necessaria à vitio fortunæ, sed magnam partem voluntaria ac fraudulenta, ideóque pœna & ignominia digna.

Alterum quod ad decoctionem requirebam
5 erat cessio fori: hi enim cedunt foro, & patria, atque vrbe, siue vt loquebantur veteres, solum vertunt. Iuuenal. *Satyr.* 11.

Hi plerumque gradus conducta pecunia Roma
Et coram dominis consumitur. Inde ubi paulùm
Nescio quid superest, & pallet fœnoris author,
Qui vertere solum, baias, & ad ostia currunt,
Cedere namque foro iam non est deterius quàm
Æsquilias à feruenti migrare suburra.

Qui enim regionem mutabant exilij aut æris alieni causa, vertere solum dicebantur, vti ex pluribus Tullij & Liuij colligit Budæ. Cedere igitur foro & vertere solum; propriè dicitur de mensariis & nummulariis, qui negotiationé mensariam abrumpunt, alieni æris explicandi denuntiata inopia, dicimus bancam id est mensam rumpere, *ἀνασκευάζειν τὴν τράπεζαν*, apud Demosthenem *μετοικίζεσθαι* solum vertere, & *ἀναστατοῦν τὴν τράπεζαν*, & denique *χρεωκοπεῖν*, debitum decidere: nam *χρεῶν ἀποκοπαὶ* sunt æris alieni decisiones, a
quod fit per nouas tabulas: hinc *χρεωκοπία* dicitur *σεισάχθεια*, quasi onus excussum, quam Athenis Soloo instituit, de qua voce dixisse me memini aliàs. Cic. *ad Attic.* nouas tabulas per quas nempe vetus onus minuebatur aut excutiebatur fuit interpretatus. Hanc porro crediti explicandi penuriam, maxime quando ea creditoribus renuntiatur, vocant nostri Galli *faillite*, *faire faillite*: ab antiqua voce *faillir*, id est errare, abesse, deesse, fallere, decipere; *Lex Salica tit.* 29. *de vulneribus*, §. 1. *Si quis voluerit alterum occidere, & colpus ei fallierit, vel cum sagitta toxicata eum percutere voluerit, & ei ictus fallierit*: quia igitur isti decoctores desunt creditoribus, eosque fallunt, dicuntur *faillir*, *& faire faillitte.*

6 Hi verò propter frequentes fraudes & perfidiam qua fidem creditoribus fallunt, habentur infames, vti ex Bàldo fusiùs prosequitur Straccа 3. *parte de decoctoribus*, *à num.* 2. *ad* 24. inde verò *ad* 40. varias ipsorum fraudes enumerat, propter quas variis quoque pœnis afficiuntur, vt habet idem Stracca *ibid. num.*40. & *tota* 4. *parte* diuersas variarum nationum leges municipales aduersus eos latas enumerat, quæ quomodo cum ipsis agendum sit edicunt. Nos in Gallia habemus constitutiones regias sæpius sancitas Francisci primi, Lugduni anno 1536. 30. Octobris. Caroli IX. in Comitiis Aurelianensibus, *art.* 11. Henrici III. in Comitiis Blesensibus *art.* 206. Henrici IV. anno 1609. quibus non modò variis pœnis, sed etiam aliquando capite plecti iubentur perfidi decoctores. Itaque aliquando iudicauit Senatus, vt 5. Decembris anno 1602. & 13. Augusti 1621. quæ tamen seueriora edicta intelligenda sunt de iis qui per insignes fraudes decoquunt, quæ vt dixi variæ & innumeræ sunt, & semper in illis fraus & dolus, ac nequitia præsumitur, atque, vt ait Iason. *consil.* 14. contra eos omnis coniectura crescit, & Boërius *decis.* 215. coniecturæ in his habentur pro legitimis probationibus, quare & ipsi perpetuò mendaces habentur ex Bald. *ad l. si ex alio, C. qui bonis cedere poss.* & Boër. *decis.* 349. fallaces quoque & perfidi quoties foro cedunt, vt de nummulariis habet Papinian. *l. si hominem* 7. §. *quoties*, *iuncta l. quod priuilegium, D. deposiri.* Neque ipsi dumtaxat puniuntur, sed illi omnes qui illis, vel opem vel consilium præstiterunt, & eiusdem criminis complices facti sunt, vt primò qui è manibus creditorum eximit eiusmodi fraudatorem, *l. sed si, §. sed eximendi, D. ne quis eum qui in ius vocatus est, vi exim.* qui ne capiatur impedit, *l. si per alium* 5. *D. eod.* qui latebras ei præbet. *l. fin. D. de oper. libert.* idque nostræ constitutiones regiæ disertè ferunt. Secundò qui se fingunt creditores decoctoris vt ipsi faueant fictis syngraphis, qui damnantur Edicto 1609. ab Henrico magno. Tertiò proxenetæ & commissionarij qui conscij futuræ decoctionis inducunt alios vt ipsis pecunias aut merces credant, non sine stipendio & lucro ipsorum proxenetarum. Quartò creditor qui fingit sibi solutum esse, atque ita commendatis sui debitoris facultatibus, inducit alios vt ipsi merces & pecunias credito dent, vnde solutionem accipiat;

accipiat; hic sanè creditor & perfidus & falsarius est, teneturque actione de dolu.

7 Quod attinet ad socios decoctoris, cùm societas vnius decoctione non dissoluatur, sociorum bona vnà eum aliis pereunt, ipsique tenentur ciuiliter duntaxat, non criminaliter, quia non subiiciuntur pœnis perfidi doctoris, cuius fraudes & crimina non nôrunt, & multominus ope & consilio iuuerunt, quamuis in eandem ruinam & bonorum decoctionem miseri trahantur, ita Ancharan. *consil* 400. Boëri. *decision.* 149. quia vt ait Paul Castrens. *consil.*49. propterea alij socij fraudatores dici non possunt, immo solent ipsi decoctores expectare donec soluta sit societas, aut illam aliqua ex causa abrumpere, priusquam rationibus mensariis renuntient, hoc tamen casu expendenda erunt diuersa societatum genera, & pacta vt dignosci possit ad quid singuli socij ratione decoctionis vnius teneantur, & an in solidum vel in partem obligentur, & an vnum corpus facerent, vt traditur de fabricensibus quorum ideo singuli decoctionis partem ferebant, *l.iure prouisum. 6.C. de fabricens.*

8 Quæstio non leuis est de fideiussoribus, quomodo hoc casu teneantur, & aliàs quidē creditores, qui pactis & transationibus, à cæteris creditoribus cum decoctore factis minimè consenserant, poterant agere cum fideiussoribus qui iis pactis non liberebātur nisi in transactione fuisset expressum, quod vt fieret cautabant ex Socin. *consil.*163. Hodie verò vbi decoctor cum suis creditoribus composuit, liberantur fideiussores, quāuis cæteri creditores eiusmodi cōpositioni non consenserint, itáq; à Senatu in splendida purpura iudicatum fuit, Præside Domino Molæo.14. Apr.1609.

Maior verò difficultas videtur an si creditores præstitutam solutioni diem debitori produxerint, liberetur eo ipso fideiussor.

Resp. distinguendum esse; vel enim fideiussor accessit stipulationi cuius solutioni prædefinita erat certa dies, vel cui nulla erat præstituta: priori casu si dies dicta solutioni, creditorum consensu vlterius producta fuerit liberatur omnino fideiussor, etiamsi interim debitor inops & non soluendo factus fuerit, quia non fideiusserat nisi pro debito tunc soluendo & non extra illa diem, argumento *l. item quæritur* 13.§. *qui impleto, D. locati. l.si cùm feru es. C.eod.l. Lucius,*§. *Paulus.D. de administrat. tutor,* modò tamen iste fideiussor productioni diei præfinitæ non consenserit, tunc enim eius fideiussio produci quoque videtur. In posteriori verò casu in quo nulla dies dicta erat solutioni, dum deinde aliqua præfinitur, durat fideiussio, neque liberatur fideiussor, quia videtur in omnem causam fideiussisse. *l. si vnus.* §.*si cum reo,D.de pactis : & capit. Constitutus, de fideiussoribus.*

9 Quærendum verò restat qua ratione quis aduersus decoctorum fraudes se tueri possit, & facta decoctione cum eiusmodi decoctore agere.

Vbi primum bancarius mercator excessisse, & cessisse foro dignoscitur, potest Iudex ex officio, etiam nondum à creditoribus requisitus aduersus illum vt se sistat decernere, omniaque eius mobilia signo regio imprimere, licet etiam cuique creditori, & de debitore fugitiuo, aut latitante inquirere, atque etiam illum sistere, & vt dicunt arrestare, *ac faisire*, nullo iudicis aut prætoris expectato decreto. Ita Socin. *consil.*476. & constitutio anni 1609. Sisti quoque solent & possunt vxor ac famuli, & factores, vt ab iis resciatur vbi latitet, an facultates occultauerit, & alia eiusmodi, libri rationum omnes capiuntur, vt diligenter expendantur, creditores omnes aut maior eorum pars coguntur in vnum, & aliquot ex ipsis qui syndicorum instar, ipsorum, aliorumque absentium nomine agant, eligunt. Si vero pendente lite de decoctione, eiusue natura & conditione decoctor moritur, aut capitur ab hostibus, constituitur bonorum curator, qui tamen nullam habet administrationem, nec agere potest, *l.fin. C.de curat.bon.dando.* Syndici vero creditorū instanter agunt vt authoritate prætoris sigillum regium tollatur, conficiatur diligenter inuentarium omnium facultatum, quod ipsis negari non potest, *l.fin.D. de requir.reo.l.*1.§.*penult.D.de ventre in possess. mitt.* Postulare quoque debent ipsis exhibeantur omnes codices & libri rationum, syngraphæ, apochæ, litteræ, aliæque omnes chartæ & tabulæ ad decoctoris facultates certò dignoscendas, vt iis seruandis & recuperandis summa fide & diligentia vacare possint, quæ omnes tabulæ in loco tuto deponi debent, & si quis illas occuparit, aut aliunde habeat, agent contra ipsum ad exhibendum, tum vt ex deligenti ipsarum expensione de fraude ac nequitia vel innocentia decoctoris constare possit, tum ne in fraudem creditorum fiāt cancellationes, inductiones superinductiones, interpositiones, additiones, vnde res amoueantur, vt *l.*1.*D.qua in testam. delen. l.si vnus.C.testam.l.*1.§.*qui ration.D.ad l.Cornel.de falsis.* possunt præterea isti deputati & syndici à iudice qui de decoctine cognoscit, postulare fieri præconium publicum cum pollicitatione præmij iis qui vel eius latebras, vel socios, vel fautores, vel eius bona, & facultates aperuerint, & denique eiusdem laici iudicis permissu, confugere ad Ecclesiasticum, atque apud illum conqueri de fraude sibi facta, & petere litteras monitoriales, vt vocant, quibus sub excommunicatione iubeat hæc omnia reuelari, de his monitoriis fusius egimus opere de censuris.

Intereà verò, decoctores vel qui aliò confugerunt extra regium, vel in illo lagitant mediis intercessoribus agunt cum creditoribus vt res suas amica compositione transigere possint, & in primis litteras regias grandiori sigillo obsignatas, quibus securus commeatus illis conceditur, obtinent, de illis Boëri. *decisione* 179. Securi itaque redeunt & variis pactis ac conditionibus tractant cum creditoribus qui vel vsuras, vel partem, aliquot debiti cedunt, diem solutioni longiorem definiunt, partiales solutiones admittunt, atque eiusmodi alia non sine incōmodo concedere coguntur. Contractus ita initus & à syndicis, vel deputatis creditorum, notatioq; publico subscriptus valet, firmusque manet etsi aliqui ex ipsis repugnent. *l. maiorem* 8.*D. de pactis. l.si unum heredem* 7.*D.eod.*§.*hodie.* modo maior pars consentiat, maior vero pars accipitur non modo numero personarum, sed cumulo & quantitate summarum *cit.l.maiorem* 8.*D.de pactis.* Quod si æquales sint in cumulo debiti, tunc plurium creditorum numerus præferendus erit. *ibid.* cumulum autem debiti ad plures summas referimus, etsi vni soli debeantur *in citata l.*§.*cumulum.* Sed si plures eandem habent actionem vnius loco habentur. *l.si plures.*9.*D.de pactis.* Ratio autem istorum est quia iniquum esset voluntatem vnius ex modica portiuncula creditoris, præiudicium cæteris creditoribus 10

ribus facete *l. si autem plures.* 10. *D. de aqua pluu. arc.* ideóque inter creditores æquum est illum præferri qui maioris pecuniæ sit creditor, *ut in l. cum bona veneunt* 16. *D. de rebus auth. ind. possid.* aliàs *l. 1. D. de priuileg. creditor. l. si plures* 14. *D. deposit.* Quod si vnus tantæ pecuniæ sit creditor quanta cæteris omnibus simul iunctis non debetur, ille solus faciet maiorem partem creditorum, quod duriusculum videtur, sed tamen concedendū est, quia reipsa facit maiorē partē crediti. Vbi vero cætera sunt paria, & creditores æquales in cumulo debiti, nihil æquius dici potest quàm plurium numerum præferendum esse. Quia cùm quisque plus suo, quam alieno iudicio tribuat, quoties de vna eademque re plures sententiam dicere debent, numerandæ omnino sunt sententiæ, non ponderandæ, quod Plinio quidem molestum, sed tamen necessariò tolerandum videbatur, in numero pari creditorum & cæteris paribus plus authoritatis habere debet, qui plus habet dignitatis, itaque præferendum esse monet Papinian. *in cit. l.* 8. vnde dignitas & authoritas coniungi solent *in l. 3. §. eiusdem, iuncta l. ob. carmen famosum* 21. *§. vlt. D. de testibus.* Denique vbi omnia ad æqualitatem concurrunt humaniorem sententiam à Prætore eligendam esse dicit Papinian. idque ex D. Marci rescripto colligi posse, nam & humanior, benigniorque interpretatio in dubiis capienda est. *l. ea quæ in partes* 192. *§. 1. D. de regul. iuris.* Hanc humaniorem sententiam dicunt primò eam quæ fauet hæredi, vt quantò minus soluat creditoribus, tantò magis inuitetur ad aditionem hæreditatis. Secundò ea quæ fauet testamento, vt *in d. l. si pars iudicantium* 10. *D. de inofficios. test.* Tertiò ea quæ fauet libertati. *l. lege Iunia* 24. *D. de manumiss. l. inter pares* 38. *D. de reg. iur.* Denique quod diximus cum Paulo *l. si plures* 9. *D. de pact.* plures qui eandem actionem habent, vnius loco haberi, inde ostenditur quia plurium correorum stipulandi vnicum debitum est, & vna obligatio, quæ tollitur vna solutione *l. 3. §. 1. D. de duobus reis*, non est attendendum quot sint personæ creditorum, sed quot debita existant, cum simul extinguantur, quare id ostendit Paul. in pluribus argentariis quorum nomina simul facta sunt, omnes enim vnius loco numerabuntur, quia similiter omnium vnum debitum est. Sic cùm plures tutores pupilli creditoris conueniuntur, vnius loco numerantur, est, quia vnius pupilli nomine conuenerūt, nec nisi vnum creditum est, & vnus creditor, nā si plures quoq; creditores vnius loco sunt, cùm vnum creditum est, vt in correis credendi, & pluribus argentariis diximus, quanto magis idem dicendū est cū neq; plura sunt credita neq; plures creditores, vt in tutoribus eiusdē pupilli creditoris. Addit. Paul. vnū tutorē pluriū pupillorum quamuis non vnum debitum sed multiplex sit, & ex alia atque alia causa prætendentium, si conuenerit cū cæteris creditoribus ad paciscendum cū hærede, vnius loco esse, hanc enim Pauli mentem esse demonstrat Anton. Faber, & emendandam esse vulgatam lectionem *plurium pupillorum nomine vnum debitum prætendentium*, legendumque *vnus tutor plurium pupillorum non vnum debitum prætendentium*. Et sanè si plures illi pupilli non nisi vnum idemque debitum prætendunt, quia v.g. sunt correi credendi, vel hæredes correorum credendi, casus iam definitus erat à Paulo, vt in cæteris correis credendi & argentariis quos dixit haberi loco vnius, quia vnum est debitum, & vna obligatio, idque verius erit in tutore cuius persona reuera vnica est, quàm in correis credendi qui reuera plures sunt: neque ratio quam Paulus affert, vt probet vnum hunc plurium pupillorum tutorem, vnius loco esse, quia nequit vnus homo plurium vicem sustinere, bona foret, nam si in ipsis pupillis ipsa personarum diuersitas non facit quin vnius loco habeantur si vnicum debitum sit, vt fatetur Paul. cur tutor non substinebit plures personas pupillorum, qui vnius loco habentur, & cur ipsemet tutor eo casu non vnius loco habebitur. Quare vides hanc Pauli rationem minimè quadrare cum illa vnitate debiti, & obligatione plurium pupillorum quam habet vulgata littera; at si ponamus plurima debita plurium pupillorum nomine prætendi ab vno eodemque tutore, nulla alia ratio afferri potest cur vnus ille tutor vnius loco sit, quàm quia *difficile est vt vnus homo plurium vicem sustineat*, vt inquit Paul. quæ tamen ratio non est in vniuersum accipienda quasi nunquā vnus & idē homo plures personas distinctas gerat, id enim falsum est, *l. si pater familias* 15. *§. 1. D. de adoptionib. l. idem* 6. *D. quod cuiusque vniuers. nom. l. debitor* 39. *§. vltimo. D. ad S.C. Trebellian. l. si reus* 13. *D. de duobus reis. l. si duo* 93. *D. de solution.* Atque ne abeamus à tutore id ipsum contingit quoties vnus idemque tutor plures, diuersasque plurium pupillorum tutelas gerit *§. item tria, Inst. de excusat. tutor. l. accipientis* 15. *D. de author. tutor.* Quare distinguendum est inter ea quæ vel ex personis pupillorum vel ex causa patrimonij æstimanda, & ea quæ ab ipsa tutoris persona dependent: priore casu plurium personas sustinet qui plurium pupillorum tutor est, aut qui alia de causa duplex ius habet, at verò in posteriore casu, & in his quæ ab ipsa tutoris persona dependent fieri nequit vt cum sit vna persona, plurium vicem gerat. In nostro verò hoc casu agitur de exquirenda & sequenda tutoris voluntate quæ hoc loco non potest aliter quod ad vnum ex pupillis, aliter quod alium sentire, pro vno igitur haberi debet, non pro pluribus. Rationem addit, *nam nec is quis plures actiones habet plurium personarum loco accipitur, aduersus eum qui vnam tantùm actionem habet.* Non habetur verò plurium personarum loco is cui plures actiones competunt, ex variis causis proficiscentes, quia plurium vices sustinere non potest, *l. pupillus, §. pupillus. D. de author. tutor. l. nemo* 14. *§. 1. C. de adsessoribus. l. constitutio rei, C. de procurator.* quare & idem erit si quis non tantùm plurium pupillorum, sed etiam plures tutelas gerat, vides itaque Paulum progredi à minus difficilibus ad difficiliora, & ab eo casu quo est vnum debitum ad eum in quo sunt plura debita.

Sed redeamus in viam: diximus contractum cum decoctoribus celebratum à deputatis creditorum, aut à maiori parte eo modo quo illorum maioritatem hactenus explicuimus, firmum esse, & ab aliis qui dissenserunt rescindi non posse, addo & hos dissentientes ad obseruationem contractus eiusmodi cogi posse prehensione ipsorum & incarceratione, ex decreto Curiæ 29. Iulij ann. 1528. & 6. Februarij anno 1582. & 28. Maij 1599. 7. Septembris 1601. quæ referuntur à Mareschal. qui galliceè de cambiis, & recambiis scripsit Parisiis an. 1625. vbi & ista intelligi vult de creditoribus omnibus siue chirographariis siue hypothecariis, licebit tamen recusantibus subcribere

pactis

pactis conuentis, cauſas recuſationis afferre;v.g. illis contineri manifeſtam iniuſtitiam, cùm demonſtrare queant maiores eſſe facultates decoctoris. quàm deputatis,& ſyndicis exhibitæ fuerint; ita Boëtius *quæſt.*215. Eiuſmodi deinde acta & contractus probari debent à ſuprema Curia,& eius authoritate firmari,ſiue homologari. Demùm debitores dant vades & fideiuſſores promiſſorum, niſi liberentur ea actione à creditoribus,ſed plerumque fidem frangunt,& iſtis aliiſque pactis conuentis non ſtant, vſurpantq; illud Plauti. *Pudere non pluribus literis ſcribitur quàm pigere.*

12 Vbi non conuenitur inter decoctorem & eius creditores, ſed omnia eius bona cedunt creditoribus diſtribuenda,hæc ſectio & partitio ſiue tributio ſic fieri ſolet.

Primò enim ſumptus omnes qui à ſyndicis & deputatis creditorum facti ſunt in agendo contra decoctorem, bonorum illius inuentario conficiendo, iiſque recuperandis,& ſeruandis,deduci debent ex tota ſumma, *l.7.§. quoties. D.depoſiti.* Planè ſumptus qui neceſſariò factus eſt ſemper præcedit,nam deducto eo bonorum fraudatorum calculus ſubduci ſolet.

Secundò ſi decoctor appareat eſſe ſoluendo,& interea dum bonorum excuſſio fit, aliqui creditores mobilia iure capiant, ac vendi curent, poterunt eorum pretium capere data idonea cautione,ſe illud refuſuros & collaturos ſi ad bonorum ſectionem decoctoris deueniatur. Ita conſuetudo Pariſ. *artic.* 179. quem plurima Curiæ decreta, & vniuerſalis ferè praxis confirmarunt hactenus.

Tertiò in ſectione & partitione bonorum mobilium ſinguli creditores partiuntur pro rata debiti, *l.procuratores 5.§.fin.D. de tributoria actione,* ſumuntq; ſibi in ſingulas libras Gallicas, ſolidum item Gallicum, *vn ſol par liure*; hoc eſt vigeſimam partem libellæ Francicæ,quæ viginti ſolidis Turonenſibus conſtat, ſuntque in hac ſectione & tributione pares omnes creditores pro rata debiti, vt dixi, ſiue ſint chirographarij, ſiue hypothecarij, ſiue priuilegiati, ſiue non,ex art.179. conſuetud. Pariſ. Lugduni quod iure ſcripto regitur, non conſuetudine, creditores hypothecarij, vel qui publicis inſtrumentis manu notarij ſubſcriptis, habent obligatos creditores, præferuntur chyrographariis etiam in bonis mobilibus,eo quod ex iure communi hypotheca conſtitui poſſit in re mobili, *l.15. D.de pignoribus,*& *l.nomen 4. C.quæ res pignor.* Itaque contra receptam toto regno conſuetudinem in cauſa Lugdunenſi videri iudicandum eſſe hac in parte magna contentione diſceptatum eſt in Senatu Pariſ. ann. 1608. quare 2. Maij,Patres conſcripti edixerunt cauſam illam, vti grauioris diſceptationis, in conclaui, & ſecreto conſeſſu cognoſcendam eſſe ex ipſis actis. *La cauſe fuſt appointée au Conſeil.* Anno verò 1611. Die 27. Augusti decreuerunt iidem Patres, vxorem cuiuſdam Lugdunenſis, non modò cæteris creditoribus etiam hypothecariis præferendam eſſe ratione ſuæ dotis, quam repetebat, *ex l. vbi adhuc, & Authent.ſeq. C.de iure dotium*, ſed etiam ratione doralitij, ſiue vti nominant Lugdunenſes, augmenti & acceſſionis dotis,de quo aliàs diximus *in opere de vſuris*; eo quod decoctio illa mariti æquiualeret morti naturali viri, quo caſu agi poteſt ad repetitionem dotis & petitionem augmenti, ſiue donationis propter nuptias ex *citata l. & Authent.* Hoc Senatuſconſultum refert Mareſcall. *tractatu de Cambiis, c.7.ſub fin.*

Quartò, in ſectione & tributione bonorum immobilium debitoris alia ratio ineunda eſt,nam creditores hypothecarij qui vel publicis contractibus, vel decretis Iudicum, quique aliunde priuilegiati ſunt & habent tacitam hypothecam, v.g. minores ratione tutelæ, vxores pro repetitione dotis aut fundi dotalis, fiſcus ratione iurium ſuorum, præferuntur cæteris creditoribus, & chyrographariis pro ratione ſuorum priuilegiorum, niſi fortè forent fraudulenti creditores,vt notat Bald. *conſil.*432. Quare paſſim Doctores *in l. procuratores 5. D. de tributor.* ſcribunt priuilegiatos & hypothecarios creditores in tributum non vocari, quia in his ius pignorum ſaluum eſt, illis priuilegium. Itaque Chyrographarij creditores veniunt dumtaxat in tributum, *l.1. §.ex contrario, D.de ſeparation. bonorum.* Ratio verò propter quam ita vniuerſali conſuetudine ſeruatur, petitur quia cùm iſti creditores habeant debitorem ſibi obligatum, ſchedio dumtaxat priuata debitoris manu ſubſcripto, abſque notario, facilè fuerit debitori noua ſchedia conficere, aut die qua libuerit notare, itaque locus erit innumeris fraudibus ad quas vitandas ſapienter conſtitutum fuit, vt omnes eiuſmodi creditores æquales & pares eſſent in tributione, pro rata tamen ſui debiti.

Hinc intelliges quàm ſapienter voluerit Vlpian. *in l.procuratores 5. §.vlt. D. de tributor.* tributionem fieri pro rata eius quod cuique debetur, ideóque ſi vnus creditor poſtulet tribui, integram ſuam portionem conſequi, quia tamen fieri poteſt vt alij quoque exiſtant peculiaris mercis creditores, cauere debere hunc creditorem ſe pro rata refuſurum, ſi alij creditores emerſerint. Videri enim poſſet eos qui priores fuerint tempore in debito contrahendo, aut qui priores egerunt, potiores eſſe iure, neque onerandos eſſe cautione de reſtituendo eo quod plus ipſi ſua parte perceperint, ſi fortè contingat alios deinde creditores ſiue anteriores ſiue poſteriores emergere,ſibi enim imputare debent quod tardius venerint, & qui priores contraxerunt videntur potiores eſſe iure vt ſolidum quod ipſis debetur, conſequantur, nam & in pignoribus qui prior eſt tempore, potior eſt iure, *l. ſi fundum 4. C. qui potior. in pignor. hab.* qui etiam diligentiores fuerunt in agendo, & actionem occuparunt, potiores habentur, vt contingit in actione de peculio, *l.ſi vero 10.& l.ex facto 52.D. de peculio.* Et ſanè iura vigilantibus ſcripta ſunt, non negligentibus, *l.non enim 16. D. quibus ex cauſis, maior. l.quod autem 6. §.ſciendum, l. pupillus 24. quæ in fraudem creditorum.* Verùm: 13

Reſp. Sapienter conſtitutum fuiſſe vt in actione tributaria in nullo caſu melior eſſet conditio occupantis, ſecus quàm contingat in actione de peculio, vt obſeruat Paul. *l.non enim 6.D. de tributor.* cuius iuris æquitas apparet ex cauſa propter quam potiſſimùm inducta fuit actio tributoria, nimirum vt Dominus, quo ſciente ſeruus in aliqua merce peculiari negotiatus eſt, cæteris creditoribus omnibus, tanquam extraneus exæquetur,& vt ei priuilegium quod habet in actione de peculio auferatur. Nulla verò alia ratione habet hoc priuilegium, quàm quia intelligitur fictione iuris cæteros omnes ſerui ſui credito

creditores præuenisse & occupasse, ac prior egisse, sibique soluisse, *l. sed si damnum 9. §. peculium*, & *l. ex facto 52. §. prætereà, D. de peculio.* Vt itaque hoc priuilegium iure domino tolleretur, necessarium fuit constitui vt in actione tributaria occupantis conditio melior non esset, alioquin iniquum fuisset in ea actione meliorem esse causam occupantis, & domini deteriorem esse, cui nempe occupationis priuilegium fuisset ademptum, cæteris autem creditoribus saluum maneret, neque debet dominus iniuriam pati, licet in tributum vocet, & quamuis prætor noluerit in actione tributaria meliorem esse conditionem domini, non tamen deteriorem esse voluit, sed omnium æqualem: vnde etiam benè colligimus inter alios creditores minimè priuilegiatos, non debere esse aliquam distinctionem ratione prioris actionis aut occupationis, si quæ enim deberet esse melior conditio, deberet potiori iure esse domini, ratione sui serui debitoris.

Iam verò quod obiiciebatur de creditoribus pignoratitiis, non vrget, nam inter illos priuilegium prælationis æstimatur ex tempore, nisi in certis quibusdam casibus aliunde præferantur, *l. 1. l. interdum 5. D. qui potior. in pignor. hab.* Ratio est, ne quod sibi quis suo facto, propriaque conuentione quæsiuit, illi alieno facto eripiatur *l. Granius 71. §. penult. D. de fideiussoribus*, *l. vlt. D. de pactis.* Pignoris autem conuentio afficit rem obligatam & eam sequitur quocunque ierit *l. pignoris 18. l. debitorem 15. C. de pignor.* Quare illa vulgaris paræmia, debitorem quemlibet adiiciendo posteriores creditores, posse facere conditionem anteriorum deteriorem, non valet in creditoribus pignoratitiis & chyrographariis qui neque pignus, neque aliam actionem quàm personalem, habent, quare ipsorum priuilegia non æstimantur ex tempore, sed ex causa, & ideo si eiusdem tituli fuerint, quamuis diuerso tempore, concurrunt, *l. priuileg. 32. D. de rebus author. iud. possid.* aliàs *l. 18. D. quæ in fraud. credit.* Occupantis igitur conditio non fit melior in ipsis. Cùm igitur cæteris paribus necesse sit æqualem esse creditorum omnium conditionem, & non meliorem eorum qui aut prius contraxerunt, aut prius egerunt, imputari iure posset domino qui in actione tributaria serui, diligentioribus solidum tribuisset, si non cautionem ab iis postulasset, qua cauerent se pro parte refusuros, si qui creditores alij emersissent, neque videretur dolo carere, *l. dolo carere 41. D. ad l. falcid.* & *l. penult. D. de hereditat. petition.* ac proinde cogendus esset de suo soluere, quod ex peculiari merce creditori iam tradita amplius non esset. Non potest tamen vni ex peculiaris mercis creditoribus agenti, etsi fieri possit, vt alij eiusdem mercis existant, cum tamen nondum appareant, non fieri mora, siue solidum quod petit ei negari: quomodo enim posset ei pro rata tribui nullo alio apparente creditore ex cuius comparatione posset illa rata portio constitui. Sic virilis portionis nomine totum continetur, *l. virilis appellatione 145. D. de verb. sig. l. si duobus 16. §. vlt. D. de legat. 1.* Quia nec virilis nec rata portio vlla est quæ non fiat per aliarum concursum, & proinde nemine concurrente solus solidum consequitur, *l. coniunctim 80. D. de legat. 3.* Sed tamen vt sapienter ait Vlpian. *in l. procuratoris, cit.* creditor qui prior agit & postulat, cauere debet aduersus periculum aliorum creditorum, qui possunt emergere se refusurum pro rata, si emergant; atque ita æquissimo temperamento huiusmodi cautionis remedio consulitur omnibus, ne quis ex alterius facto damnum sentiat, aut ex alterius damno lucrum, & denique nemo lucretur.

Quintò quæ diximus de æqualitate siue pari- 14
tate creditorum in tributione bonorum mobilium decoctoris, aliquas patiuntur exceptiones.

Primò si creditor habeat sibi rem aliquam mobilem oppignoratam, quod iam monuimus ex *l. eos qui. 9. C. qui potior. in pignor.* & habet consuetudo Parisiensis, *art. 181.*

Secundò si res illa fuerit in depositum data, eaque extet, illam enim deponens sibi vindicat, quod & nuper significauimus, ex *l. si ventri 9. §. in bonis. D. de priuil. creditor.* de cuius conciliatione cum *l. 7. §. quoties.* & *l. 8. D. depositi.* statim dicam. Huic iuri consentit *art. 181. consuetud. Parisiens.*

Tertiò si deposita fuerit apud mercatorem, qua ad libitum tamen vteretur ad sua commercia, nisi extent ipsi nummi, non erit locus vlli priuilegio: quia eiusmodi nummorum dominium translatum fuit ad depositarium, & depositum transiit ad creditum, ac mutuum, *l. procuratoris. 7. §. si plures. D. de tributor. l. si hominem 7. §. quoties, D. deposit.*

Quartò, idem contingit quando deponens vsuras ex pecunia deposita percepit à depositario, quia reuera tunc verè credidit, & non propriè deposuit *in cit. l. si ventri, §. in bonis.*

Quintò si plures apud eundem diuersas summas deposuerint, præferuntur quidem aliis creditoribus ratione depositi, omnes tamen inter se veniunt in tributum, excepto illo qui ex suo deposito percepit vsuras, qui vti diximus creditoribus cæteris in omnibus æquiparatur.

Sextò mercator qui decoctori merces vendidit, præfertur cæteris omnibus creditoribus ratione sui debiti quoad eiusmodi merces, si extent adhuc apud decocturem: volunt tamen aliqui venditorem cauisse sibi de hypotheca in eiusmodi mercibus ad integram vsque solutionem pretij, siue ea obligatio & hypotheca fuerit in ipsa venditione, siue post paullo & incontinenti, siue saltem in ipsa traditione, alioquin venditorem nihil præcipui iuris habere in eiusmodi mercem extantem licèt, quia fidem habuit de pretio, & translatum est dominium in emptorem, ideoque illæ merces in ius creditorum abierunt. Statuit tamen consuetudo Parisiensis art. 176. eum qui rem mobilem vendit, nulla die dicta solutioni, quam sperat breui faciendam, posse illam persequi in quemcunque locum transuecta fuerit ad solutionem pretij capiendam. Addit deinde art. 177. etiamsi dies solutioni præfinita fuisset, præferendum tamen esse venditorem cæteris creditoribus, qui illam occupassent, posseque impedire eius venditionem, in eaque præferendum omnino esse, quod intelligendum est quandiu merces illa est in dominio, & possessione debitoris. Atque huc omninò pertinet distinctio quam adhibet Vlpian. *in cit. l. procuratoris. §. sed si dedi.* an si dedi mercem meam vendendam, & illa adhuc extet, vocari debeam in tributum. Distinguendum enim esse respondet Vlpian. an in creditum abierim, nec ne. In priori siquidem casu in tributum iure vocabor, etiamsi extent merces, quas vendidi. In posteriore vindicare eas mihi possum quasi

meas,

meas,& nondum alienatas Ratio est quia licet in cæteris contractibus transferatur dominium per traditionem,in venditione tamen res à domino venditæ & traditæ,non acquirũtur emptori nondum pretio soluto, aut nisi datis fideiussoribus, aut alia ratione satisfactum fuerit venditori,vbi igitur merces venditæ sunt adhuc meæ,quia licet illas tradiderim emptori,nondum tamẽ mihi pretium solutum est,aut alio modo satisfactum,possum illas vindicare tanquam meas,& non cogor, aut vocari in tributum debeo, ad illud enim non veniunt nisi creditores, non autem domini qui actionem habent in rem,& non tantum personalem,vt creditores. At vero cùm merces desierunt esse meæ quia & venditæ & traditæ sunt,& mihi de pretio satisfactum,non possum alio quàm creditoris iure censeri,*l.creditores* 10.*D.de verb.sign.* Possum igitur & debeo in tributum cum cæteris vocari,atque ita perdere quod plus erit in mercium pretio, quàm illud quod per tributariam consequi potero, nam tributaria nunquam datur in solidum sed facta æstimatione totius mercis,& eius quod inde receptum est æstimatione,& facta distributione inter cæteros creditores pro rata portione eius quod singulis debetur, nisi cùm vnus tantùm appareat creditor,tunc enim solidum consequi poterit præstita cautione de refundẽdo eo quod amplius sua parte perceperit si cõtingat alios creditores apparere,vti superius monuimus.

Septimò qui rem suam immobilem vendidit & tradidit & fidem habuit de pretio,eiusque nondũ soluti creditor existit,si emptor decoquat eiusq́ȝ bonorum sectio & tributio fiat, non præferetur aliis creditoribus nisi hypothecam sibi in eo fundo reseruauerit.Immo si ab aliis creditoribus hypothecariis anteuertatur,periculum incurrit non modo amittendæ partis pretij,sed ipsum fortassis totum pretium,deq; se solo queri potest,qui minus cautè,& prudenter egerit,neque aduersus periculum aliorum anteriorum creditorum sibi prospexerit,vti poterat, licebat enim ipsi quam voluit legem & conditionẽ rei suæ dicere in venditione *l.venditor* 13.*D.commun.prædior*.etiam in præiudicium creditorũ anteriorum, nam & in traditionibus rerum quodcunque pactum appositum valere oportet *l. in traditionibus* 48.*D.de pactis*.quia nec aliter venditurus,nec traditurus fuerat.*l.vlt. C.de pactis inter emptorem & venditorem.*

Octauò qui pecunias dedit mercatori ea lege vt eas in coëmendis mercibus impenderet, non præfertur creditori habenti generalem hypothecam anteriorem,sed solũ habet priuilegiũ in personam,ac proinde præfertur chyrographariis creditoribus ait gl. ad *l.quod quis. D.de priuil.credit.*

Nonò prior creditor hypothecarius præfertur posteriori licet iam occuparit rem hypothecatam immobilẽ,*l.si prior.§.fin.D.qui potior.in pign.*alioquin decoctor posset fauere posterioribus creditoribus,& fraudare priores.Ideoque vbi contractus & pacta eodem die celebrata sunt, inspicitur hora diei qua conscripta & subsignata sunt, qua de causa edictum Blesense *art.*167.iubet notariis exprimere horam celebrati cõtractus,an ante vel post meridiem,alioquin instrumentũ & contractũ nullum & inualidum esse constituit. Si verò contingat diuersos contractus eadem die, & hora scriptos, & celebratos esse constet, in illo dubio consideratur ordo quo in codicem tabellionis relati sunt, in eiusque tabulis perscripti,*en la cede*: itaque pronunciatum fuisse à Senatu 12.Februarij anno 1601.refert.Marescall.*c.*1.*citato.*

Decimò existimauerat Bald. *in l.fin.C.depositi.* creditores qui pecuniam mutuam gratis dederant debitori, præferendos esse fœneratoribus etiam anterioribus ex quadam æquitate, verum cùm nulli fere mercatoribus decoctoribus pecuniam gratuito suppeditent; & absque legitimis aliquibus vsuris, ea quæstio inutilis omnino videtur,& quamuis eo casu Baldi sententia videretur admodum æqua,probanda tamen non esset propter grauia incommoda:ex ea enim pateret aditus pluribus : nam decoctor quos vellet creditores gratuitos in suis codicibus rationum scriberet, atque ita cæteris præferret.

Vndecimò quod superius in bonis decoctoris tribuendis potiorem haberi rationẽ depositariorum diximus monet Vlpian. *in l.7.§.quoties foro, D.depositi*,intelligẽdum esse ante priuilegia, puta actionem funerariam, dotis, & tutelæ,de quibus *l.quæsitum* 17.*& sequent. D. de reb. auth.iud. possid.* & *l. pen.D.de relig. & sumpt.funer. l.ex plurib.*42. *D.de administ.tut.* & tamen eorundem depositariorum habendam esse rationem post priuilegia, non ita pridẽ diximus ex eod. Vlpian.*l.si ventri* 9. *§.in bonis D.de priuileg.*id est post creditores,quorum præcipuus fauor dedit illis priuilegium prælationis inter creditores personales, quorumque priuilegia non æstimantur ex tẽpore,sed ex causa, *l.priuilegia* 32.*D.eod.* secus quàm accidat in creditoribus hypothecariis quorum priuilegia non æstimantur ex causa,sed ex tempore,vt qui in illo prior est,sit quoque potior in iure. exceptis quibusdã casibus,quæ omnia iam sæpiùs obseruauimus. Pugnat igitur Vlpianus apertè cum seipso, laborant interpretes in dictorum vnius eiusdemq; Vlpiani pugna componenda,sed non satis fœliciter. Ad extremum Antonius Faber distinguendũ esse ait inter nummularios,de quibus ibi agit Vlpianus,qui foro cedant ex infortunio, sine dolo malo,& eos qui dolo malo id faciunt;nam priore casu potior est causa creditorum qui priuilegio prælationis gaudent quàm depositariorum,secus verò in posteriore casu præferri debet qui deposuit,cùm dignior sit cui succurratur aduersus dolum,& cũ non tam depositarij quã publicam fidẽ sequutus fuerit,& ne alioqui deterreantur homines à deponendis pecuniis penes argentarios, quorum vsus in republica,& ad publicam vtilitatem pernecessarius creditur. De priore igitur casu loquitur Vlp.*in l.si ventri*, de posteriore *in ista* 7. *D.depositi*,non tamẽ sibi acquiescit Faber in hac conciliatione,& ait si cui non arrideat ea responsio,ex duabus illis Vlpiani pugnantibus sentẽtiis sequendã esse quã posteriùs tradidit *in l.si ventri*, *§.in bonis*; est enim accepta ex posterioribus Vlpiani libris ad edictũ,& facilè contingere potuit vt Vlpian. sententiam mutauerit,& meliorem re diutiùs perpensa,fuerit amplexus,neque id nouũ, cum similis sentẽtiæ variatio contigerit Papiniano,Scæuolæ,& Volusio Mæciano,vt ibidem obseruat Faber. Pacius aliter antinomiã soluit,vt si deponẽs in rem agat præferatur priuilegiis personalibus,si depositi agat iisdem postponatur.

His omnibus subiungi possent aliquot quæstio- 14
nes,de quibus Stracca *disp.*5.*&* 6.*part.tract.de decoctorib.* sed vel ad solum forum externum pertinent, vel iam à nobis varijs in locis explicatæ, sunt;ea vna iterum replicanda videtur, an creditores qui modica summa accepta totum residuum remittunt, aut acceptum ferunt decoctori, possint deinde ab illo condictione ob turpem causam,residuum eiusmodi repetere, & an decoctor

vbi in pinguiorem fortunam coaserit, obligetur in conscienoa,quod sibi ab inuito creditore condonatum, siue remissum fuerat propter periculum totius amittendi,ipsi restituere.

Resp. primò quoad condictionem debitoris ob turpem causam, illam hoc casu eoncedunt Alexand. Iasoo, & alij permulti celebres Iurisconsulti,quos Straeca affert *p.6. n.1.* in iisque est Boërius *decis.15.* & randem concludit Stracca locum esse condictioni quando pactum illud quo remittitur residuum debiti,extortum fuit,non vero quando gratis factum fuit. Verum eum passim illa partis condonatio fiat metu totius debiti amittendi, & ab inuito creditore, semper extortum dici poterit einsmodi pactum,cùm creditores inuiti omnino consentiant & paucissimi gratis moti calamitate decoctoris suum debitum illi coodooent,atque ita semper locus erit condictioni, immo quod secundo loco quærebatur in conscientia obligabitur quod ab inuito, & coacto creditore sibi remissum ita fuit, illi restituere,vbi in pinguiorem fortunam euaserit, cum eiusmodi condonatio fuerit omnino extorta & inuoluntaria,quod patet ex perpetuis querelis creditorum qui doleut se bonis spoliatos, dum vident decoctores bonis sibi remissis, & iis quæ ex eiusmodi coacta remissione lucrati sunt ditescere,atque in ampliorem fortunam euectos.Non sunt igitur illi decoctores in conscientia tuti.

Resp. secundò qui infortunio quodam decoxerunt,& deinde sine fraudibus ac dolo cum creditoribus conuenerunt,qui vicem decoctoris miserati eiusque veræ inopiæ conscij, partem debiti condonarunt,mutata deinde inconstanti fortuna, sua iodustria, aliisque remediis legitimis booa deperdita recuperarūt, & auxerunt,damnari non possunt,neque creditores possunt sua debita condonata condictione ob turpem causam repetere, neque queri se coactos metu iniustè iocuisse condonasse,sed ex meto casu & infortunio ac proinde voluntariè,& liberè contraxisse eo modo quo vrgente tempestate metu naufragij merces iaciuntor à vectoribus, id quod etiam posse aliquādo à nauarcho fieri,diximus aliàs,ac proinde nullo iure repetere possum à decoctore debita remissa, neque ille ea restituere tenetur quamuis dives factus sit. At verò si fraus aliqua interuenerit vel in ipsa decoctione, vel in ipsa conuentione propter occultata bona,vel immutata,aliaque simi lia,existimo totam eam conuentionem esse inuoluntariam creditoribus propter insignem dolum & fraudes,ac proinde reipsa nullam aut saltem iniustam,& obligari deceptorē ad reparanda damna quæ ex ipsa conuentione decepti creditores patiuntur. Quarè si ex fraudes probari possint repeti posse debita remissa, condictione ob turpem causam;si vero probari non possint iuridicè, vti communiter contingit,si tamen veré commissæ sint eiusmodi fraudes, teneri decoctorem qui ipsarum non potest non esse conscius,damna quæ suis fraudibus intulit emendare,neque posse bona quæ suis fraudibus acquisiuit retinere, atque in eius saltem defectum qui illum ope aut consilio iuuarunt ad committendas eas fraudes, & creditores spoliandos, cogendosque ad iniustas, sibique damnosas conuentiones, ea ratione qua dicemus libro sequenti vbi de restitutione. Addo & creditores ita iniustè, & per dolum læsos, si non possint aliter reparationem damni sibi iniosti illati obtinere, posse vti occulta compensatione,eo modo quo nuper dicebamus.

ARTICVLVS II.

De cessione bonorum.

Cessio booorum,omissis variis eius descriptionibus quas ex Azone aliisque Iurisconsultis refert & expendit Matth. Brun. *tract. de cessione bonorum q.1.* est beneficium siue remedium miserabile & flebile, debitori pro carceribus euitandis concessum. Hanc definitionem probat & explicat Brun. *q.1. cit.* Sanè miserabile subsidium iuta sæpius nominant,cùm non detur nisi inopi,& illum omnibus suis bonis spoliet,vix ipso relicto,vt loquuntur Interula, neque tamen ipsum omni ære alieno liberat,si redeat ad pinguiorem fortunam, vt statim dicam. 1

Sumitur hæc definitio ab eius præcipuo effectu vel fine qui sæpè in moralibus coincidunt, ideoque causalis est tota definitio. Dicitur autem beneficium,quia licèt post eam cessionem bonorum, illorum venditio fiat *l.3. & 5. D. de cessione. bonorum, l.1. & 4. D. qui bonis cedere poss.* non tamen ita cedentes infames sunt, cùm ea venditio non fiat illis iouitis, *l. vlt. C. qui bonis cedere poss. & l. debitores 11. C. ex quibus causis infam.* nihilominus *Nouell.135.* ignominiam ex eiusmodi venditione contrahi vult. cui consentit *l.23. D. quæ in fraud. credit. & l.6. D. de interrogat.* quam anonomiam sic componunt Cuiaci. *in Nou. cit.* & Hotman. *in §.1. Inst. quibus ex causis manum.* vt infamia non contrahatur, cum in edicto prætoris de infamibus nulla huius rei mentio fiat, contrahatur tamē aliqua nota qua viuentium pudor & mortuorum existimatio apud bonos & graues viros oneratur, velut in specie *l.2. D. de obseq. parent.* Deinde debitores qui soluendo non sunt carceris & vinculorum periculo liberat cessio bonorū, *ex l. Iul.* ideòque legis Iuliæ beneficium nominatur, quod vt plenius intelligatur paucis hoc loco aperiendum est quodnā fuerit vetus ius Romanum circa debitores, variū enim fuit: nam lege XII. Tabularū si damnati debitores iudicatum facere non poterant, ius fuit creditoribus vt publicè vēderentur, atq; addicti seruirent, id est in neruo operas darēt, quod ex Agell. *lib.20. c.1.* Quintil. *lib.5. & lib.7.* aliisque diximus aliàs in opere de vsuris. Immò & Reges exteros qui soluendo non erant cum purpura, sceptro & corona in sella regia collocatos publicè vendebant, quod de Ptolemæo Cyprio Rege, à Clodio Tribun. plebis præscriptum fuisse queritur Cicero *pro Sextio, & pro domo sua.* Prius verò quā debitor ipse publicè venderetur, omnia eius bona publicè, constituta auctione distrahebantur sic vt oe ad victum quidem, & cultum quidquam ei relinqueretur teste Agellio *loco cit.* & Quintil. *c.6. lib.3.* & sic infamia ontaretur, ex Tertull. *in Apologet.* vniuersæque eiusmodi bonorum venditionis meminit *§.1. Inst. de success. sublat.* eò pertinet locus ille Cicer. *Philipp.11. Videte etiam per Deij auctionem clarissimi viri qui maiorum suorum exempla persequens, pro alieno se ære deuouit emptori, id est bona sua vniuersa vendi passus est.*

Inde

Inde confictum sectionis bonorum nomen, non dubitarim propter caput illud Legis XII. Tabul. quod corpus debitoris secari ac dividi inter creditores permittebat, vt cùm lex à corpore ad bona translata esset, nomen re mutata permanserit,vt *in l.insula 59.D.de acquir.rer dom.* Habes igitur ex his duplex ius, primum Legis XII. Tabularum,vt creditores debitoris corpus dissecarent, atque inter se partirentur. Secundum ius tacito populi consensu inductum est,vt oblata illa crudeli debitoris sectione,eius omnia bona venderentur, & inter creditores secarentur, & ipsi debitores in vinculis essent, & addicti quod etiam valde inhumanum erat, & funeri ac morti comparat Cicero *in orat.pro Quint. Si funus id habendum sit quo non amici conueniunt ad exequias cohonestandas, sed bonorum emptores vt carnifices ad reliquias vitæ lacerandas, ac distrahendas:* nam neque victum, neque cultum relictum fuisse iam monui,testaturque Cicero *in illa eadem orat.Cuius non modo illa ampla ... fortuna, sed etiam victus, vestitusque necessarius sub præconem cum dedecore subiectus est, is non modo ex numero viuorum exturbatur, sed si fieri potest, infra etiam mortuos amandatur.* Addictos quoque ea ætate fuisse debitores, & in vinculis, habes ex *lib.2.de orator.*apud Nonium; *Quo modo ... duci videt percontatur ita,quanti addictus? mille nummum, nihil addo, ducas licet.* Sunt & innumera alia einsdem rei testimonia. Deinde anno V.C. 427. Pætilius & Papyrius coss. legem tulerunt ne quis deinceps nexu aut compedibus teneretur,pecuniæ creditæ bona debitoris, non corpus esse obnoxium. Sic enim ait Liuius *lib.8. iussi consules ferre ad populum, ne quis nisi qui noxam meruisset, pœnam daret in compedibus,aut in nervo. Tum igitur obseruari cœptum est,vt qui creditoribus addicerentur soluti operas darent.* Verùm cùm neglecta fuisset illa lex propter fœneratorum potentiam,subinde C.Popilio,rogante Sylla dictatore constitutum est, vt qui bonam copiam eiurarent non essent nexi,inquit Varro *lib.6. de lingua latina sub finem.Bonam*, autem, *copiam eiurare*, est iurare se in bonis non habere vnde dissolui æs alienum posset, inquit Festus,*significat id quod desideratur non posse præstari* Plautus eiurauit militiam: quia tamen ea lex Popilia non diu tenuit sine creditorum acerbitate, siue quia Syllæ acta rata non sunt habita, queritur que Cicero *orat.in Rullum*, iniquissimam omnium legum, difficillimamque L Flaccum interregem de Sylla tulisse, vt omnia quæcunque ille fecisset essent rata, idcirco lata deinceps est lex Iulia siue à Iulio,siue ab Augusto,vt debitoribus qui soluendo non essent bonis suis cedere liceret, quæ bona creditores,si eis videretur,publica constituta auctione diuenderent. Qui bonis cessissent in eos creditoribus ius nullum esset, neque eos vel in seruitutem vel ad operas dandas addici, aut in carcerem compingere,aut vllo modo in eos animaduertere liceret *l.1. & l.4. C. qui bon. ced. poss.* Aliqui tamen carcerem à nexu & compedibus ita separant, vt lege Popilia vincula sublata fuerint. Carcer autem priuatus,siue custodia,in creditoris domo vsque ad l. Iuliam permanserit *l.1. C.eod.*quod tamen legis Iuliæ beneficiũ nõ pertinuisse ad decoctores,qui sua nequitia bona perdiderãt,sed ad eos qui maiore aliqua vi velut incẽdio,naufragio, vel hostiũ incursu fortunis euersi essẽt,docet *l.1.C.Theod.qui bon.ced.poss.& Nou.135.*

Quæres quid opus fuerit isto legis Iuliæ beneficio quandoquidem ex lege Porcia,& Sempronia ciuium Romanorum corpora sacrosancta quodammodo essent, neque verberibus in eos animaduertere liceret.

Resp. In primis has leges Porciam & Sempronia non pertinuisse ad fures,& decoctores,atque etiã renuntores qui potentiorũ sæuitiam non effugiebant,quod constat ex *eod.l.1.C.Theod. qui bonis cedere poss. & l. si victum 33 D.de re iudic.* Ex quibus constat carcere & vinculis, atque suppliciorũ acerbitate,vt loquitur Gratian *in l.1.eiu.*decoctores ac debitores malos ac nequã fuisse puniros. De furibus autem, & seruis nequam apud triumuiros capitales ad columnã Mæuianam puniri solitis,habes *in Verrina 3.&orat.pro Sextio.* De inopibus debitoribus quos fœneratores etiam defunctos pro pignore tenebant dixi aliàs in opere de vsuris, ex Ambros. *lib.de Tobia,c.10. & c.8.& lib.de Nabuth.c.5.& lib.1.offic.*& denique de debitoribus qui sua culpa,& nequitia tales sunt,obuia sunt iura;nam *l.arbitr. 49.D.de adminis.tut.* tutor qui pecuniã pupillarẽ non exercoir,si ad damnum resarciendũ idoneus non est,extra ordinem coërcetur: & *in l.3.§.qui pecuniam.D.eod.*tutores impubes in administratione versati vinculis publicis contineri iubentur; *l.si pro aliquo 21. §.1. D ad Vellejan.*parer iudicatus propter solutionem vexari dicitur,*l.vlt.in fin.D.quæ in fraud. creditor.* fraudator conuentus pœnam subire dicitur.Valerius Maximus *lib.4.c.1.*scribit Cornel.Scipionẽ Asiaticum, cùm iudicatæ pecuniæ satisfare non posset,in carcerẽ a consulibus duci iussum esse;ad hæc igitur tollenda facta bonorum cessione fuit opus lege Iulia,quãquam fortassis non ita sanctè postmodũ fuerit obseruata,nam & addicti creditoribus seruiebant,licet serui non essent.Et Constantin.*l.2.Cod.ex.del. tribut.*iubet debitores omnẽ carceris & verberũ timorẽ deponere quæ à peruersis & iratis iudicibus instituta sunt,quoniã carcer pœnalis,carcer hominum noxiorum est,non autem debitorum causa repertus:agit autẽ Constantin.de suis tributis & fisco.His omnibus successit nouissimũ ius Iustiniani *nouella 135.* in qua statuit ne debitores qui non sua nequitia,sed fortunæ vitio; *ἐκ τῶν συμβάντων ἢ ἐν ζημίᾳ* facti erunt non soluendo, bonis cedere cogantur, sed posteaquã iurarint se non habere in bonis vnde æs alienũ soluant,ab omni creditorum molestia liberi,ac soluti sint, quibus tamen actiones peritionesque omnes quæ debito competunt,cõpetituræ sint cederetur, vt si quid aliunde exigere possint,sibi habeant,sustulit itaque Iustinianos & priuati carceris,& vinculorũ periculum,& bonorum venditionem quæ lege Iulia fiebat,ac proinde multo magis sublenauit debitores Iustinian. quàm lex Iulia. Nam primò cùm ex ea lege bona vendebantur,nihil relinquebatur debitori ne ad victum quidẽ & cultum,vti iam monuimus:quod enim *l. qui bonis 6. D. id quod misericordiæ causa*, velut menstruum aut annuum debitori relictum est, adimi vetatur, cùm alimentis quotidianis fraudandus non sit, agit de legato debitori post venditionem bonorum eius à creditoribus factam, misericordiæ causa relicto; quod adimendum negat Vlpian. cùm quod misericordiæ causa donatum est, etipi non possit nisi immisericorditer. Deinde cùm illa venditio bonorum ignominiosa esset,sic enim in ea Nouella loquitur Iustinianus, *ἀσχήματα τὸν βίον ...*

& alibi ἢ τῷ τῆς ἀσχημοσύνης πειρᾶσθαι μέχρι θανάτου ὀνειδισμῷ : quam ignominiam interpretabamur superius notam aliquam quæ non redderet infamem. Hanc verò qualemcunque notam erasit Iustinianus, cùm bonorum venditionem ex qua illa nascebatur sustulit. Tertiò creditores qui huic constitutioni non parerent decem auri libris mulctauit, & vt propter solam ἐνθύμησιν, & peccandi cogitationem, capitis periculum subirent, voluit.

Habes igitur originẽ & causam cessionis bonorum iam pridẽ inductæ lege Iulia, & *Nouella* 135.

2 Inde quoque colliges quinam sint huius cessionis effectus, præcipuus est differre solutionem donec debitor ad pinguiorem fortunam venerit, quare per eam debita sopiuntur, non extinguũtur, vt tradit Less. *lib.2.c.16.dubit.3.* Nauar. *c.17.n.86.* Petrus Nauarr. *lib.4.de restit.c.4.n.47.* Mol. *tract.2. disp.572.* Filluc. *tract.32.c.5.n.153.* Bonac. *de restit. quæst.vlt.puncto 1.n.38.* Turrian. *tom.2.de iust.disp.17.dub.2.n.2.* Lugo *disp.21.n.40.* Ferdin. à Castro *disp.1.de iust.puncto 17.§.7.n.4.* Couar. *lib.2.variar. c.1.n.6.* vbi obseruat cedentem bonis debere præstare cautionem iuratoriam, cum in eo statu aliá dare non possit, de soluendo ære alieno dum fortuna redierit, quare per eiusmodi cessionem neque obligatio naturalis, neque ciuilis soluendi debiti, tollitur, alioquin ipsi creditores potius quàm debitores punirentur cessione bonorum, quod absurdum foret.

Quod verò Guidus Pap. *q.343.* Menoch. *lib.2.de arbitr.casu 182.n.23.* & alij quidam excipiunt cessionem quæ fit alicubi modo & ritu plurimum ignominioso, eamque volunt extinguere omnem obligationem soluendi, licet in pinguiorem fortunam redierit debitor, eo quod eiusmodi ignominia subrogetur loco solutionis, ex *l.vlt.C.de in ius vocand.* ex glossa *in c.sicut dignum, §.eos insuper, de homicid.* quam singularem in hãc causam dixit Felin. *in c.sicut dignum. citatum*, non placet, quia quod vulgo dicitur pœnam corporalem pecuniariæ subrogari, & qui non habet in ære, luere in cute, vera sunt dumtaxat cùm debitũ pecuniarium est pœna à iudice imposita ob aliquod delictum, estque eiusmodi pecunia fisco siue parti applicanda, tunc enim illi pecuniæ pœna corporalis, aut alia quædam succedere potest. Cùm enim pœna debita delicto non fuisset laxata à iudice, sed commutata in pecuniariam, si hæc præstari non potest, manet potius prior pœna corporalis, quàm succedat pecuniariæ propter impotentiam, aliamque causam non præstitæ. Cùm autem debitum pecuniariũ non est impositum in pœnam, sed in compẽsationem damni illati, debetur omnino ea pecunia in vtroque foro, siue sentẽtia lata sit, siue non, neque eiusmodi pœna corporalis tollitur, quia eiusmodi pœna non tollit damnum alteri illatum, & quamcumque ignominiam subierit decoctor & cedens bonis, sua illa infamia non compensat damnum mille aureorum, quod intulerat Caio, vt patet: quare vbi soluendo erit, illos dare Caio tenebitur, præcipuus itaque effectus cessionis bonorum est circa forum externum, isque duplex, primò enim hic debitor non potest in carcerem coniici, & si eo detineatur liberari debet facta cessione, neq; amplius à creditoribus vexari potest, neque quandiu soluendo non erit lis aduersus eum contestari *l.1. C.de cessione bonorum*, & *l.4.§.Sabinus.D.de cess.bon.* Secundò si in pinguiorem fortunam redierit non poterit conueniri à creditoribus nisi in quantum facere poterit, atque adeo ipsi relinquẽtur moderata alimenta necessaria pro conditione eius, vti etiam indulgetur Clericis, Nobilibus & aliis quibusdam obæratis, licet non cedant bonis, id habemus ex *l.4. D. de cess.bon.* & *§.vltimo, Inst.de actionibus.*

Cum itaque præcipui effectus cessionis istius sint circa forum externum, præcipuæ quoque difficultates circa illam sunt forenses, quas dabit Cou. *c.1.cit.* Molin. *disp.572.* & omnium fusissimè Brunus *tract.singulari de cessione bonorũ*, quem adi, illis enim omissis tãquam nostro instituto minus necessariis hæc pauca dũtaxat obseruo & indico. 3

Primò hoc beneficium cessionis, siue vt iura appellant miserabile subsidium non conceditur fideiussoribus qui æquè conueniri possunt atque si debitor non cessisset bonis, quia dãtur vt si debitor soluẽdo nõ sit, ipsimet soluãt *l.heres à debitore, §.quod si stipulator, D. de sol.* & *§.vlt.Inst.de replic.*

Secundò non conceditur cessio debitoribus qui fraude & dolo vtuntur, contrahũt quotidie noua nomina cum sciant se soluendo non esse, neque iis qui sua bona abscondunt: *Leurs effets & facultez*, *l.dolus, D. mandati*, neque iis qui in fraudem creditorum sua bona dissipant *l.finali, §.fin.D.quæ in fraud.credit.* Ita Gomez *de iuram.c.16.n.24.* & *c.17.n.3.* & alij contra Fachin. *lib.13.controu.c.69.* Ratio est quia cessionis beneficiũ non debet esse præsidium dolosorum, neque vti sapienter arguit Gomesius æquum est vt fraudator, qui eo casu puniri de dolo debet, ex eodem dolo beneficium accipiat. Cõmunis verò illa iuris regula quã obiicit Fachinæ. nemo ex his regulis iure quidquam facit, nã defensiones illæ debẽt esse permissæ, & nõ specialiter interdictæ qui illi qui ipsis vti voluerit. 4

Tertiò in delictis, aut quasi delictis non habet locum cessio bonorum, siue quoties quis tenetur ex delicto, rapina, furto, aliisque pro quibus illi pœna corporea foret iniungenda. Ita Panorm. *in c.Odoardus, n.vlt.de solutionib.* Faber *in §.vlt. Inst. de action.* Molin. *disp.572.* Petrus Nauarr. *lib.4.de restit.c.4.n.58.* Laym. *lib.3.sect.3.tract.2.c.12. q.1.* fauetque *c.finem litibus, de dolo & cõtumacia*: quod tamen intelligendum esse de debitis in pœnam criminis impositis existimo, quia alioqui reus ille liberaretur omni pœna, corporali scilicet, quæ in pecuniariã mutata fuit, & deinde pecuniariã cedendo bonis. Longe verò alia ratio est debitorũ quæ debentur creditoribus, illisque adiudicata sunt in compensationem damni à reo accepti, in his enim licita erit reo cessio, quod tradũt Syluester *verb.restitutio 7.q.6.* Nauar. *c.17.n.86.* Gutier. *de iuram.c.17.n.27.* Ferd. à Castro *disp.1.de iustitia, puncto 17.§.7.n.7.* Couarr. *lib.2.variar.c.1.n.8.* 5

Quartò magna lis est an debitor huic beneficio cessionis renuntiare possit, de qua vide Ferdin. Lugo, Cou. Mol. & alios. Aliqui dicunt non valere simplicem renuntiationem, iuratam verò obligare. Mihi vsurpanda quoque videtur hoc loco, sæpiùs in similibus controuersiis vsurpata distinctio. Non potest debitor ita renuntiare huic beneficio vt illi non competat vi legis eam concedentis; poterit, tamen promittere se non vsurum eo beneficio sibi competente, tenebiturque sua promissione, siue simplex fuerit, siue iurata, nisi in iis casibus in quibus propter grauissimas causas obligatio promissionis cessare solet; iuramentumque vel non obligat, promissione cui accedit inualida reddita, vel si relaxatione egeat, illa negari nequit. In Gallia nihil hoc 6

loco

loco distingui inter renuntiationem iuratam & non iuratam obscuriùs Guidus Papa q.411.

8 Quintò in Gallia constitutio Regia non permittit cessionem quoad obligationem eorum quæ sunt ad faciendum. Si enim possit quis exequi, quæ facienda promisit, tenebitur ad illa, etiamsi paratus sit subire damnum, & interesse quod proueniret alteri ex re non facta quam promissor obligatur facere, & potest.

Sextò qui publicam causam habent, & cum quibus est necessitas contrahendi, non possunt si debitores sint, cedere bonis, fidesque publica quam sequuti sunt creditores, impedit in debitoribus cessionem bonorum: at vero priuati debitores personarum publicarum etiam ratione officij, vt pro alimentis in carcere suppeditatis, anticipatis stipendiis officij, cedere bonis possunt, quia ea debita merè ciuilia sunt, & imputare sibi debent creditores quamuis publicæ personæ sint, quod non securius contraxerint, cùm id liberum ipsis foret, neque vlla ad id necessitate cogerentur, vti contingit in aliis creditoribus, qui sæpè etiam inuiti coguntur cum officium, & causam publicam gerentibus contrahere, quibus proinde fieret iniuria, si post eiusmodi necessitatem, & coactionem non possent in suos debitores agere, eo quod bonis cedant, & beneficio cessionis carceres, vincula, vimque aliam omnem & molestiam vexandum creditorũ euitent, quare 12. Ianuarij anni 1553. ita iudicauit Senatus, nam fabricæ monetariæ redemptorem & præfectum, *Maistre de monoye*, qui debita contraxerat aduersus eos qui edicto regio iussi fuerant improbas & reiectancas monetas ad officinã monetalem denuo conflandas referre, noluit admittere ad cessionem bonorum, quia nimirum gerebat officium & personam publicam, & priuati debitores cogebantur etiam inuiti ad illum improbatas eiusmodi monetas deferre, sibique præfectum monetalem debitorem facere, cùm præsenti pecunia monetam allatam non compensaret; hocque ipsum Senatus decretum refert Luc. *lib. 11. placitor. titul.* 8. *arresto* 2. Idem in institore & aliis quibusdam casibus similibus obseruat Molinæ. *in consuet. Burdigal. artic.* 155. & Arnald. Ferrom. *ibid. in mercatore publico.* Boër. *decis.* 268. & Choppin. *de priuileg. rusticor. 2. parte cap. 4. num. 1. sub finem,* in quæstoribus & administratoribus publicis Maynard. *tom. 1. lib. 4. cap.* 74. in mensulariis, bancariis & argentariis Molinæ. in *commentariis edicti anni* 1550. *art. 3. sub fin.* quia hi omnes publicam causam habent, vt dixi, & cum iis est quædam contrahendi necessitas propter necessarium vsum argentariorum ex vtilitate publica receptum, vt loquitur Papinian. *l. quod priuilegium* 8 *D. depositi.* siue propter vtilitatem promiscui vsus, vt ait Paul. *l. si quis mancipiis* 17. *§. si impubes, D. de instit. act.*

9 Septimò Clerici obærati neque carceri mancipari, neque cogi possunt, vt alioqui bonis cedant, quod communis quidẽ sententia fert *in c. Odoard.* id tamen Con. *cit. c. 1.* restringit ad eos qui sacris Ordinibus sunt initiati, aut Altari vel Ecclesiæ proprio ministerio seruiunt, non autem in aliis qui minoribus tantum ordinibus donati sunt, contra quàm alij sentiant. Verum Gallica constitutio huius distinctionis non meminit, quare absolutè Clericos omnes hoc onere eximi saltem in Gallia dicendum videtur.

10 Octauò cessione facta creditores qui priuilegium prælationis habent, præferri debent in solutione debitorum, quia cessio nõ potest illis tollere suum priuilegium, neque aliis creditoribus æquare, an vero debeant præferri in obsequio & famulatu quem debitor præstare tenetur creditori ex iure Hispano, disputat de decoctores Hispani, & maximè circa vxorem creditricem, & parẽtem quoq; Ipsorũ sententias refert & expẽdit Ferdin. à Castil. *§. cit. n. vlt.* nobis hæc disputatio vtilis non est.

Quæres an qui cedit bonis possit occultè sibi aliqua seruare ad suam sustentationem, saltem parcam, & moderatam pro ratione suæ conditionis: agimus autem de bonis ante cessionem acquisitis, nam de illis quæ post cessionem obueniunt, id permittunt iura, vti iam monuimus. Agimus autem de debitore qui sine culpa cedit bonis, non verò de decoctore, vel debitore ex delicto. Hoc igitur posse fieri ab hoc debitore existimant Syluester *verb. cessio. q. 6.* Nauarra *lib. 4. de restit. c. 4. n.* 60. Less. *lib. 2. c. 16. n.* 45. Turrian. & Bonac. superiùs laudati. & Lugo *de iustitia disp. 21. n.* 47. Castillo *lib. 2 tract. 2. disp. 10. n. 85. & 86.* Ego existimo in iis casibus in quibus non debitor, & ad obligationem ex quacunque causa obligatus potest ex graui necessitate aliquid sibi seponere ad parcam vitæ, & sui status quem instè acquisiuerat, sustentationem, posse etiam si bonis cedat aliquid sibi ex pari causa seruare. Leges verò quæ in contrarium afferuntur agunt de decoctoribus perfidis & nequissimis, non de iis qui nulla sua culpa, ex quodam infortunio, æri alieno dissoluendo non sunt, ideoque bonis ad vitanda maiora damna cæteris cedere coguntur: quinam vero sint eiusmodi casus in quibus ad suam sustentationem retinere licet debitis grauato, quibus satisfacere nequit, dicemus libro sequenti, vbi de restitutione. 11

Ad extremum quoad solemnitatem, & modum faciendæ cessionis bonorum seruandi sunt cuiusque gentis mores, quod aduertit etiam Couarr. *c. cit.* & Brunus *in opere de cessione bonorum.* Regia constitutio Ludouici XII. an. 1510 *art.* 70. & Henrici III. *art.* 3. prohibet fieri per procuratorem, vultq; ipsummet debitorẽ cedere bonis in foro, diebus curialibus, *aux iours des plaids, & iceux tenans*, præsente Curia discinctum, & aperto capite. Simile quid vsurpabant Bœotij, nam in forum deductos & sedere iussos cophino superiniecto operiebant, & ista passum ignominia notabant, vt ait Stobæus *serm.* 43. eaque ignominia notatũ fuisse Mnesarchum Euripidis patrem Bokol. narrat ex Nicolai scriptis de moribus, quod vltimum tamen de Euripidis patre vocat in dubium Gyraldus *in historia poetica, dialogo* 7. Scribit quoq; in tractatu *de rebus publicis*, apud Thyrrenos eum qui æs alienum non soluisset in publicum traduci solitum cum insana puerorum turba qui inane marsupiũ gestarent, ostentarentque. Has omnes aliasque similes ignominiosas bonorum cessiones non fuisse vsurpatas, nisi aduersus perfidos & fraudulentos debitores superiùs monui, quare vbi nulla reperitur eiusmodi perfidia, & fraus vsurpãdæ nõ sũt. 12

ARTICVLVS III.

De his quæ fiunt in fraudem creditorum, & actione Pauliana.

Quid sit actio Pauliana. 1.
Eius necessitas. 2.

Nomen. 3.
Materia. 4.
Quibus competat. 5.
Aduersus quos detur. 6. 7.
An peccet qui se reddit impotentem ad soluendum. 8.
An qui non acquirit vt soluat, si possit, peccet. 9.

1 CVm debitores ad fraudandos creditores sua sæpius bona alienent, vnde fit vt non habeant vnde sua nomina dissoluant, & creditores propter sui debitoris inopiam spe recuperandi debiti frustrentur, quidam Paulus prætor, vt creditoribus faueret, edixit vt creditoribus liceret res in suam fraudem alienatas persequi apud præsidem, qui venditionem eiusmodi rescindat, hoc edictum initio prouinciale fuisse, sed in vrbe post edictum perpetuum constitutum valuisse, suspicatur Hotman. hinc nata est actio Pauliana per quam debitor reuocat à quocunque possessore res à debitore in fraudem creditoris alienatas, ac si nunquam traditæ, & à debitore alienatæ fuissent, sed semper in eius bonis mansissent, quare definitur actio prætoria quæ datur creditoribus post traditionem bonorum iudicati, si ex pretio redacto desit vnde iis satisfaciat, vt alienatione rescissa res illæ à creditoribus vindicentur, quasi nunquam alienatæ, *l. penult. C. de reuoc. quæ in fraudem.* Datur autem ex æquo & bono ne possessores iniquè cum aliena iactura locupletentur, *l. 38. §. 3. D. de vsur.* neque tam ad dominium rei vindicandum, quàm ad auocandam eius possessionem pertinet, vel est actio prætoria qua creditores reuocant id quod à debitore in fraudem creditorum non simulatè, sed verè in tertium aliquem alienatum, ac illi traditum est, perinde ac si alienatio, & traditio nunquam facta sit. Titius v. g. mihi debet mille aureos prima Maij soluendos, & quia videt se non fore soluendo, sua bona fraudulenter alienat, & vendit, vel donat gemmas aliquot, vel supellectilem argenteam Sempronio: cùm vero dicta die mihi non soluerit, iudicio egi & petij eum condemnari, & executi, & denique in possessionem reliquorum bonorum Titij missus sum à iudice, quæ quia non sufficiunt ad solutionem mei debiti, volo reuocare à Sempronio gemmas & supellectilem illi à Titio fraudulenter alienatam. Prætor igitur qui semper præ oculis æquitatem habet, *l. quod si Ephesi 4. D. quod certo loco*, introduxit hanc actionem reuocatoriam per quam facta excussione bonorum residuorum ipsius debitoris, possum res quas fraudulenter alienauit à quocunque possessore reuocare, perinde ac si illa alienatio & traditio à debitore nunquam facta fuisset, etiam non restituto pretio.

2 Huius actionis necessitas demonstratur ab Vlpiano *l. 1. D. quæ in fraudem*, quia cùm illa alienatio etiam in fraudem facta summo iure valeat, transfert enim dominium in accipientem, licèt fraudis conscium, *l. si sciens emam 25. D. de contrahen. emption.* necessaria fuit creditoribus actio, per quam eiusmodi alienationem rescinderent, non enim id poterant sua authoritate, neque is cui fuerat res alienata à debitore, tenebatur illam restituere. atque & rei & pretij iacturam pati. Opus igitur fuit eiusmodi reuocationem fieri authoritate iudicis. atque idcirco dari actionem creditori, qua reuocationem illam apud iudicem postularet. Neque hæc sola actio reuocatoria & rescissoria conceditur in iure, est enim & actio Fauiana quæ datur patrono in cuius fraudem libertus aliquid inter viuos alienauit, per quam reuocat res alienatas, vt legitimam portionem in successione liberti consequatur, *l. 1. D. si quid in fraud. patron. l. 1. & 2. C. si in fraud. patron.* Datur & actio Caluisiana quæ indifferenter tam patrono in bonis liberti, quàm creditori in bonis debitoris conuenit ex gloss. *in §. item si quis in fraudem, vers. eam rem petere. Inst. de action.* Est quoque vtilis Fauiana quæ datur impuberi arrogato ad consequendam quartam, *l. fin. D. si quid in fraud. patron.* Est denique edictum fraudatorium quod propriè locum habet cùm quis non quidem rem suam, sed alienam in fraudem alterius alienat, vt patet in exemplo tutoris res pupilli alienantis, *l. pupilli debitor 69. D. de solution.*

Quæritur vero cuius generis sit hæc actio, an in rem, an in personam: nam cùm Imperator *in Inst. de actionib.* post explicatã hanc actionam Paulianã *in §. item si quis in fraudem*, deinde *§. in personam.* dicat se transire ad actiones personales, significare videtur exposuisse actiones in rem. Vlpian. tamen *in l. 1. §. hæc actio, D. si quid in fraudem patroni*, ait actionem Fauianam esse in personam, illa verò similis omnino est Paulianæ, vti superiùs monuimus, ipseque Imperator *in §. præterea. Inst. de actionibus.* vbi enumerat arbitrarias in rem actiones Publicianam & Seruianam nominat, Paulianæ verò non meminit. Igitur in eo genere actionum illam non reposuit, quare suspicatur Hotman. Paulianam neque in rem neque in personam esse, non in rem, quia per eam non vindicamus, nec dicimus, hanc rem meam esse aio. Sed aio hanc rem in bonis mei debitoris esse, quorum bonorum possessio mihi à prætore data est. Non est etiam actio in personam, quia nulla subest obligatio, & rei persona non nominatur, est igitur actio in factum, & in eius formula factum memoratur. Itaque in factum appellatur, *l. hæc in factum, D. de iis quæ in fraud. creditor. & l. pen. D. de reuocand. quæ in fraud.* Quia tamen datur aliquando non tantum quando creditor in bonorum possessionem missus est, sed etiam cùm possidere iussus est, idcirco ad actiones in rem accedit. Dominium enim rerum per secundum decretum tradi à Prætore quodammodo videtur, *l. si finita 15. §. si quis autem, D. de damn. infect.*

Quia porrò dicimus hanc actionem à Paulo Prætore inductam fuisse, vnde & ab illo nomen sumpsit, quæri iure potest an apud veteres esset aliqua actio similis per quam creditores agerent ad reuocandas res in suam fraudem à doloso debitore alienatas, neque sanè æquitas pati poterat non succurri creditoribus ita fraudatis, fuissetque manca omnino vetus illa iurisprudentia, quare existimat Hotman. ad omnes illos casus in quibus agebatur de fraude, formulam de dolo malo pertinuisse, & sanè eius actionis non obscura vestigia habemus apud Ciceron. *lib. 1. ad Atticum, Epist. 1. Cæcilius auunculus tuus à P. Vario cùm magna pecunia fraudaretur, agere cœpit cum eius fratre Caninio Satrio.* (mendosè enim legunt aliqui, *Satyro*) *de his rebus quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret, vnà agebant cæteri creditores.* Vides omnino expressum casum actionis Paulianæ, cuius hæc videtur fuisse formula data à Prætore. *Si paret eam rem, de qua agitur, à Meuio cùm*

in

in vitiu bonis esset in creditorum suorum fraudem traditam fuisse, neque eos bonorum possessione à me impetrata aliunde suum seruare posse, tum nisi eam rem possessor restituat, damnetur.

3 Duo itaque probanda erant actori, nimirum & rem illam de qua agebatur in bonis debitoris fuisse, & sic in fraudem creditorum alienatam fuisse, vt euentus consilio responderit, *l.1.C. de reuoc: quæ in fraud.* vbi dicitur rem non reuocari nisi bonis debitoris non sufficientibus in fraudem creditorum rem traditam fuisse probatum fuerit, & *l.ait prætor 10.D. de iis quæ in fraud. creditor. Ita demùm reuocatur quod fraudandorum debitorum causa factum est, si euentum fraus habuit.*

4 Huius actionis materia, siue res quæ hac actione petuntur, sunt primò res omnes tum corporales, tum incorporales, vt iura quæ fuerunt in fraudem creditorum alienata, *l.1. & l.10.§.præterea generaliter, D.quæ in fraud.creditor.* & *l.hac in factum 14.D.eod.* Si tamen is cui res fuit alienata, eam rursus vendidit, tenebitur non ad ipsam sed ad eius pretium restituendum, *l.quæ à debitore 9. D. eod.* si vni præterea creditorum in fraudem cæterorum fuerit solutum, commodum dumtaxat repræsentationis reuocatur, *l.10. §. si cum in diem, D.quæ in fraud. credit. & l.omnes 17. §.fin.D.eod.* Si præterea reus conuentus, non fuerit particeps fraudis, & actionem habeat, solam actionem restituendo liberabitur, *l.14. D. quæ in fraud. creditor.* Quando conuenitur is qui alienauit, non tenetur nisi in quantum facere potest, *l.vlt. C. de reuocand. iis quæ in fraud.* Qui ex causa tantùm lucratiua alienauit, si fuit fraudis ignarus, non tenetur nisi in quantum inde fuit locupletior factus; *l.quod autem 6.§.simili modo, D. quæ in fraud. creditor.* Pater etiam & dominus eius, cui alienatio facta est, tenetur tantum de eo quod ad eum peruenit, vel de peculio, & de in rem verso, *l.6. citata.* Idem iuris erit in hærede si conueniatur, tenebitur siquidem de eo solùm quod ad illum peruenit, *l.Cassius 11.D.eod.*

Secundò reuocantur fructus rei alienatæ non modo percepti, sed etiam qui percipi potuerunt, deductis tamen sumptibus factis, *l.10.§.per hanc, D.quæ in fraud.creditor. l.si fraudator 25. §.non solùm,* & *§.fructus. D.eod.* siue ante, siue post inchoatum iudicium, & medio tempore percepti fuerint, vt *ibid.* dicitur. Consentit, *l.videamus 38. §.in Fauiana, D.de vsur.* De fructibus tamen qui post alienationem ante litem contestatam, quos non esse restituendos dicit *citata l.si fraudator 25. §.non solum.* lis esse potest, quia contrarium velle videtur *l.ait prætor 10. §.præterea. D. eod.quæ in fraud.credit.*

Tertiò vsuræ quoque perceptæ, aut debitæ, de quibus *in cit.l.10. §.præterea.*

Quartò inter fructus numerantur ancillæ partus, *in cit. l.10. §.partum.* Nisi tamen fœtum illum post alienationem conceperit ancilla, & antequam ageretur pepererit, *l. si fraudator 25. §.item partum. D.eod.* vbi sapienter Proculus ita distinxit.

Quintò obligationes quibus aliquis in fraudem creditorum liberatus est reuocantur, & pristinam suam omnem vim obtinent, *l.omnes 27. D.quæ in fraud. creditor. l.10. §.si cùm mulier, §.præterea, §.si conditionalis, D.eod.*

5 Ex his vides quibus & aduersus quos competat hæc actio.

Primò igitur datur omnibus creditoribus in quorum fraudem quid gestum est. Secundò non datur aliis quàm creditoribus, nisi creditoris hæredi, *l.10.§.fin. D.quæ in fraud.* Tertiò creditori ex delicto, vel quasi delicto, vt in actione iniuriarum, furti, legis Aquiliæ. Quartò legatariis & fideicommissariis in quorum fraudem res ab hærede fuerunt alienatæ. Quintò creditoribus etiam futuris si in ipsorum fraudem fiat alienatio: v.g. Titius sumpturus ingentem pecuniæ summam mutuò, antequam id faciat, bona sua alienat ne deinde vrgeatur à suo creditore, & post eam alienationem mutuatur à Caio, dabitur actio reuocatoria Caio; si constet eius fraudandi animo Titium alienasse.

Competit actio Pauliana aduersus eos quibus à debitore facta fuit alienatio in fraudem creditorum, vt constat *ex toto titulo D. de iis quæ in fraud. creditor.* & *Cod. de reuocandis iis quæ in fraud.* Debet tamen is cui fuit res alienata conscius esse fraudis debitoris alienantis, alioquin cessant verba Edicti, *l.quod autem 6. §. hoc edictum, D.quæ in fraud. cred.* & *l.si fraudator 25. §.si à Socero, D.eodem.* Quare etiam scientia tutoris, & curatoris nocebit pupillo, & furioso, ignorantibus, quatenus ad eos quidpiam peruenit, quia is in quem facta est alienatio, & cum quo immediatè contractum est, sciuit fraudes, *l.ait prætor 10. §.ait prætor. D.eod.* qui licèt ignarus fraudis debitoris, conuentus tamen est à creditore contestante ne emeret, & præsumitur conscius, & particeps fraudis *citata l.10. §.si quis particeps.* Non tamen satis est vt quis sciat alienantem creditores habere, vt inde colligatur esse vel conscium vel participem fraudis in ea alienatione commissæ, quod notatur *eadem l.10. & eodem §.si quis particeps,* & *§.quod ait.* Neque necessarium est, vt sciat omnes creditores fraudari, sufficit enim si sciuit vel vnum defraudari, *ead. l.10. §.illud certè sufficit.* Denique quando alienatur res à debitore causâ gratuita & lucratiua, vt donatione, si donatarius ignorauit fraudem fieri creditoribus, tenebitur tamen hac actione quatenus inde locupletior factus est, neque ipsi fit iniuria cùm illi tantùm lucrum extorqueatur, non autem damnum infligatur, *l. quod autem 6. §.simili modo,* & *§.penult. D. quæ in fraud. creditor.* Si etiam genero ignoranti dos à Socero data sit in fraudem creditorum, filia, pro qua dos data est, tenetur etiam ignorans, *l.25.§.1.D.quæ in fraud.credit.* 6

Secundò datur aduersus dominum & patrem pro seruo, & filio in fraudem creditorum alienantibus, quatenus aliquid ad patrem & dominum peruenit, vt iam docuimus ex *l.quod autem 6.§.simili modo,* sæpiùs allata.

Sunt nihilominus aliqui casus in quibus non datur hæc actio reuocatoria eorum quæ in fraudem creditorum fuerunt alienata. Primò quando hæres debitor omissa detractione Falcidiæ vel Trebellianicæ legata vel fideicommissa soluit in solidum *l. patrem 19 .D.quæ in fraud. creditor.* quia cùm plenam fidem, & debitam pietatem exhibitionis sequutus fuerit, creditores non fraudauit, vt respondet *ibid.* Papinianus. 7

Secundò quando vni creditori totum, & solidum soluit debitor, non datur hæc actio in illum creditorē, quia vt ait Labeo qui suum recipit nullam fraudem fecit, *l.quod autem 6.§.apud Labeonem.D.quæ in fraud. credit. l.si fraudator 25.*

§.an maritum, D.eodem.l.nihil 171.*D.de regulis iuris*, si tamen cæteri creditores in bona debitoris missi iam sunt, & vnus ex illis suum acceperit conscio debitore, dabitur hæc actio aduersus illum ex Iuliani æquissima sententia, *l.6.§.sciendum, D.quæ in fraud. creditorum, l. ait prætor* 10. & *l.2. D.eod.* Sunt & alij similes casus, de quibus in foro tantum externo, an ista actio concedenda sit, disputatur.

8 In foro autem conscientiæ quæri potest an peccet debitor qui aliquid facit quo impotentem se reddit ad soluendum, indeque videt damnum & fraudem creditores passuros esse, & quidem si aliquid faciat quo reipsa diminuat patrimonium & facultates, absque vlla necessitate, & causa, indeque videat se non soluendo fore, dubium non est quin peccet: difficultas verò est quando volens omisit id vnde poterat suas opes augere, & suis debitis satisfacere, v.g. repudiauit hæreditatem, aut legatum; nam certum est tunc non teneri prætoris edicto, quod pertinet ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur, *l.quod autem 6. D.quæ in fraud.cred.* Hinc regula iuris *l. non fraudantur* 171. *D.de regulis iuris. Non fraudantur creditores cùm quid non acquiritur à debitore, sed cum quid de bonis diminuitur.* Quærimus igitur an idem dicendum quoque sit in foro animæ; non quidem an valida sit ea v.g. repudiatio hæreditatis, aut legatio, cùm enim hic tantùm sit non acquisitio, & illa non requirat vllum actum, nihil quod suum esset, alienauit, aut reiecit, sed non acquisiuit quod poterat acquirere. Et sanè validè non acquisiuit, cum ad non acquisitionem nullus, vt dixi, exigatur actus qui ad acquisitionem omnino postulatur. Itaque neque hæreditas non acquisita, erit reuocabilis, neque non acquisitio inualida, vt pluribus docent Gomez. *in l.53. Tauri.num.76.* Sanchez *lib.6.de matrim.disp.4.num.8*, Less. *lib.2.de iustit.capit.18. numer.89.* vnde hac repudiatione sequuta validè capiet hæreditatem substitutus; quod ostendit Couarr. *in 4.decretal. 2.parte.capite 7.§.1.num.12.* & Sanchez *disp.4.citata, num.9.*

9 Quæstio itaque est an qui omittit aliquid acquirere vnde satisfacere potuisset creditoribus, eaque omissione fit non soluendo, peccet contra iustitiam: hæreditatem v. g. aut legatum repudiãdo in fraudem creditorum, licèt iam eum non teneri actione Pauliana dixerimus, negant enim Anton. Gomez. *tom.2.variar.cap.4.n.24.* Couarr. *in 4.decretal.2. parte, cap.7.§.1. num.12.* Gutierrez *de pactis in princip.num.20.& 24.* & alij, quia alioquin Iudex imploratus deberet cogere hunc debitorẽ ad acceptãdam eam hæreditatem, tenetur enim impedire ne quid aduersus iustitiam committatur, & ne debita maneant insoluta, immo & teneretur irritare eam repudiationem tanquam iniustè factam, eodem iure quo irritat alienationem proprij patrimonij à debitore cum eadem creditorum fraude, & iniquitate factam. Deinde debitor non obligatur ratione personæ suæ, quæ non est obligata, sed ratione bonorum, quod dixit S.Thomas.2.2. *quæst.vlt.art.6.ad* 3. Dum igitur caret bonis non amplius obligatur, neque tenetur noua quærere si nolit, sed quæ habet dare in solidum. Vnde neque mæchanicam artem ad eundem finem exercere tenetur.

Verius tamen in hac omissione, & repudiatione hæreditatis, aut donationis, ex qua fit soluendi impotens, quod debitor probè nouit, atque adeo suam omissionem cessuram in fraudem, & damnum creditorum, peccati mortale contra iustitiam agnoscunt Molin. *tract.2.disp.435.* Less. *lib.2.cap. 18. num. 85.* Sanch. *lib.6. de matrimon. disp.4. num.9.* Ferdin. à Castro *disp. 1. de iustitia, punct.17.§.11.num.4.* Petrus Nauar. *lib.3. de restit. cap.1. num.112.* & alij, quia tenetur omnino debitor satisfacere de suis bonis tum habitis, tum habendis, neque alia mente creditores cum ipso contrahunt, immò sæpius non tam respiciunt bona quæ in præsenti possidet quàm quæ possessurus est, & quæ sperat ex donatione, aut successione cognatorum, aliorumve, quamuis non sit necessarius eorum hæres, quod maximè contingit in collocandis, & dotandis filiabus cum sponsis, non tam re, quàm spe diuitibus. Neque vllus opinor eo debitore quem scirem repudiaturum hæreditatem sibi obtingentem, aut omissurum ea quibus satisfacere posset, atque ita soluendo non forem, contrahere vellet, quis non dicat perfidum, aut malignum illum, qui cum possit nullo suo incõmodo satisfacere creditoribus, id tamen non vult, eaque de causa prætermittit ea quibus facillimè, & nullo labore satisfacere posset, mauultque nihil acquirere quàm soluere, vti posset, acquirendo: quis non damnaret illum qui cùm posset sibi commodam hæreditatem acceptando, parentum grauissimæ necessitati subuenire, sciens tamen & volens illa abstineret, nec posset parentum inopiam leuare; quis probaret illum qui si aliquandiu remanens in sæculo, ne debita quibus grauatur solueret, præcipitãter religionem ingrederetur cum iactura suorum creditorum, quibus nunquam satisfaceret. Quod verò non detur hoc casu actio Pauliana in foro externo, non reddit hunc debitorem iniustitiæ immunem, cum non detur actio pro omni crimine iniustitiæ, ne in infinitum crescant lites, quod sæpius monuimus; neque negauerim teneri debitorem etiam artem mæchanicam statui suo non indecoram exercere ad soluenda debita quibus aliter se liberare nequit. Ita Gerson.2. *parte, alphab.39.litt.V.* Sanch. *disp.4.cit.qui alios refert*, sicut & Ferdinand. à Castro, *§.laudato, num.6.* De Religioso verò obærato dicemus alibi.

CAPVT V.

De præscriptionibus, & vsucapionibus.

ART. I. *Definitio & natura præscriptionis.*
II. *Materia præscriptionis.*
III. *De conditionibus ad præscribendum necessariis, & primò de possessione.*
IV. *De bona fide necessaria præscribenti.*
V. *De titulo necessario præscribenti.*
VI. *Quo tempore præscribatur.*

VIA sæpius obligatio ex contractibus & commerciis orta potest elidi præscriptione, idcircò hanc disputationem de præscriptionibus, obligationi implendi contractus initos, & soluendi debita ex contractu contracta subiicere visum est, vt constet in

ratione

ratione præſcriptionis aliquando liberemur ab eiuſmodi obligatione. Ad ttia porro capita reuoco totam iſtam tractationem, nempe materiam præſcribendam, conditioues neceſſarias præſcribenti, & diuerſitatem temporis pro vatia præſcriptione.

ARTICVLVS I.

Definitio, & natura præſcriptionis.

Qnid ſit præſcriptio. 1.
Quid vſucapio. 2.
Quod dominium per præſcriptionem acquiratur. 3.
Quale ſit aliud dominium. 4.
An vetus dominium extinguatur. 5.
An ea acquiſitio dominij ſit tuta in conſcientia. 6.

1 PRæſcriptio omiſſis vatiis huius vocis notionibus, quas dabit Viterbienſis *quodlib.* 2.*q.* 21. eſt exceprio ſeu oppoſitio quæ alicui litem intentanti ſit, ſeu eſt depulſio, aut excluſio litis intentatæ, atque ita accipitur *D. de exceptionibus ſeu præſcriptionibus. Si reus*, inquit Marcellus *l.* 3. *D. de prænarication. accuſatori ſuo præſcribat*, id eſt, ſi reus ſuum accuſatorem repellat, & exceptione legitima ſe defendat, atque eodem ſenſu Tertulian. qui multa ex tribulationibus petita vſurpat, incripſit *lib. de præſcriptionibus aduerſus hæreticos.* Id eſt, interprete Pamelio de conſultationibus, expulſionibus & excluſionibus hæreticorum, & quomodo Catholici præſcribant hæreticis. Diſtinguitur autem exceptio à defenſione ſimplici, quia in defenſione negatur fundamentum actionis, & probatio in actorem reiicitur; in exceptione autem admiſſo fundamento, obiicitur excuſatio, cuius probatio ad ipſum reum pertinet: v.g. Petrus intentat Paulo litem pro debito centum aureorum ex venditione equi contracto, ſi Paulus neget ſibi venditum equum à Petro, dicitur ſe defendere, negat enim fundamentum actionis ſibi intentatæ, quod eſt equi venditio, cuius probatio pertinebit ad Petrum actorem: ſi autem Paulus fateatur equum fuiſſe ſibi venditum, ſed eius pretium à ſe ſolutum contendat, tunc excipit, & actori obiicit ſolutionem factam quam probare tenetur. Eſt verò duplex exceptio, vna dilatoria quæ non extinguit litem, ſed ſolùm excipit de inidoneitate, & incompentencia iudicis, ad cuius tribunal vocatur: ſic enim differtur tantùm lis quæ integra manet, quamuis probetur exceptio de idoneitate iudicis. Altera eſt exceptio omnino peremptoria, quæ extinguit prorſus litem, & actionem ſi probetur, eiuſmodi exceptio vulgo dicitur eſſe præſcriptio, quæ prouenit ex eo quod, tempore aliquo legibus definito, rem de qua intentatur actio, poſſederimus, atque ita ſumitur *in c. de præſcription.* 30. *vel.* 40. *an.* vnde à Molin. *tract.* 2. *diſp.* 60. *numero* 9. definitur, exceptio peremptoria ex tempore legibus diffinito vim habens. Si tamen in rigore loquamur præſcriptio eſt in vniuerſum exceptio, vt oſtendit Cuiac. *In paratilis Codicis titul. de præſcriptione longi temporis*: & tum dilatoria, tum peremptoria præſcriptio vocari poteſt, vt aduertit Anaſtaſ. Germon. *lib.* 3. *de ſacrorum immunitate, capit.* 18. *numero.* 5. ſequutus Couarr. idem latè probantem *in c. poſſeſſor*, 1. *p. numer.* 2. *& ſequent.* vide etiam Alciatum *l. vt ſunt*, *D. de verb. ſignif.* Tertiò præſcriptio in iure pontificio accipitur pro acquiſitione dominij, vel alieni iuris eliſione ex tempore legibus definito proueniente, atque ita paſſim vtriuſque iuris interpretes vſurpant, vt obſeruat Couarr. *ad regul. poſſeſſor, numer.* 6. quia qui dominium alicuius rei per continuam poſſeſſionem certi temporis acquiſiuerat, quando impetebatur à priori domino, præſcribebat, ſeu excipiebat continuam poſſeſſionem definiti temporis, atque ita, eius actionẽ perimebat. Ex barbara tamen ignorantia hanc vocum confuſionem natam explicat Germon. lib. 3. *de ſacror. immu. c.* 18. *n* 19. *&* 20. *n. autem* 29. oſtendit id etiam in iure ciuili reperiri *l. qui alienam. D. de euictionibus*, & alibi. Ita vulgò ſumpta præſcriptio eſt acquiſitio dominij per continuationem temporis lege definiti, ex quibus.

Colliges quomodo differat ab vſucapione; nam vſucapio *D. de vſucap. l.* 3. definitur adiectio dominij per continuationem temporis lege definiti, quæ eadem eſt definitio aſſigata præſcriptioni in tertia, & vulgari ſignificatione nuper relata, quare Barboſa *ad l. ſi quis* 8. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *an. numer.* 27. nullam prorſus ait eſſe differentiam ſiue quoad ſubſtantiam, cum habeant eandem definitionem, ſiue quoad effectum, cum ad vtramque ſit neceſſaria exceptio aduerſus antiquum dominum rem vendicantem; ſi tamen ſumeremus præſcriptionem pro exceptione peremptoria ex longinqui temporis poſſeſſione, certum eſt diſtingui ab vſucapione quam aliqui malè reſtringunt ad mobilia, voluntque ſolam præſcriptionem eſſe immobilium, nam vtraque illa vox tam de mobilibus, quàm immobilibus vſurpatur, vt obſeruat Couarr. *ad regulam poſſeſſor*, 1. *p.* §. *vn. numer.* 2. *&* 3. & fusè oſtendit Anaſtaſius Germon. *lib.* 3. *de ſacror. immun. capit.* 81. *numer.* 7. 2

Reſtant explicandæ ſingulæ particulæ definitionis allatæ, quod hoc & ſequentibus articulis exequar.

Dicitur itaque acquiſitio dominij, videlicet tum vtilis, tum directi, vtrumque enim præſcriptione acquiri poteſt, vt tradit Cou. *c. poſſeſſ.* 3. *p. n.* 2. Sarmient. *lib.* 1. *ſelectar. c.* 10. *n.* 4. Barboſa *ad l.* 8. *C. de præſcriptionib.* 30. *vel* 40 *an.* Leſſ. *c.* 6. *n* 51. Molin. *diſp.* 61. *n.* 21 Germon. *c.* 17. *cit. num.* 34. cùm enim lex habeat vim transferendi vtrumque dominium, vt patet in tranſlatione pœnæ loco, quis enim dicat reum ſibi adhuc dominium vtile retinere, & transferat in præſcriptione, neque diſtinguat hic inter dominium vtile, & directum, non e ſtquod nos diſtinguamus. Neque placet quod Felinus *in rubr. n.* 3. *de præſcriptionib.* aliique diſtinguũt inter præſcriptionem rerum mobilium, ſeu vſucapionem, & præſcriptionem rerum mobilium, & per priorem illam acquiri præſcribenti vtrumque dominium, per poſteriorem autem, ſolum vtile, eo quod *l.* 8. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. concedit præſcribenti exceptionem aduerſus antiquum dominum, ac proinde ſupponit illum adhuc habere rei vindicationem, & dominium aliquod, non vtile, quod conſtat acquiſitum præſcribenti, ergo directum. Reſpondet enim Couarr. *l. cit. n.* 4. hanc exceptionem eſſe tantùm excluſiuam intentionis & facti, quod improbat Barboſa *n.* 5. quia ea reſponſio verbum exceptionis impropriat, quare mauult apud antiquum dominum 3

dominum manere dominium naturale, præscribenti verò acquiri dominium ciuile, & sic priori domino competit adhuc rei vindicatio, cui præscribens opponit exceptionem præscriptionis, habetque beneficio eiusdē *l.8.C. de præscript.30. vel.40.ann.* rei vindicationem aduersus quemcunque tertium. Quorum omnium ratio perspicua est, quamuis enim dominium naturale non fuerit sublatum à priori domino, eius tamen vires elisæ sunt iure ciuili, hoc casu, & ideò conceditur exceptio quæ adeo efficax est vt impediat litis contestationem *c.1.de litis contestatione in 6.* quod passim receptum asserit Felinus *in rubr.n.*10. *de præscriptionibus.* Quod intelligendum tamen est quando prædicta exceptio opponitur personæ agēti, nam si opponatur actioni non impeditur litis contestatio, & præciditur modo tradito. *l. emptor, C.de præscript. longi temporis.* Neque potest iudex repellere à iudicio dominum antiquum rem vindicantem, cum enim habeat adhuc dominum naturale, licet elidendum per exceptionem, si pars non petat, iudex officium suum interponere non potest, quare si dominus antiquus agat rei vendicatione contra tertium alium à præscribente à quo causam non habeat, obtinebit omnino, quia propter dominium naturale, habet mero iure rei suæ vindicationem, neque tertius excipere potest illam rei vindicationem fuisse elisam per alterius præscriptionem, quia de iure tertij nullus opponere potest, nisi concludat agentem sine actione agere. Ita docet Couar. *cap.possessor,3.p.§.1.n.3* Posse autem præscribentem aduersus quemlibet tertium rem præscriptam vindicare, patet ex dominio ciuili quod habet in illam, *l.in rem actio,D. de rei vindicatione.* Imò etiam vindicare poterit ab antiquo domino, si ad illum redierit, quia vires dominij naturalis fuere elisæ per præscriptionem, & dominium ciuile fortius est naturali, ideoque præferendum, idque concedit Couarr. *c.possess.3.p. §.1. n.1.* quando præscriptio facta est bona fide, & cum titulo, immo etiam quando deest titulus. Idem contingere in præscriptione longissimi temporis seu 30.vel 40.annorum valdè probabile putat, & omnino tenet Barbos. *ad l.8.cit. num.*41. quia præscriptio longissimi temporis cum sola bona fide; & præscriptio longi temporis cum titulo, & bona fide simul æquiparantur vt *c.placuit 16.q.3.* insinuat. Si verò antiquus dominus, & præscribens simul concurrant ad rei vindicationem, præfertur præscribens, quia vt dixi dominium ciuile fortius est naturali.

4 Maneat igitur explicata illa dominij particula, quæ in definitione præscriptionis primo loco ponitur, nempe esse acquisitionem dominij quod ad vtile tantum in immobilibus malè restringitur, sed ad ciuile, quare duplex dominium distingnendum est, vnum naturale, ciuile alterum, vt *l.in rem actio 23.D. de rei vindication.* clarè indicat, ibi enim aliud dominium iure gentium, aliud iure ciuili acquisitum ponit: ciuile autem vocamus, quod ex sola dispositione iuris ciuilis acquiritur, huiusque duplicis dominij meminit Simaneas *tit.9.cathol.institut.n.*242. Præscribens igitur acquirit dominium directum, sed ciuile, antiquus verò dominus retinet dominium naturale, quod non potest tolli per ius ciuile. Et sanè cùm dominium naturale transferatur per traditionem, aut verum consensum domini prioris, & neutrum in præscriptione contingat, per illam non transfertur dominiū naturale, traditio siquidem nulla est, neq; consensus prioris domini, nisi fictus, & inductus per legem, cùm antiquus dominus maximè dissentiat: & *ex regula 11.de regulis iuris*; id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest, quā regulam Reuard. *comment.in regulas iuris*, de translatione dominij explicat, cùm enim ea desumpta sit ex *lib.4. Pompon. ad Sabin.* videtur esse ratio eius quod dixerat rei commodatæ & possessionem, & proprietatem retineri, quia sine facto nostro dominium transferri nequit, ad id enim olim opus fuit solemni quodam mancipationis iure aut cessionis facto; de quo idem Reuard. *lib.singular.ad l.12.Tabul.c.*26. & nos in opere de vsuris *lib.*1. Neque sequitur duos fore dominos in solidum eiusdem rei, contra *l.si vt certo 5.§.si duobus 15.D.commodati,* quia hæc dominia sunt diuersæ speciei, quæ simul concurrere nihil prohibet.

Hinc solues quod aliqui quærunt an præscriptione extinguatur vetus dominium, & nouum in præscribente creetur, vt vult gloss. *l.3.§. ex pluribus, D. de acquirenda possess.* an verò antiquum tantum ab vno in alium transferatur. Dicendum enim est antiquum ciuile transferri, naturale autem manere in antiquo possessore, vnde fit vt si quis denuo præscribat contra priùs præscribentem nihil iuris aut dominij in illo priori remaneat, habebat enim solum dominium ciuile quod totum præscriptione sequuti in alterum translatum est. Quare si cum illo antiquus dominus ad præscriptam rem vindicandam agat, præfertur qui adhuc naturale dominium retinuit, & si possedit rem per legitimum tempus iterum ciuile dominium censebitur præscripsisse, vt aduertit Couarr. *c.possessor,§.1. n.6.3.p.* qui ibidem *n.5.* rectè ait non posse principem hoc dominium pro arbitrio à præscribente tollere, quia etsi ciuile tantùm sit, & ex humana institutione acquiratur, iustum tamen est, faceretque iniuriam ei qui illud acquisiuit, posset tamen princeps tollere fundamentum huius dominij, & prohibere omnem præscriptionem. 5

Hanc porrò dominij acquisitionem tutam in conscientia esse, siue is aduersus quem præscribitur negligens fuerit in sua re vindicanda, siue non, constans est opinio Caietan. *in summa.* Felini *in rubric.de præscript.* Molin *disp.61.* Less. *c.6.n.*50. Couar. *cap.possessor,p.1.§.1.n.*45. quia lex de præscriptionibus vtilis est reipub. ne rerum dominia perpetuò sint incerta, quare eam appellant patronam generis humani; eam itaque in conscientia seruare tenemur. Accedit iuris pontificij calculus quod legem in conscientia minimè tutam, non probasset. Neque verum est quod Medina *C. de restit.q.*18. & Adrian. *in 4.q.2. de præscript.* & latè Comitol. *lib.7.respons.q.17.2.p.quæstion.* volunt solùm in pœnam negligentiæ dominorum, illam fuisse inuentam, quia lex pœnalis non adimit dominium ante sententiam, vti tamen in præscriptione contingit, & difficile esset assignare quandonam negligentia domini esset mortalis, qualem eam vult Adrian. aut tacita, vt dominio rei propriæ spoliari mereantur. Hinc sequitur eum qui legitimè præscripsit posse retinere rem præscriptam vti suam, etsi alienam fuisse tunc certò comperiat, quia reuera eius dominus factus est, & verè iudicat rem esse suam, & non amplius alienam, quod autem ille cui 6

adiudi

adiudicata est sententia iudicis, res alterius reneatur restituere, vbi verè compertus alterius esse, non valet in præscriptione, quia iudex non transfert dominium ab vno in alium, sed tantum
a declarat cuius è litigantibus sit, quare vbi falsum apparet fundamentum illius sententiæ, ruat ipsa sententia necesse est, at vero lex in præscriptione reipsa transfert dominium, itavt qui legitimè præscripsit, rem tanquam suam deinceps possideat.

ARTICVLVS II.

Quid præscribi possit.

An liber homo. 1.
An iura regalia. 2.
An iura suprema potestatis. 3.
An bona publica. 4.
An bona dominicalia. 5.
An fisci bona. 6.
An bona regia aduentitia. 7.
An ipsa suprema potestas. 8.
An iura spiritualia. 9.
An decima. 10.
An loca sacra. 11.
An ius patronatus. 12.
An beneficium Ecclesiasticum. 13.

HAbemus hactenus præscriptionem esse acquisitionem dominij, sed videndum consequenter est an rerum omnium dominium hoc modo quæri possit. Quia vero constat res tum corporales, tum incorporales, tum mobiles, tum immobiles præscribi posse, ea solùm quæ hoc iure præscriptionis etiam possessione longissimi temporis nunquam acquiruntur, enumeranda veniunt.

1 Primò liber homo præscribi nequit *l. vsucapionem 9. D. de vsucap. & Inst. eod. tit. & 16. q. 4. c. placuit.* Mancipium tamen præscribere potest debitum seruitutis cum bona fide, spatio 20. annorum, *l. 2. C. de præscript. longi temporis.* Neque decem annos inter præsentes sufficere communior sententia est, vt ait Molin. *disp. 71. n. 4.* communem tamen distinctionem de præscriptione inter absentes aut præsentes valere etiam in mancipio, modo titulum, & bonam fidem habeat plurimi alij sentiunt, quos sequitur & refert Barbosa, *in l. omnes 4. C. de præscriptionibus 30. vel 40. annorum n. 98.* additque etiam sine titulo, modò sit in bona fide, præscripturum spatio 20. ann. quamuis in aliis rebus præscriptio longi temporis non procedat sine titulo.

2 Secundò an iura regalia aduersus Principem præscribi possint, magna lis est: nam regalia pertinentia ad Regem iure dignitatis, quæ numerantur *cap. quæ sint regalia lib. 2. feud. tit. 56.* præscribi posse saltem immemoriali possessione communis est opinio apud Barbos. ad *l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. ann. n. 160.* eo quod alienari possunt à Principe & aliis concedi, aut expressa & particulari, aut etiam generali concessione; quamquam illa quæ rarissimè concedi solent non contineantur generali tantum concessione. Vt res hæc tota clariùs innotescat diuersa bonorum & iurium genera in Principe supremo spectari debent.

Primò enim iura supremæ potestatis, & eminentiæ, quæ vniuersale imperium denotant, & 3
sunt sceptris infixa tenacissimè, neque sine illis à Rege possunt auelli, cuiusmodi sunt in Gallia ex Choppin. *lib. 3. de doman. tit. 9. n. 5.* extremarum prouocationum cognitio & disceptatio, Magistratuum principalium institutio, venialia criminum diplomata concedere, nothos restituere natalibus, exteros Gallica ciuitate donare, mortuæ manus, lege soluere Ecclesiasticas, aut Collegiorum possessiones; plebeios in albũ nobilium adscribere, aut ignobilibus liberum beneficiarij fundi vsum arbitriumque permittere: hæc nulli præscriptioni sunt obnoxia, vt omnes fatentur apud Couarr. *c. possessor, 2. p. §. 2. n. 8.* imò neque inter ipsos regios Magistratus admittetur inuicem centena præscriptio, itavt inferior superioris iurisdictionem præscribat, vt colligitur ex arresto Curiæ 26. Nouemb. 1660. pro Balliuio Melodunensi contra iuridicum minorem ordinarium, seu Præuostum, qui ex centenario vsu suorum prædecessorum sibi ius esse cognoscere de appellationibus inferiorum Iudicum, contendebat.

Inter hæc, signa autem supremæ & vniuersalis iurisdictionis sunt tributa quædam quæ non possunt præscribi, sicut neque ipsa subiectio, vti concedunt omnes ad *l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* Hinc verò colligunt tributa reliqua, alia ex causa debita Principi, contra eum præscribi non posse; quam illationem non probat Barbosa *in illam l. n. 6.* ait enim ibi tantùm agi de præscriptione 40. an. quam non habere locum in quocunque tributo, vel censu debito Principi hæc lex palam edicit, atque ita etiam censent Rebuffus *consil. 147. col. 29.* Couarr. *cap. possessor, 2. p. §. 2. n. 9.* Ait igitur Barbos. *n. 12.* tributa quæ sunt ad stipendia militaria, & ad tuitionem reipublicæ instituta, non posse tolli præscriptione, quia id vergeret in magnum præiudicium reipublicæ; quæ verò aliis de causis indicta sunt ex contraria ratione, & regulis generalibus præscriptionum, poterunt præscribi possessione immemoriali. Eadem distinctio valet in functionibus publicis & censibus qui *illa l. comperit*, dicuntur non præscribi spatio 40. annorum, id enim intelligendum est de censibus impositis ad militum stipendia, & onera publica, vnde etiam fit vt quamuis ipsi fundi præscribantur 40. annis, non tamen functiones publicæ, quæ ex illis debentur: quare licet communiter præscripta re, censeatur præscriptus census ratione eius debitus, non tamen hoc loco, propter diuersam rationem; ex præscripto enim fundo, saluo canone, non infertur præindicium reipublicæ, sicut dum census ipse præscribitur. Hinc intelliges *l. fin. §. fin. C. de fundis patrimon.* quæ ait eum qui fundum concessione Principis, dempto canone possedit per 40. annos, non posse amplius inquietari, etiam ratione canonis: modo enim fuerit concessio principis, & 40. annorum possessio, itavt illa duo simul concurrant, liberabitur à censu debito Principi, quod exponendum est iuxta superius dicta de his quæ sunt impræscriptibilia.

Secundum genus bonorum dominicorum 4
Principis continet, Regis, regnique patrimonium, ex quibus aliqua publico vsui destinata sunt, vt viæ, plateæ, theatra, pontes, & in his cessat omnis præscriptio ex Iauoleno Iurisconsulto *l. viam publicam, D. de via publica;* & Caio *l. vsucapionem D. de*

D. de vsucapion. quod intelligitur modo res publica, v. g. via in eodem statu maneat, si enim mutetur facies eius, præscribi poterit, quod si quis durante forma viæ publicæ dicat se præscripsisse, non audietur, si verò dicat se ex principis aut ciuitatis concessione possedisse, audietur, si possessio fuit immemorialis, quod habebit vim tituli, & concessionis. Ita Felin. *cap. accedentes, ad fin. de præscript. 4. p. 5. principalis, q. 6. num. 9.* estque hæc regula generalis, vt quamuis in iis quæ sunt impræscriptibilia nō debeat afferri præscriptio, possit tamen allegari priuilegium & concessio facta à superiore, & probari per tempus immemoriale, & tunc sanè rem obtinebit, aliud enim est præscriptio, aliud tituli per tempus immemoriale allegatio. quæ omnia tradit Carol. Molin. *in consf. Paris. §. 7. n. 16* neque propterea redduntur inutilia iura prohibentia præscriptionem, quia allegatio tituli præsumpti longe difficilior est quàm remedium præscriptionis, vt tradit Molina *lib. 2. primogenit. c. 2 n. 10.* Et sanè cui constat se, neque prædecessores, habuisse vllum titulum, non poterit vti tuta conscientia hoc tituli præsumpti remedio, sicuti remedio præscriptionis, vt habet idem Molin. *libro 2. primogen. c. 6 n. 43. & 76.* Denique etiamsi præscribi non possint publica, vt viæ, potest tamen acquiri aliquod ius possidendi & prohibendi alios ne ibidem eodem iure vtantur, vt latè habet Barbos. *ad l. omnes 4. C. de præscript. 30. vel 40. an. à n. 59. ad* 80.

5 Alia bona dominica sunt reseruata Principi; atque hæc vel sunt necessaria ad competentem eius sustentationem, & ad tuitionem reipublicæ, ne iis deficientibus cogatur noua tributa imponere, & præscribi nunquam possunt. sicut neque alienari à dominio regiæ coronæ; quia id cederet in magnum detrimentum reipub. Ita Rebuff. *tom. 2. ad ll. gallicas, tit. vt beneficia ante vacationem. art. 1. gloss. vlt. post medium pagin.* 364. Carol. Mol. *in consuetud. Parisiens. §. 1. gl. 5. n. 45.* Barbos. *ad l. comperit, citatam, n.* 23. Alia verò bona Principis immemoriali saltem possessione acquiri tradunt communiter legum & canonum interpretes. Dixi autem immemoriali possessione, quia iure Gallico in quæcunque regum patrimoniali iure, vnica hæc & indistincta centenaria & immemorialis præscriptio valet, vt aduertit Choppin. *lib. 3. de doman. tit. 9. n. 6.* Solemni etiam nostro more receptum est, vt bona regiæ coronæ vendita, post quodlibet tempus redimi possint ex lege Mulin. anno 1566. §. 1. etsi in rei dominicæ venditione cauta non fuerit nec recepta speciatim eius redimendæ potestas, eam tamen nulla longissimi temporis mora sublatam fuisse declarauit Curiæ Parisiensis decretum in conspicua purpura recitatum 1. April. ann. 1555. & post silentium centum annorum admitti actionem persecutoriam ac vindicem census Augusti & Regij iubet Franc. I. edicto 30. Iunij an. 1539. verificati in Curia 3. Iul. eodem anno.

6 Tertiò, bona fisco quæsita vel nondum sunt illi incorporata, vel iam vnita sunt. Si primum quando nuntiata sunt fisco, & ab eius procuratore non sunt agnita, quadriennio præscribuntur à die denunciationis *l. 1. C. de quadrienn. præscript.* & Callistratus I. C. *l. 1. §. Diuus, D. de iure fisci.* Papinian. *l. intra quatuor. D. de diuers. & temporal. præscript. & §. res fisci Inst. de vsucapion.* his accenset, Choppin. *lib. 3. doman. tit. 9. n. 7.* omnia bona quæ competunt fisco iure deserti, si autem non fuit facta denunciatio & cum titulo, ac bona fide possideantur, præscribuntur vt bona priuatorum, mobilia nempe triennio, immobilia decennio inter præsentes, *l. quamuis, D. de vsucapion.* Quando verò incorporata fisco sunt, præscribi quidem possunt, sed non nisi 40. annorum spatio, *l. omnes, l. comperit, C. de præscript. 30. vel 40. ann.* In Gallia tamen fiscalia Principis non nisi 40. an. præscribuntur, nulla facta distinctione bonorum, vt Vidus Papa docet, *Gratianop. decision.* 416.

7 Quartò, inter regia bona censentur emolumenta & fructus aduentitij ex feudis, vectigalibus, vt sunt laudimia, iusta quintana, feudi redemptionalia, & alia id genus. Hæc omnia possunt alienari. Et sanè regiis eiusmodi feudi emolumentis, ac debitis soluendis, bannoque ac retrobanno immunes facti sunt omnes Equites sancti Spiritus, eiusdemque Ordinis officiarij, litteris an. 1580. mense Martio, publicatis in Parlamento 29 Iul. eodem anno; & in Camera computorum 8. Aug. 1581 & in Curia Iuuaminum 30. Aug. eiusdem anni. Possunt etiam præscribi 30. annorum spatio, quia non trahunt rei immobilis abdicationem: bona autem quæ Princeps instar priuati possidet, vti & aliorum præscribuntur.

8 His addenda quoque est ea quæstio, an ipsa suprema potestas præscribi possit à subdito, quod negat vulgò communior sententia, quam multis impugnat Menoch. *consil. 2.* & alij quidam; vtramque opinionem conciliat Barbos. in *l. comperit, n. 89.* atque subditum non posse manere subditum & præscribere aduersus Principem supremam potestatem, id tamen posse, modò non maneat subditus: quæ distinctio inepta est, nullus enim somniauit subditum præscribere debitum subiectionis, & manere nihilominus subiectum. Quare standum est communi sententiæ quam optimè confirmat Molin. *disp. 74. tract. 1.* & Suarez *lib. 5. de legibus, c. 14. n. 11.* cùm enim præscriptio sit inducta legibus humanis, neque aliis legibus præscribere possit subditos quàm sui Principis, nunquam præsumendum est velle Principem suis legibus, spoliari suprema potestate, & iurisdictione quam habet. Addo neque id posse, cùm nulla ratione à sua corona iura ipsi essentialia alienare possit, hoc enim esset ipsam destruere, quod maximè verum est in Gallia, cùm Rex inaugurandus ad id sacramento se obstringat, fueruntque constantia Principum hac in re edicta, vt latè ostendit Choppin. *lib. 2. de doman. tit. 1.* & Carol. *in consuetud. Paris. §. 1. gloss. 5. n. 157.*

9 Quoad bona Ecclesiastica certum est iura spiritualia non posse præscribi à laico, cum ab eo non possint possideri; difficultas verò est.

10 Primò de decimis siue eæ debeantur iure diuino positiuo, siue tantùm Ecclesiastico, quod fusè disputat Anast. Germon. *lib. 3. de immunit. sacrorum, cap. 19.* nam quamuis daremus iuris diuini esse, cum tamen illud administretur per Ecclesiam, quæ partem aliquando decimam, alias vigesimam aut trigesimam tantùm determinat, atque aliquando etiam laicis illas concedit, vti à Bonifacio VIII. Regi Christianissimo Philippo Pulchro, constat fuisse donatas, & deinde eius successoribus ab aliis Pontificibus docet Choppin. *lib. 3. de doman. titul.* 23. cùm inquam hoc ius administretur per Ecclesiam, & eius beneficio à laico possit possideri, quidni etiam poterit præscribi; quia tamen tributa quæ supremo Principi soluuntur in signum dominij vniuersalis, non

tollun

tolluntur præscriptione; videtur decimas cùm soluātur Ecclesiæ in toto orbe in signum dominij vniuersalis, non posse etiam præscribi, vt sentit Beroius *in consuetudines Bituric. rubrica* 10.§.12. Tamen S.Thom.2 *2.q.*87.*art.*1. vult quoad quotam consuetudine præscribi posse.non autem in totum,quam distinctionem probant plures Iurisconsulti. Aliter tamen distinguendum videtur, nempe posse consuetudine tolli debitum decimarum, vbi aliunde sunt sufficientes reditus alendis ministris Ecclesiæ,nam non debentur iure diuino decimæ nisi in stipendium ministrorum, quare quando illud est iam sufficiens fidelium liberalitate, possunt cessare decimæ, vel in totum, hoc est respectu totius alicuius ciuitatis, aut prouinciæ, vel respectu alicuius particularis personæ, quæ si ex tempore immemoriali non soluit.præsumitur à maioribus, qui tale onus aliquo beneficio compensarunt, illud priuilegium ex ipsius Ecclesiæ tum scientia,tum concessione obtinere, non potest tamen laicus præscribere decimas, hoc est acquirere ius, vt sibi ab aliis decimæ soluantur post Concilium Lateranense anno 1179. quod reddit laicos incapaces illius iuris; *cap. quamuis* 17.*& c.prohibemus* 19.*de decimis.* Vbi autem est incapacitas, ibi non est præscriptio, vt patet,atq; ita non præscribitur ius decimarū sibi soluendarum à laico,liberatur tamen consuetudine immemoriali ab onere illas soluendi. Ita Azor. *to.*1.*lib.*7.*c.*26.& Couar.*lib.*1.*variar.resol.c.*17.*n.*5.

11 Secundò loca sancta & sacra,seu religiosa præscribi non possunt,*Inst.de vsucap.*§.1.Si tamē res sacra profana fieret ab hostibus, ea posset vsucapi,*l.cùm loca,D.de religios.& sumptib.funerum.*

12 Tertiò iuspatronatus non potest in Ecclesia libera præscribi à laico, quia est ius quasi spirituale,quare etiamsi in Ecclesia fundata & dotata à laico iuspatronatus laico competere possit, & tunc etiam ab illo præscribi, non tamen quando libera fuit semper Ecclesia. In priori enim casu laicus præscribit aduersus laicum, potius quam Ecclesiam,& si quando consuetudine aut præscriptione videtur aliquis tale ius sibi acquisiuisse, id fit quia ius præsumit illam Ecclesiam aliàs à laico fundatam, dotatam, aut ædificatam fuisse. Ita Azor. *tom.*3.*l.*1.*c.*20.*q.*3. & Couar.*c.possessor,* 2.*p.*§.10.*n.*2.8.*&* 49.

3 Quartò titulus beneficij Ecclesiastici non potest acquiri præscriptione, quia beneficium necessario exigit canonicam institutionem, potest tamen possessor post legitimum tempus possessionis præscribere aduersus eum, qui verum & legitimum titulum habet, quare regula Cancellariæ de triennali possessione defendit possessorem,eique tribuit aduersus actorem exceptionem tantum,non tamen dat canonicum titulum,vt ait Couarr.*cap.possessor,*2.*p.*§.10.*n.*10.ideóque triennalis possessor etiam bonæ fidei, & cum titulo verisimili tenebitur ex conscientia dimittere beneficium,quoties sciuerit sibi titulum canonicum ad obtinendum beneficium deesse. Oppositum tamen tradit Rebuff. *de pacifico possessore,n.*7. & gloss.33.*in regul.de triennali possess.* nimirum talem possessionem dare titulum saltem coloratū, posseq; illum detinere beneficiū,etsi sciat aliū titulum se non habere, atque in parlamētis Galliæ adiudicari beneficiū possidenti. Idē docēt Emanu. & Less.*lib.*2.*c.*6.*n.*35. sed de ea re pluribus alibi. Si quæ alia præscribi nō possunt colligētur ex art. seq.vbi conditiones præscriptionis explicabūtur.

ARTICVLVS III.

De conditionibus ad præscribendum necessariis, & primò de possessione.

Possessio necessaria. 1.
Debet esse ciuilis. 2.
Et proprio possidentis nomine. 3.
Consectaria. 4.
Quid de feudatario,& emphyteuta, 5.6.
Quid de colono. 7.8.9.10.

POssessor malæ fidei vllo tempore non præscribit,inquit 2. regula iuris *in* 6. Tertia verò sine possessione præscriptio non procedit;ex quibus duabus regulis colliguntur duæ conditiones necessariæ in præscribente,possessio nimirum,& bona fides, quæ sæpè faciunt titulum probabiliter præsumptum. Vnde *l.*41.*D.* post titulum de vsucap.subiunguntur varij tituli quibus res vsucapi potest; de his conditionibus singillatim agendum est.

Quod attinet ad possessionem, illam omninò necessariam esse tradit regula *cit.*ipsaque definitio præscriptionis superius allata;cui accedit *c. causam,de præscript.* ita vt defectus possessionis nunquam suppleri possit in præscriptione etiam longissimi temporis,quod intelligendum est quoties agitur de acquirendo aliquo iure nouo, si enim acquiratur præscriptione liberatio duntaxat ab aliqua actione, sufficiet sola negligentia non petentis,& ita liberamur à iuribus incorpalibus sola negligentia non vtentis, *l. sequitur* 4.§.*si viam* 27.*D.de vsucapion.*vt inferiùs exponam. 1

Hæc possessio non debet tantum esse naturalis, sed etiamsi ciuilis,alioquin sola naturalis inutilis erit ad præscriptionem,ita vt si vnus retineat ciuilem possessionem,alter naturalem habeat, non possit à possidente naturaliter tantum,contra ciuiliter possidentem præscribi, nisi ille amittat possessionem ciuilem,ab eo enim tempore solum incohatur præscriptio.Ita omnes cum Couarr. *in c.possessor,* 2.*p.initio n.*7. & Rebuff. 3.*tom.ad leges Gallicas,tit.de materia possessoria, in præfat.n.*21. & apertè colligitur *ex l.acquiritur,*§.*fin.D.de acquirendo rerum domin.* 2

Sola tamen ciuilis possessio absque coniunctione naturalis inducet præscriptionem,vt probat *l.*1.§ *per seruum qui in fuga, D. de acquir. possessione,*& quamuis Rebuff.*tom.*3.*ad leges Gallicas. tit. de materia possessoria in præfat. n.* 12. communem assertionem ita intelligat vt sola ciuilis possessio valeat ad perficiendam præscriptionem iam incohatam, non tamen ad illam primò incohandam, quia ciuilis possessio non præcedente naturali considerari non potest,*l.licet,C.de acquir.poss.&* §.*per seruum,cit.* nihil amplius probat. Veriùs tamen Couarru. *c. possessor,* 2.*p. init. num.*7. contrarium asserit,& explicatiùs Barbos.*ad l.*2.*C. de præscr.*30. *vel* 40.*ann. n.*70. ait quoties dabitur ciuilis possessio nō præcedēte naturali,toties per solam ciuilē incohabitur præscriptio,quādo autē simul primo acquiritur ciuilis possessio cū naturali sine qua nō quæritur,*ex l.licet*,allegata à Rebuff.

vbi postea inuicem separabuntur, vti posse habetur *l. clam possidere, §. fin. D. de acquirenda possess.* sola ciuilis perficiet præscriptionem, vt rectè asserebat Rebuff. Tota difficultas est, vt ostendatur, aliquando, quamuis non regulariter, haberi ciuilem possessionem non præcedente naturali, id autẽ traditur *l. 1. §. item adquirimus 5. D. de acquir. poss.* & *l. 2. D. de vsucap. pro soluto*, vt aliàs monui.

3 Debet præterea præscribens proprio nomine possidere, & non alterius, in iure enim is censetur possidere cuius nomine possidetur *l. quod meo 18. D. de acquir. possess.* qui igitur proprio nomine non possidet ciuiliter, nullo tempore præscribet proprietatem rei, etsi eã habeat per mille annos, cui regulæ consentit *c. si diligenti, de præscript.* Hinc,

4 Sequitur venditorem qui constituit se possidere nomine emptoris nullo tempore aduersus emptorem præscribere; quia ratione constituti, illius, nomine emptoris possidet. Ita Tiraquell. *de iure constituti* 1. *p. n. 71.*

Secundò qui precario quidpiam possidet, quia ciuiliter possidet nomine illius à quo precarium accepit, non præscribit.

Tertiò qui rem alterius, tanquam negotiorum gestor, aut procurator habet, non præscribet, neque in vniuersum quicunque rem tantùm detinet, & non possidet.

Quartò nullus incipit præscribere nisi abeo tempore, quo dominus fuerit priuatus sua ciuili possessione, quod tempus ipse debet designare, & probare.

Quintò colonus quia iuris censura non possidet nisi alterius nomine, & tantum detinet, *ex l. non solùm, §. quod vulgò, D. de vsucapion.* nunquam præscribet rei proprietatem.

5 Sextò fructuarius & emphyteuta, & alij similes qui naturaliter quidem possident, *l. naturalit. D. de acquir. poss.* quia tamen non possident ciuiliter respectu dominij directi, nunquam aduersus illum præscribent, cũ sola naturalis possessio non sit apta ad inducendam præscriptionem. Dixi respectu dominij directi, quia respectu dominij vtilis, cum naturaliter & ciuiliter videantur possidere, poterunt illud præscribere, si rem tanquam feudalem vel emphyteuticam possederint per 30. an. *cap. si quis per 30. annos, si de feudo defuncti fuerit contentio, lib. 2. tit. 26.* vbi dicitur etiam non inuestitum tueri se posse præscriptione, atque ita verè agi de præscriptione, & non sola tituli præsumptione, quæ ex illa possessione constat, ostendit Carol. *in consuetud. Parisiens. §. 7. n. 21.* Barbos. verò ad *l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. n. 273.* hinc vlterius colligit non feudatarium posse præscribere aduersùs feudatarium, & peracta præscriptione habendũ esse pro vasallo à domino, quod dixit etiam Carol. *in cons. Paris. §. 7. n. 8.* Secundò dominus qui per 30. annos rem retinuit tanquam non feodalem, non tenebitur denuo in feudum concedere. Tertiò si dominus per 30. annos recepit à vassallo seruitia, censetur probasse directum dominium, sicut & si recepit pensiones ab emphyteuta. Quartò qui domino tantùm putatiuo præstitit pensiones, aut seruitia per 30. an. præscripsit feudum aduersùs dominum verum, qui eum pro vassallo debet habere, neque potest à feudo expellere, *l. si eo, §. 1. D. de Publiciana in rem actione, & lib. 6. feud. tit. 2.* modò ille vassallus paratus sit vero deinde domino præstare seruitia, aliàs quia turbat dominum in sua ciuili possessione, conueniri poterit interdicto *vti possidetis*. Si autẽ aliquis præscribat tantum contra verum vassallum, & non contra dominum, valebit omnino præscriptio siue verus dominus ignoret, siue nòn. Carol. *in cons. Paris. §. 7. n. 10.* Quintò emptor qui emit feudũ à feudatario, illud alienante sine domini licentia, si possedit per 30. an. securus est, neque à domino expelli poterit. Carol. *ibid. n. 12.*

Sextò. si feudatarius alienauit bona feudalia 6
tanquam libera & allodialia ignotante domino, cui semper præstitit seruitia debita, emptor non præscribet contra dominum directum, quia neque feudatarius, neq; vassalus, & emphyteuta per translationem boni in alium, priuant dominum directũ sua possessione ciuili; atqui nunquam præscribitur aduersus eum qui rem ciuiliter possidet. Quia verò colonus rem domini, alteri tradens dominum priuat possessione ciuili, quæ semel extincta non reuiuiscit, etsi semper soluat pensionẽ domino, emptor incipiet præscribere: quare factum coloni magis domino nocet quàm factum feudatarij vel emphyteutæ, vt ait Carol. *in cons. Paris. §. 35 n. 14.* quià si colonus vendidit rem domini tanquam suam, & tradidit, emptor incipit præscribere, quod non fit in emphyteuta, & vsufructuario, cùm illa venditione dominus nondũ priuetur sua ciuili possessione, vt dixi, modò nec sciat dominus nec patiatur illam alienationem, tunc enim ratione negligentiæ amitteret ciuilem possessionẽ, ex quo tempore curreret præscriptio.

Septimò hæres coloni nunquam contra dominũ 7
directum præscribit; quia iuris fictione hæres cẽsetur possidere eodem modo quo defũctus cuius personam repræsentat; *l. cùm hæres, D. de diuersis & temporalib. præscriptionib.* colonus autem nõ possidebat ciuiliter: & perspicua est *l. nec vsũfructuariũm, C. de vsufructu. Nec vsumfructuarium ad obtinendam proprietatem rerum quarum vsumfructũ habet, neque successores eius vlla temporis, ex ea causa tenentes, præscriptio munit.* Ad cuius legis intelligentiam plura Couarr. *c. possessor, 2. p. §. 9. n. 2.* & Barbos. *ad l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. ann. n. 83.*

Octauò etsi colonus, & emphyteuta nullam 8
pensionem domino soluant, quandiu tamẽ eo nomine possident, aut detinent, nunquam incipient possidere nisi a die qua priori possessione interuersa cœperunt pro suo possidere, neq; vllus potest ex sola sua animi destinatione mutare sibi causam possessionis *l. cùm nemo 5. C. de acquir. possess.* sed requiritur causa iusta, vera, vel putatitia extrinsecùs superueniens, Carol. *in cons. Paris. §. 7. n. 13.* Neque negligentia domini circa possessionem pensionum arguit eius negligentiam circa possessionem proprietatis, quam semper retinet. Cõfirmatur quia quoties aliquis possidet nomine absentis domini, non præscribit contra dominum qui per alium ciuiliter possidet, vti hic contingit. Deniq; possessio coloni semper præsumitur continuata eo modo quo incepit, si igitur nomine coloni cœpit possidere, licèt nunquam pensionẽ soluerit, aut ab eo petita fuerit, cum continuet possidere nomine coloni, non præscribet.

Nonò quoties colonus interuertit possessionẽ domini sui, & incipit proprio nomine possidere, incipit etiam aduersus dominum præscribere. Ratio enim superius allata propter quam nequibat colonus præscribere tunc cessat; dicitur autem interuertere possessionẽ domini colonus, aut emphyteuta nõ sola animi destinatione, vt cõstat ex *l. cùm nemo, C. de acquir. possess.* & probat. Carol. *in consuet. Paris. §. 7. n. 13.* neque etiam solo verbo,

quo

quo dicat se non agnoscere dominum, quia id non habetur in iure, sed opus est actu aliquo priuatiuo possessionis ciuilis domini, ita vt illi directò opponatur: v.g. quia venientem in suum fundum expulit, neque sufficit actum illum indirectè tantum opponi domini possessioni, cuiusmodi erit denegatio pensionis, nisi aliquid aliud accedat, itaque opus est tum aliquo facto coloni, tum vt illud directò opponatur possessioni domini, si enim alterum ex his desit non censebitur interuerti possessio domini à colono aut emphyteuta. Idcircò *l. cum nemo, supra cit.* ait colonum qui vendidit rem domini tanquam propriam, sed eam nondum tradidit, non mutasse causam possessionis, neque ea priuasse dominum; quia venditio simplex non est incompatibilis cum dominio proprietarij, cùm quis possit vendere rem alienam tanquam suam, *l. rem alienam, D. de contrahend. emption.* traditio autem est incompatibilis cum dominio, debet autem hæc traditio esse vera, non ficta, v.g per precariam, aut constitutum, alioquin non mutabit causam possessionis, neque domino in ciuili possessione nocebit, quia *l. quamuis 32. §. si conductor, D. de acquir. poss.* conductor qui alteri rem sui domini tradiderat, & illi pensionem soluebat, non priuat priorem dominum sua possessione, & tamen ille actus emptionis, & traditionis, translatiuus est possessionis, vt satis indicat *l. qui vniuersas 30. §. quod per colonum, eod. tit. de acquir. possess.* Nulla igitur potest esse ratio, cur illa prior coloni traditio soluentis vtrique domino pensionem, non transferat possessionem ciuilem, nisi quia est actus fictus, & non verus. Carol. *in consuet. Paris. §. 35. n. 14.* Et confirm. quia colonus dum constituit se possidere nomine emptoris, non potuit in illum transferre possessionem quam non habebat, quod si constituens naturaliter possidebat, transferet possessionem naturalem illo constituto, vt apparet in emphyteuta, vsufructuario, & aliis similibus. Interuertitur præterea possessio, & eius causa mutatur, quando nouus titulus superuenit, ratione cuius iam incipiat de nouo possidere, sed hic titulus, seu noua causa debet esse iusta saltem præsumptiuè, debet etiam primam possessionem dimittere, & rem iam retinere ex hac noua causa, hæc verò tota mutatio possessionis tunc fit potius à lege quam ab homine, potest tamen in his casibus interuersæ & amissæ possessionis petere restitutionem dominus, quod ex *l. final. C. de acquir. possess.* probat Barbosa *ad l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. ann. n. 286.*

Decimò colonus etiamsi per 30. annos fundum possederit soluendo vniformem pensionem, non præscribit tamen ius coloniæ perpetuæ, seu potius vt abstineamus à voce & iure præscriptionis, quod nullum, vti diximus, in detinente tantum, & non possidente, esse potest, colonus ille nequit ex longæua detentione fundi, & solutione vniformis pensionis per 30. annos coloniam sibi factam fuisse perpetuam præsumptiuè probare. Ita Barb. *ad l. 2. cit. n. 321.* Probatur quia vel constat de initio, & titulo locationis, vel non constat, si primum dicatur, cùm initium tituli habeatur, siue ille verus fuerit, siue non, siue vtilis, siue inutilis, censebitur semper continuatus, & omnia sub eodem titulo facta, atque proinde tota illa possessio 30. annorum, non habebitur nisi pro locatione temporali, est enim illa receptissima maxima quam tradit Carolus *in consuetud. Parisiens. §. 7. n. 13. & §. 6. n. 12.* vbi constat de titulo, nunquam præsumitur variatus solo tempore, quare locatio illa temporalis ex cursu 30. annorum, & solutione vniformis pensionis non præsumitur mutata in locationem perpetuam. Quandò autem non constat de initio tituli, sed solū per 30. annos fuisse in prædio cum solutione vniformis pensionis, communis quidem opinio, vt asserit Mascard. *de probation. 2. p. conc. 993. n. 3.* præsumit locationem perpetuam, nihilominus in nostra sententia perstandum est, quia videtur absurdum cogi dominum singulis annis protestari de iure suo, vti esset opus. Deinde cùm ex *l. inuitos, C. de locato*, colonus non retineatur, inuitus in fundo, nō debebit etiam inuitus dominus cogi ad retinendum colonum, cùm debeat esse æqualitas inter illos. Denique non præsumetur locatio ex illa duratione nisi longissimi temporis, seu ad vitam coloni, siue non perpetua est, & quæ transeat ad hæredes coloni.

Vndecimò licèt colonus, emphyteuta, & alij similes non præscribant dominiū, si tamen per 30. an. nullam soluerint pensionem, præscribunt liberationem ab illis, & aduersus actionem ex locato quæ soli domino competit ad poscendas pēsiones, quod respectu pensionū præteritarū indubitatè refert ex Iason. Tiraq. *de præscr. §. 1. glos. 12. n. 4.* An verò à futuris etiam pensionibus liberetur, longa lis est, quā versat Barb. *ad l. 2. C. de præsc. 30. vel 40. an. à n. 118. ad 167.* Carol. *in consuet. Paris. §. 7. n. 14.* ait; sicut contra legatū annuum non admittitur nisi pro præteritis solutionibus, & nō pro futuris, ita idem contingere in pensione annua, quia licèt censeatur vnica, tamen pro sequentibus annis inducit obligationem in diem. Aduersus autē obligationem in diem cum effectu nulla currit præscriptio antequam dies adueniat, nihilominus in cōtractibus annuis & successiuis sufficere vnā 30. annorum præscriptionē, ita vt colonus liber maneat tam à præteritis quā à futuris pensionibus, neque illas soluere cogi possit, docet Rebuff. *to. 2. ad leges Gallicas, in rubric. de famulorum salariis, gloss. 11. ad fin.* In Francia autem obseruari aduertit Boërius *decis. 236. in fin.* & iuxta illam iudicatum refert Chassan. *in consuetud. Burgund. rubrica 11. §. 2. n. 54.* In his porrò omnibus obseruanda est bona fides, alioquin si colonus & emphyteuta sciant se habere fundum in locationem, aut in emphyteusim, cùm eo ipso non possint habere bonam fidem circa solutionem pensionis, non præscribent, vt monet Tiraq. *l. cit.* Nauar. *consil. 4. n. 17. sub rubric. de præscript.* quamuis debeat attendi moneta quæ erat quando celebratus fuit contractus, si deinde mutatur, poterit tamen legitimè præscribi, vt de ea quæ nunc in vsu est, non tantùm in præsenti soluatur, sed etiam in futurum.

ARTICVLVS IV.

De bona fide necessaria præscribenti.

Quis sit possessor bonæ fidei. 1.
Quæ ignorantia alicui requiratur ad bonam fidem. 2.
Bona fides necessaria. 3.
Prima regula. 4.
Secunda regula. 5.
Tertia regula. 6.
Quarta regula. 7.

Quinta regula. 8.
Consectaria. 9. 10. 11.
Regula sexta. 12. 13. 14. 15.
Septima regula. 16.
Quid si tibi resistat possidenti. 17.
Quid si prohibitio ab homine. 18.
Regula octaua. 19. 20. 21. 22. 23.

SEcundam conditionem præscribendi necessariam dixi esse bonam fidem ex regula iuris in 6. de possessore malæ fidei nunquam præscribente.

1 Dicitur autem possessor bonæ fidei qui attentis variis circumstantiis putat rationabiliter rem esse suam, aut illum à quo accepit ius habuisse illam distrahendi. Ita tradit *l. bonæ fidei* 110. *D. de verbor. signif.* & *l.* 3. *D. ad l. Flauiam de plagiariis* & *l. qui à quolibet* 27. *D. de contrahenda emption. l. apud antiquos* 21. §. *cum igitur, C. de furtis*, §. *si quis à non domino, Inst. de rerum diuis.* & §. *iure ciuili, Inst. de vsucap.* Denique tandiu quisquam bonæ fidei possessor te ctissimè dicitur, quandiu se possidere ignorat alienum, *c. si virgo* 34. *q.* 2. Ex quibus colligis bonam fidē possessoris oriri ex scientia propriæ rei, vel ex ignorantia alienæ. Est autem duplex ignorantia, vna facti, dum ignoro an res sit mea vel aliena, altera iuris, dum ignoro an mihi liceat rem aliquam retinere. Bona fides possessionis oritur in primis ex ignorantia facti, vt scilicet ignorem rem quam possideo esse alienam, vel existimem esse meam, quæ ignorantia tamen, si supina sit & crassa, non facit ad bonam fidem in possessore, vt omnes communiter docent cum Molin. *tract.* 2. *d.* 64. *n.* 2. & *d.* 720. *n.* 4. & *disp.* 723. *n.* 2. 7. 8. Rebell. *t. p. lib.* 2. *q.* 4. *n.* 14. & *q.* 5. *n.* 5. Valent. 2. 2. *disp.* 5. *q.* 6. *p.* 3. *sub finem.* quia tunc nulla est probabilis ratio ad existimandum rem non esse alienam, aut esse suā, si enim talis occurreret ratio non foret crassa ignorantia. Non erit etiam bona fides quoties nascetur ex temeraria quadam fatuitate qua quis non aduertit rem esse alienam. Vt igitur hæc ignorantia gignat bonam fidem, debet esse inuincibilis, seu inculpabilis, seu quæ excuset à culpa Theologica, vt ait Molin. *d.* 723. quod iudicandum est attenta capacitate personæ, & aliis circunstantiis, vt ibidem explicat *n.* 8. & clarius Rebell. *q.* 5. *cit. n.* 5. ignorantiam illam debere excusare à culpa lethali in acceptione & possessione rei, atque in omissione inquirendi cuiusnam sit: si autem venialiter tantum mala sit obligare vult ad restitutionem, sed iuxta culpæ proportionem duntaxat, prudentis arbitrio; quod additum malè improbat Sanch. *lib.* 2. *in decal. c.* 23. *n.* 160. quasi pugnet contra communem sententiam negantem obligationem ad restitutionem ex sola culpa veniali contra iustitiam, quam sententiam ipse improbo, & communem nego.

2 Altera ignorantia in possidente est iuris, an videlicet illi liceat rem aliquam retinere & possidere, quamuis enim bona fides ex cuiusq; conscientia procedat, & non ex iure, vt aduertit Couarr. *c. possessor* 2. *p.* §. 7. *n.* 6. si enim possessor credat rem esse alienam non potest ius facere vt eam bona fide possideat, neque etiam si credit rem esse suam, & non alienam, faciet ius vt sit in mala fide. Quia tamen ius externum admittit ad aliquos effectus bonam fidem cum certis circunstantiis, aut illam reiicit, poterit ob iuris errorem excludi possessor alioquin bonæ fidei ab iis quæ iure talis possessionis consequētur, & affici iis quæ aduersus malæ fide possessores sunt constituta. Distinguendum igitur hoc loco est duplex ius, vnum naturale alterum humanum, prius illud dictat rem alienam v.g. furtiuam nunquam esse inuito domino possidendam, aut retinendam, cuius iuris ignorantia cùm crassa, supina, & culpabilis sit, non poterit gignere bonam fidem; de iuris autem humani ignorantia & errore difficultas est an inducat bonam fidem, aut saltem ad illam sufficiat, quando timimum ignoro me rem illicitè habere, quia nescio ius quod eam retentionem mihi reddit illicitam, hæc vero ignorātia vel est iuris assistētis actui, vel resistētis, vel neq; assistentis, neq; resistentis. Ius dicitur assistere quādo iubet aliquē actū, aut certas in illo circumstantias ad eius validitatem requirit, cuiusmodi est solemnitas in testamento: resistir verò quando aut actum prohibet, aut illi alia ratione contradicit. Deinde ius vel clarum & perspicuum est, vel implexum atque obscurum, aut saltem dubium, potest denique iuris ignorantia esse vincibilis, & culpabilis, aut inuincibilis, & inculpabilis, quæ culpa vel est Theologica, eaque vel mortalis, vel venialis, vel tantùm iuridica culpa, vt ita dicam, hoc est prout sumitur à iurisperitis aliqua negligentia in particulari aliquo facto absque vllo crimine, seu peccato & culpa Theologica, quam tamen culpam seu negligentiam, quamuis à peccato immunem punit ius, cum ob illam priuet aliquem aliqua facultate aut capacitate ciuili ad quidpiam agendum, vel patiendum. Et sanè ius humanum à pluribus, & circa plura ignorari inculpabiliter, fusè docet Alphons. à Castro *lib.* 2. *de potestate legis pænal. c.* 14. cùm enim plurium legem obseruatio non obliget sub peccato, neque earum etiam cognitio obligabit. Vniuersim itaque quisque tantum obligatur scire illam humanam legem, cuius cognitio necessaria est ad iustè faciendum quod aggreditur. Dicendum vero est ignorantiam inculpabilem iuris humani etiam resistentis actui, siue sit tantum simplicis negationis, siue prauæ dispositionis, seu error, fundare bonam fidem, quod apertè innuit *l. sed etsi* 28. §. *scire, D. de petition. hæredit. Non puto*, inquit, *hunc esse prædonem qui dolo caret, etsi erraverit in iure.* Et communis sententia docet hanc bonam fidem ad fructus rei alienæ acquirendos sufficere, *apud* Sanchem *lib.* 2. *in Decal. c.* 23. *num.* 163. qui optimè addit *num.* 164. nullam esse hac in parte differentiam inter ignorantiam iuris assistentis & resistentis, cùm vtraque sit contraria scientiæ, & idcirco vel neutra conferat bonam fidem, vel vtraque idem faciat; hæc tamen resolutio non est intelligenda nisi de bona fide in ordine ad effectus iure naturali concessos: v.g. vt excuset à restitutione rei alienæ consumptæ, nisi quantum ditior inde euasit, cum enim non teneatur ratione rei acceptæ quam nec habet, nec ex illa ditior euasit, non tenetur etiam ratione acceptionis, quia propter bonam fidem in ignorantia inculpabili iuris fundatam, iniusta non fuit, nullo igitur ex capite tenebitur. An verò hæc ignorantia sufficiat ad effectus ad quos ius ciuile bonam fidem exigit, & præcipuè præscriptionem, statim aperiam.

Vbi discrimē obseruaueris inter bonam & malā fidē quā ex oppositione cū bona, & ex causis contrariis ex quibus nascitur satis cognosces, dari mediū quoddam, dum quis neq; scit rem esse suā, neque esse alienā, neq; pro sua illā habet, neq; pro aliena,

aliena, neque putat sibi esse licitum, neque illicitum rem vsurpare, sed dubius est.

An verò dubia fides faciat malam an bonam, non leuis est difficultas, alij enim volunt possessorem vt sit bonæ fidei debere existimare rem esse suam, & non alienam, quod non facit dubitans, ac proinde erit in mala fide. Alij ad malam fidem exigunt vt possessor existimet rem esse alienam, quod non facit dubitans, quare alij dicunt esse medium quoddam inter bonam & malam fidem, quia hæc extrema assensum postulant, quo res aut propria aut aliena iudicetur, dubium autem excludit assensum vtriusque partis, & intellectum in quodam æquilibrio constituit. Dari igitur hoc medium contendit Couarr. *cap. possessor. 2. p. §.7. n.2.* vnde infert in his contrariis non valere argumentum negatiuè conceptum ab vno in aliud, neque enim sequitur, non habet bonam fidem, ergo habet malam, quamuis benè inferatur, habet bonam fidem, ergo non habet malam; quibus annotarist

3 Statuendum est bonam fidem esse necessariam præscribenti, & malam fidem non sufficere, etsi præscriptio fuerit longissimi temporis, nimirum 30. aut 40. annorum, aut etiam immemorialis, in conscientia enim talis possessor nunquam erit tutus, etiamsi in foro externo ciuili, eius præscriptio in quibusdam casibus admittatur. Ita traditur *cap. vigilanti, de præscr.* vbi dicitur Ephesinum quemdam Legislatorem ad vitandam confusionem, errorem longi temporis, & miserorum segnitiem, triennali præscriptioni vigorem legis dedisse, vt nimirum in mala fide valeret, quam legem ibi Alexander III. annullat, quod & iterum fecit apertiùs Innocent. III. in Concilio Lateran. vt refertur *cap. fin. de præscript.* Rationem reddit quia omni constitutioni quæ sine peccato mortali nequit obseruari, derogandum est, ius autem canonicum obseruandum vbique dum agitur de materia peccati, omnes æquè consentiunt, vt latè refert Felin. *cap. Ecclesia, n.41. de constitut.* non apparet autem quis fuerit hic Legislator Ephesinus qui triennalem præscriptionem etiam cum mala fide admisit. Nam *C. de præscript. 30. &c. l. sicut 3.* Honorius & Theodosius ad Asclepiodorum Præfectum Prætorio hac de re rescripserunt, quorum mentem Patres sunt interpretati de præscriptione 30. ann. etiam cum mala fide, vt patet ex allegatis testibus, & *l.1. C. de annali exceptione.* iubet Iustinianus omnes actiones personales spatio 30. annorum extingui prorsus. Quare Cuiacius *lib. 18. obseruat. cap. 16, in fin.* existimat apocriphum esse quod dicitur de Ephesino Legislatore, verum quidquid hac de controuersia statuas, certum est malam fidem obesse præscriptioni. Quod vt amplius declaretur.

Triplex mala fides distinguenda est, vna vera, altera ficta, & alia præsumpta. Vera mala fides est vera conscientia alienæ rei, aut iuris. Ficta est quæ fingitur à iure; sic hæres possessoris malæ fidei, quia fingitur habere eandem fidem cum defuncto, habet quoque malam fidem fictam, quare fides ficta inducta est legis dispositione ad quosdam effectus iuridicos. Mala fides præsumpta ea est quæ ex variis indiciis & coniecturis talis esse præsumitur, cùm enim mala fides tantum in animo consistat *l. si fur. §.1. D. de vsucap.* coniecturis & præsumptionibus tantùm probari potest, sicut de dolo dicitur, *l. dolum, C. de dolo.* Ibi igitur dolus manifestus censetur probatus, quando sunt indicia manifesta, si autem non sint manifesta dicitur præsumptiuè probatus, sic mala fides vera censetur probata per manifesta indicia, aliàs est tantum præsumpta. Practicam autem obiiciendi malam fidem proponit Mascard. *de probation. conc. 225 à num. 25.* sit itaque prima regula.

Mala fides vera aut manifestè probata nunquam præscribit. Hinc fit primò vt quia qui apud se instrumentum aut scripturam aliquam habet, præsumitur illam legisse, et si velit contra contenta in ea præscribere, dicatur habere malam fidem veram, quia probatur per manifestum indicium, neque potest iustam ignorantiam, sed supinam tantum obiicere, quare non præscribet, vt tradit Barbos. *ad rubric. tit. C. de præscript. 30 vel 40. ann.* Felin. *cap. venient, n.3. de præscr.* & ibidem, *cap. vigilanti, n.4. vers. limita 3.* 4

Secundò, quando possessor profert titulum vitiosum & iniustum nulla est præscriptio, cum tunc in effectu constare videatur de mala fide manifesta. Quare hanc regulam generalem tradit Couarr. *c. possessor. 2. p. §.8. n.4.* Molin. *de primog. lib 2. c.6. n.6.* Vbi constat titulum vitiosum dedisse causam præscriptioni, ea nulla est, etsi sit immemorialis, sed limitat Barbosa *rubr. cit. à n. 164.* nam quando non constat de titulo, & creditur aliquis sine titulo rem occupasse, sufficit quidem præscriptio immemorialis, vt infra dicetur, sed tunc non est afferendus titulus si non sit validus, vt monent Rebuff. *de decimis, quæst. 13. n.92.* & Molin. *lib. 2. de primog. c.6. n.75.* tamen etiam in præscriptione immemoriali necessaria est bona fides; quare si ex titulo iniusto præsumatur mala fides, impeditur præscriptio, non defectu tituli validi, qui necessarius non est, sed quatenus ex eius iniustitia constat de mala fide, & licèt ex diuturnitate temporis præsumatur titulus iustus, & non videatur idcircò necessarius, si tamen constat de eius inualiditate & iniustitia, cessat præsumptio, & præualet veritas, & denique titulus non necessarius si inutiliter exprimatur, impedit præscriptionem, & nocet allleganti, vt tradit Felinus *c. cum ordinem, n.2. vers. aduerte, de rescriptis.* Debet autem ad probandam verè malam fidem ex necessitate tituli prolati, eiusmodi nullitas apparens esse & notoria, itavt nulla tergiuersatione possit excusari. Deinde vt eiusmodi nullitas oriatur quasi ex iure naturali, cùm enim eius ignorantia probabilis non sit, sed culpabilis, vt diximus, non poterit fundare bonam fidem, si autem altera ex his conditionibus nullitatis desit non probabitur verè mala fides, & valebit præscriptio saltem immemorialis, imò & 30. annorum, quia per errorem iuris creditur ratione tam diuturni temporis esse validum, atque ita explicabis *cap. 1. de præscript. in 6.* vbi contra ius commune ex tempore immemoriali præscribitur sine titulo, quem negat ibi Pontifex tunc esse necessarium, id enim verum est quando aliunde præsumitur bona fides. Maneat itaque malam fidem veram aut verè præsumptam impedire præscriptionem etiam immemorialem, quare etiamsi præscriptio immemorialis habeat vim priuilegij à principe concessi, reddatque securum in foro externo, non tamen in conscientia, si certus sit tale priuilegium nunquam fuisse obtentum, vt ait Ioannes Valetus *in different. vtriusque fori. verb. præscriptio, differ. 3.*

5 Secunda regula, mala fides tantum præsumptiuè purgatur præscriptione immemoriali, atque ex diuturnitate 30. vel 40. annorum. Addidi autem fidem præsumptiuè malam, quia quæ verè mala est, non purgatur sola temporis diuturnitate, cùm obstet veritas in contrarium; atque ita concilio dissidentes opiniones quas refert Mascard. *lib. 1. de probat. conc. 225*. Limitanda tamen est hæc regula, quando præscriptio malæ fidei fortior esset, tunc enim non obstante temporis longinquitate illa præualeret, neque præscriberetur, vt ait Felin. *in cap. vigilanti in fin. ext. de præsumpt.* & colligitur *ex l. penult. D. de restit. in integrum.* Quando autem liquidò constat de expressa hominis cautione, vt per instrumenta contraria, non valet legis prouisio circa præsumptionem ex antiquitate temporis. Imò contra illam iuris præsumptionem admittitur probatio indirecta, hoc est non directè quidem licet ostendere antiquitatem tanti temporis tituli vim non habere, sed eo admisso poterit probare illum non nocere, quia aliunde expressè constat præscribentem fuisse in mala fide, hanc porro malæ fidei purgationem fieri spatio 30. vel 40. annorum etiamsi ius resistat actui, putat Barbos. *in rubr. C. de præscr. 30. vel 40. ann. n. 95.*

6 Tertia regula, mala fides superueniens præscriptioni completæ & legitimæ non nocet in vllo foro. Patet ex iis quæ diximus non teneri eum qui legitimè præscripsit ad restituendam rem antiquo domino quem comperit; an verò prior dominus qui sine vi, & fraude suam recuperauit, teneatur illi restituere qui eam præscripserat, eiusque proinde dominium acquisiuerat, difficultas est; æquitas enim præscriptionis valde conformis est iuri naturali, dum tamen videtur cogere dominum naturalem ad restituendum rem suam, quam sine culpa sæpissimè amisit, domino ciuili, quare antiquum dominum retinere posse rem suam, ait Valerus *in different. vtriusque fori verb. præscriptio, differentia 6. num. 5.* Si denique mala fides adueniat præscriptioni incohatæ, & nondum completæ eam interrumpit; quia tollit aliquid essentialiter necessarium, nempe bonam fidem.

7 Quarta regula, scientia iuris alieni non semper generat malam fidem.

Probatur primò in præscriptione libertatis à seruitute rustica, quæ sine vllo vsu positiuo præscribentis acquiritur, & per solum non vsum alterius qui ius in prædium rusticum habebat. Ita habet *l. requiritur 4. §. si viam 17. D. de vsucap. Si viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non vtendo, amittam viam.* Quam legem hodie vigere, neque esse correctam *per cap. fin. de præscript.* tradit Panormit. *in cap. illud fin. de præscript. n. 13.* & Felin. *ibid. n. 2. de præscr.* Neque enim in hoc casu, vt aduertit Molin. *tract. 2. d. 66.* est vlla mala fides, quam solam *cap. illud fin.* nocere præscriptioni definit. Est autem aduertenda differentia inter præscriptionem libertatis aduersus seruitutem vrbanam, & aduersus seruitutem rusticam, quia libertas aduersus seruitutem vrbanam fit per actum aliquem positiuum præscribentis, & propriè etiam dicitur vsucapi ac præscribi; libertas autem à seruitute rustica, cùm acquiratur per non vsum habentis ius talem seruitutem exigendi, non dicitur propriè vsucapi ab homine, sed fundus seipsum quodammodo in libertatem vindicat, amittiturque ipsa seruitus *l. sicut 13. Cod. de seruitutibus.* Cùm igitur seruitus vrbana præscribatur ab homine, exigit bonam fidem; seruitus autem rustica, quia tantum amittitur neque præscribitur, non potest considerari bona aut mala fides in fundo illo rustico, & re inanimata, quare etiamsi dominus fundi sciat ius alterius ad exigendam talem seruitutem, non propterea vllam malam fidem contrahit in ordine ad præscriptionem, & licèt dominus fundi vi deiecerit possessorem seruitutis à suo fundo, atque ex eo capite videatur habere malam fidem *l. fin. C. vnde vi*, non consideratur tamen illa mala fides respectu fundi, se in libertatem vindicantis à seruitute. Vt itaque scientia iuris non generet malam fidem, oportet vt agatur de amissione iuris per solum non vsum deperditi, & res quæ eam libertatē sibi vindicat inanimata sit; alioquin si homo sibi eam libertatem acquirat, erit in mala fide, vt contingit in vsucapienda libertate humana, quæ actum positiuum domini postulat, & sanè in hac præscriptione libertatis à seruitute rustica, dominos nihil facit illicitum, neque quidquam amittit ad quod teneatur, neque enim obligatur monere alterum vt iure quod habet in fundum vtatur, permittit tantùm illum non vti suo iure, & libertatem fundo creari.

Probatur secundò, scientia iuris alieni non inducit malam fidem, quia cum scientia iuris alieni stat aliquando bona fides, & conscientia licitæ retentionis; sic hæredes eius cuius sciunt bona fuisse fisco addicta, præscribunt fisci actionem, quia sciunt posse quidem ea bona repeti à fisco, sed sciunt etiam se non teneri illa offerre, & se tamdiu retinere posse. Ita Less. *c. 6. n. 21.* ex Couarr. Idem innuit Sanchez in præscriptione bonorum hæretici defuncti ab eius hæredibus *lib. 2. in Decal. c. 22. n. 38.* Idem dices de præscriptione aduersùs quamcunque legem pœnalem, cum Molina, *disp. 66.* Couarr. *cap. possessor, 2. p. §. 11. n. 5.* Barbos. *ad l. 3. C. cit n. 69.*

8 Quinta regula; mala fides impedit præscriptionem 30. annorum actionum tum realium, tum personalium. De actionibus realibus nullus dubitat, correctam enim esse hac in parte *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annorum*, à iure canonico *cap. fin. de præscr.* omnes æquè consentiunt, quare non potest præscribi debitum, etiamsi creditor non petat per longissimum tempus, quandiu aliquis scit se debere, teneturque in conscientia ad illius solutionem, est enim in mala fide si retineat.

De actionibus autem personalibus maior est difficultas, putant enim aliqui circa 30. ann. præscriptionem, quam cum mala fide hac in parte concedit *l. 3. C. de præscr. 30. vel 40. annorum*, nihil fuisse mutatum à iure canonico, ac proinde valere adhuc hodie, Carol. ad Alexandrum, *consil. 99. lib. 4.* Barth. & alij apud Couar. *c. possessor. 2. p. §. 11. n. 5.* Rationem discriminis inter actiones reales, & personales petunt quòd præscriptio realium actionum procedat à possessione rei, cui non potest suffragari mala fides, vt diximus, præscriptio autem personalium actionum fit per negligentiā non petentis, quare nihil facit scientia iuris alieni, & quod debitor sciat se esse verum debitorem, & actione personali conueniri posse ad talis debiti solutionem. Cùm enim nihil agat ad præscribendum ius talis actionis, sed illud per solum non vsum creditoris præscribat,

bat, non diceretur habere malam fidem Theologicam, hoc eſt cum peccato coniunctam, quam ſolam *cap.fin.de preſcr.* reprobat, ſed ſolam malam fidem iuridicam, ſic enim ſcientiam iuris alieni vocant Iuriſperiti, etſi immunis peccati ſit: quod totum confirmatur ex regula ſuperiori qua diximus omnem ſcientiam iuris alieni non gignere malam fidem veram, ſed fictam à iure. Neque apparet cur Legiſlator non potuerit ad puniendam negligentiam creditoris negare illi actionem repetendi debiti poſt longiſſimum tempus, immò & debitorem à debiti ſolutione liberare, ſiue ea liberatio dici debeat vera præſcriptio, ſiue non, quia non fit per poſſeſſionem debitoris, ſed per non vſum iuris exigendi debitum à creditore negligente, debitor autem interea poſſidendo debitum rem propriam, & non alienam poſſidet; neque antequam interpelletur, cogitur ſoluere.

Retinenda tamen eſt ſententia contraria aſſignata in regula quam docet Couar. *l. c.* Felinus *cap.fin. de preſcr.* Barboſa *ad l.3. C.de preſcr.30. vel 40. ann. n.37. & 43.* & Molin. *diſp.66.* & alij communiter, quia *cap.fin. de præſcript.* perſpicuè damnat præſcriptionem cum mala fide, qualem hîc eſſe patet, quia qui ſcit reuera ſe debere alteri, & illud creditore inuito ſibi retinet, aut retinere vult, peccat, facitque contra conſcientiam; & quamuis non teneatur, aut ſtatim, aut quocunque momento, ſeu ſemper ſoluere, tenetur tamen non negare debitum petenti, eſtque illud ius naturale quod non eliditur per ciuile. Neque valet quod reſpondet Panorm. *in cap. illud fin.n.13.& n.21. de preſcr.*& cap.*Eccleſia n.36. de conſtitut.* quando debitum eſt purum, neque eſt expreſſa certa dies ad quam ſoluere debeat, debitorem non peccare quandiu non ſoluit quo tempore poterit præſcribere, ſi creditor non repetat debitum, quia tunc ceſſante peccato ceſſabit mala fides impeditiua præſcriptionis. Falſa inquam eſt iſta reſponſio, quia hic non conſideramus vtrum retineatur debitum cum peccato, aut ſine illo, ſed ſolum ſcientiam debiti, cum enim creditor repetit ſuum debitum, debitor ſciens ſe debere, peccabit ſi illud inuito creditore retineat, atque ita habebit malam fidem; ſi tamen contractus eſſet reciprocus, & ille non impleret quod ex parte eius requiritur, quia crederem eum velle recedere à contractu, valebit præſcriptio, ſicut ſi ſcientia rei alienæ, dubium ſpeculatiuum, aut longum tempus attolit obliuionem, tunc enim longiſſimum tempus purgabit illam malam fidem, falsò autem ſupponebant aduerſarij leges hac præſcriptione punire negligentiam creditoris: nam ſi in pœnam talis negligentiæ extinguerent debitum, non eſſet præſcriptio, ſed debitor gauderet pœna ſtatuta creditori, neque vlla mala fides interueniret eo caſu. Leges tamen hanc pœnam imponere falſum eſt, *l.*enim *ſi quis emptionis* 8. *C.de preſcr.30. vel 40.ann.* concedit quidem exceptionem debitori præſcribenti cum mala fide propter negligentiam non petentis, non perimit tamen debitum, ſed eo perſeuerante præſtat exceptionem debitori, quod quia fouet eius peccatum, meritò reiectum eſt à iure Canonico *in c. illo fin.* & quamuis ibi *lex, ſi quis emptionis*; talem exceptionem concedens de actionibus tantùm realibus loquatur; quia tamen eadem exceptio circa perſonales actiones æquè foueret debitoris peccatum, *eodem cap.fin.* fuit reiecta, quod enim ait Adrian. *art.3. quodlib.6.* leges ciuiles negantes actionem in ſuo foro per aliquod tempus creditori negligenti, iuſtas eſſe ſicut alias negantes actionem ad vitandam litium multitudinem, quod latè probat Couarr.*lib.2. variar.c.4,num.11.* quamuis in foro poli & conſcientiæ non propterea liberetur ab onere reſtituendi debitor, dici non poteſt, quia aliud eſt negare actionem certis de cauſis, aliud fouere peccatum, vt fit per leges de quibus hic diſputamus, quare corrigendæ omnino fuerunt à iure canonico. Ex duabus poſtremis regulis.

Colliges primò, quid ſentiendum de lege Lu- 9
douici XII. an.1512. relata à Rebuff.*tom.2. in leges Gall.tract. de famul.ſalariis*, non poſſe famulum petere ſalarium à domino à quo diſceſſit poſt annum niſi proferat inſtrumentum aut ſcripturam qua probetur petitio. Similes leges in Hiſpania habet Couarr. *c. poſſeſſor,2.p.* §.11. & Molin. *diſp.67.tract.2.* Reſpondeo eas leges non agere de præſcriptione, ſed ſolùm de præſumptione probatæ ſolutionis, & ideo famulis negat actionem ad petendum ſalarium. Quare non debet dominus famulo petenti ſalarium opponere exceptionem præſcriptionis, ſed factæ ſolutionis, vt monet Rebuff. *l.c.gloſſ.*11. neque poterit contrarium probari, niſi per confeſſionem partis ſeu domini, qui tamen non cogetur ad iuramentum præſtandum, neque in foro poli liberabitur à ſolutione, ſi reuera ſe non ſoluiſſe ſciat.

Colliges ſecundò, illum qui habet dominium 10
reuocabile, ſeu quod aliquo iuris remedio reuocari poteſt, ſpatio 30. annorum præſcribere; ita Barboſa, *ad l.3.C.de preſcr.30.vel 40. an.n.137.* quia etſi ſciat illud à ſe tolli poſſe, poſſidet tamen vt rem propriam, & non habet malam fidem, atque ita qui ſcit contractum reſcindi poſſe per reſtitutionem in integrum, non habet malam fidem, & ſaltem longiſſimo tempore præſcribet; tunc enim purgatur omnis præſumptio, & neceſſarius non eſt titulus. Ita Panorm. *c.per tuas, n.8.de donationibus*, & Couarr.*lib.1.variarum cap.3.n.5.* quare etiam qui vendit rem cum pacto de retrouendendo, ſi emptor non redimat infra 30. annos præſcribet illud pactum, quia, vt dixi nulla eſt mala fides. Ita Tiraquell. *lib.2.de retract.gloſſ.2.n.7.* §.1. & Barboſ. *ad l.3.C. de preſcr.30.vel 40. ann. n.140.*

Colliges tertiò, quomodo ſit intelligendum 11
c.1. de preſcr. vbi Concil. Afficanum vult Epiſcopum præſcribere triennio Epiſcopatum ad ſe conuerſum, cùm enim ſciat Epiſcopatum illum alienum eſſe, in mala fide eſt: quod autem aliqui reſpondent in fauorem fidei poſſe præſcribi cum mala fide, reiiciendum omnino eſt; cùm fauore fidei peccari non poſſit. Quare hinc potius ablegandа eſt mala fides, quia conuertens Epiſcopatum titulum eius adminiſtrationis ex iure Eccleſiaſtico acquirit *c.placuit 15.16.q.3.* ac proinde illam diœceſim tanquam propriam, & non alienam poſſidet, neque eſt in mala fide, quamuis ſciat reperi poſſe à ſe talem Epiſcopatum, vt ſi probatum fuerit prioris Epiſcopi præuentam fuiſſe diligentiam ab hæreticis, vt dicitur *illo cap. placuit.*

Sexta regula. Mala fides defuncti non nocet 12
ſucceſſori ſingulari, neque hæredi etiam vniuerſali mediato, qui ſi nihil aliud obſter ſpatio or-

dinario præscribent, hæredi autem vniuersali immediato videtur quoque probabilius non officere quoad præscriptionem 30. annorum. Quare mala fides tantum ficta non impedit quamcunque præscriptionem, sed eam quæ longissimi temporis est permittit.

Prima pars huius regulæ conceditur passim, cùm enim successor singularis seu particularis, vt legatarius, donatarius, emptor non repræsentet defunctum, vel authorem à quo habuit, nulla est ratio propter quam ei noceat mala fides prioris authoris, nō tamē debet numerare tēpus quo malus prior author cū mala fide possedit ad præscribendum. Conformis est *l. an vitium 5. D. de diuersis temper. præscr.* vbi dicitur vitium authoris non obesse legatario, vel emptori; v.g. si vendat tibi rem oppigneratā, si tradat quod alteri fuerat venditum. quare nisi antiquus dominus rem alienatā repetat intra 10. annos, si præsens fuerit, aut intra 20. si absens litem non mouerit, eam obtinebis firmiter, vt tradit Authent. *mala fides, C. de longi temporis præscrip.* Quando tamen res quæ præscribitur est immobilis, & antiquus dominus ignorat esse alienatam, expectandi sunt 30. anni ad præscriptionem, sic enim habet Authent. *mala fidei. Malæ fidei possessore rem alienante cessat longi temporis præscriptio, si verus dominus ignoret ius suum, & alienationem factam spectatur ergo 30. ann. defensio.* Quando etiam res furtiua est, etiamsi deinde ab aliquo fuerit bona fide empta, non præscribitur nisi spatio 30. annorū, contra Sotū *lib. 4. de iust. q. 5. art. 4.* vbi dicit filium latronis qui bona fide paternam hæreditatem adiuit, & possedit, toto tempore præscriptionis tutum esse in conscientia, etsi deinde cōstet rem esse alienam, quod idem ait de emptore, & venditore malæ fidei. Verùm de hærede vniuersali statim, de emptore autem tenenda est communis doctrina ex *§. furtiua, Inst. de vsucap.* vbi furtim sublata non posse vsucapi dicitur, nimirum à possessore quidem bonæ fidei, si tamen deinde emantur bona fide, emptor longissimo tempore præscribet, id est 30. ann. vt Doctores colligūt *ex l. cum 3. & l. si quis emptionis 7. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* quare qui, inquit, Less. *c. 6. n. 44.* possedit per 29. annos breuiarium, quod tunc deprehendit esse furtiuum, tenetur restituere, secus si per 30. annos possederit. Si autem tunc alteri tradas potest ille vtendo accessione tui temporis per vnum annum præscribere, quod fit quoties vnus alteri in possessione succedit, modò vterque possit præscribere, si enim vnus quia mala fide possidet non possit vsucapere, non poterit qui in possessione succedit, vti accessione temporis prioris possessoris, vt statim dicam. Idem dices de vi possessis, & occupatis, si enim bona fide emeris ab inuasore, præscribes sed non nisi per 30. annos. vide *Nouell. 119.*

13 Secunda pars est de hærede mediato, hoc est, hærede primi hæredis. Hic enim si primus hæres bona fide vera possedit, præscribet tempore ordinario, de quo *§. vlt.* Ita omnes, quia fictio de mala fide transeunter à primo possessore ad hæredē suum vniuersalem à quo repræsentatur, non extenditur ad secundum hæredem, quia cùm mala fides primi hæredis sit solum vmbra malæ fidei prioris possessoris, & vmbra non faciat vmbram, non patiet aliam malam fidem. Vnde etiam colligitur eum qui rem aliquam accepit à primo hærede qui se existimabat esse in bona fide. & erat tantum in mala per fictionem iuris, posse vsucapere tempore solito.

Tertia pars Successor seu hæres vniuersalis, & immediatus authoris mala fide possidentis non potest spatio ordinario præscribere *l. cum heres, D. de diuersis tempor. præscr.* quia hæres repræsentat personam defuncti. Quod intelligo etiamsi hæres non vtatur accessione temporis quo defunctus rem possedit, vt optimè aduertit Molin. *tract. 2. disp. 65.* etiamsi Couarr. quoad illam additionem nonnihil dubitet *§. 9. n. 5. 2. part. c. possessor.* Si tamen hæres alium titulum habeat in rem defuncti quàm hæreditatis, illi non nocebit mala fides defuncti ad præscribendum. Imo si defunctus habuit bonam fidem, & non titulum, qui tamen necessarius est ad præscriptionem longi temporis, hæres tamen quia habet titulum nempe pro hærede, seu hæreditatis, præscribet quasi bonam fidem, & titulum superuenientem habens, neque repræsentatio personæ defuncti in hærede extenditur ad defectum tituli, qui est priuatio quædam, & consequenter per nouum titulum tollitur, secus vero quando titulus defuncti fuit vitiosus, ille enim transit, sicut & mala fides fictione iuris ad hæredem, atq; hæc omnia vera esse etiam in iure canonico contra plures ostendit Barbosa ad *rubr. C. de præsc. 30. vel 40. ann. n. 236.* quia repræsētatio defuncti ab hærede inqua fundatur *l. cum heres, initio citata,* admittitur à iure pontificio *c. 1. de solutionib.* qui tamen alicui possidenti mala fide succedit in beneficio Ecclesiastico, potent illud præscribere non computando tempus possessionis malæ fidei, vt obseruat ex Felino, Molin. *disp. 65. n. 8.* quia non possidet larè beneficium titulo hæreditaris, sed eius concessione aut collatione ad quem spectabat tale beneficiū conferre. 14

Quarta pars hæredem immediatum præscribere spatio 30. ann. rem à defuncto mala fide possessam, non vtendo tempore possessionis malæ fidei, traditur à Barbos. *ad rubric. cit. n. 240.* Tiraquell. *de præscr. §. 1. gloss. 2. n. 4.* & aliis ab eo relatis. Neque improbat Less. *c. 6. n. 45.* quia ius canonicum prohibens præscriptionem cum mala fide, loquitur de vera mala fide, non autem de ficta mala fide, quæ nullum inuehit peccatum, non enim hæres bona fide possidens hæreditatem peccat, etsi illi fictione iuris imputetur mala fides defuncti, non poterit tamen ordinario tempore præscribere, quia ad eam requiritur bona fides positiua, cum titulo, & non tantum ea quæ malam fidem excludit, quæ tamen ad præscriptionem longissimi temporis, seu 30. ann. sufficit, neque eundem effectum debet habere mala fides ficta, atque vera, *l. autem cum heres, D. de diuers. temp. præscr.* non loquitur de præscriptione longissimi temporis seu 30. annorum quæ nondum erat cognita, aut in vsu. Monui autem ne tunc hæres vtatur accessione possessionis ab authore malæ fidei, quia tunc vteretur necessario ea possessione cum suis vitiis, neque potest fieri accessio bonæ fidei ad malam, *l. Pomponius. §. 1. & fin. D. de acquir. possess.* Quod autem ait Felin. *c. si diligenti. n. 6. de præscr.* etsi talis hæres præscribat 30. annis, teneri tamen restituere, vbi competit rem alienam esse, vt exoneret animam defuncti, reiicitur, quia post præscriptionem illa res amplius aliena non est, sed ex dispositione legis facta est præscribentis, quare si non onerat suam conscientiam illam retinendo, neque etiam onerabit animam defuncti, quare ea res non manet apud hæredem eo modo quo erat apud defunctum. Cùm autem dicitur *cap. final. de sepulturis. & cap. in litteris, de raptoribus,* hæredes debere 15

bere satisfacere pro defunctis, sermo est de damno illato à defuncto, quod hic nullum est: non enim præscripserat rem alienam, neque præscribere poterat, neque iniusta occupatio ab eo facta est causa immediata damni, quod deinde sequitur per præscriptionem, sed remota tantum. Immediata autem fuit negligentia antiqui domini non repetentis.

16 Septima regula: ignorantia inculpabilis iuris humani dubij aut obscuri non generat malam fidem, neque impedit præscriptionem. Iuris autem clari similis ignorantia valet ad præscribēdos fructus perceptos ex re aliena, non ad præscribendam rem ipsam ordinario tempore, secus ad præscriptionem longissimi temporis, seu 30. annorum.

Prima pars de ignorantia inculpabili iuris humani dubij, vel obscuri communis est, quia in tali dubio possumus quam libuerit opinionem tuto sequi, in praxi, vt diximus 1.2. quare tunc ille qui ita operatur est verè in bona fide, & nihil eo capite habet quod præscriptioni officiat.

Secunda pars. Ignorantiam inculpabilem iuris etiam clari sufficere ad fructuum præscriptionem, traditur à Nauar. *lib. 1. consil. 6. tit. de officio iudicis.* Couarr. *lib. 1. variar. c. 3. n. 8.* Sanchez *lib. 2. in decal. c. 23. n. 163. & 167.* Less. *c. 6. lib. 2. n. 15.* quia *l. sed etsi 25. D. de petition hæredit.* dicitur errans in iure posse comparare fructus, modò non sit prædo id est, possessor malæ fidei, neque quidquam refert siue error hic sit iuris assistentis, siue resistentis, cùm enim ius non distinguit, neque nos distinguere debemus. Atqui lex cit. non distinguit de ignorantia iuris resistentis aut assistentis. Deinde hic potius videtur contingere error facti quàm iuris, quia possessor existimat se percipere fructus ex re sua, quare est omnino in bona fide.

Tertia pars similem ignorantiam iuris humani non fundare bonam fidem sufficientem ad præscriptionem ordinariam perspicuè habetur *l. nunquam 31. D. de vsucap.* & *l. iuris 4. D. de iuris & facti ignorantia.* & *l. error. 8. eod. tit.* cùm autem iure humano sit inducta præscriptio non potest stare nisi quatenus à legibus permittitur, quod certum est in foro externo; in interno autem putat Less. *lib. 2. c. 6. n. 17.* sententiam Medin. *C. de restit. q. 17.* asserentis iuris ignorantiam inculpatam sufficere ad præscriptionem, non esse improbabilem etiam in ordinaria præscriptione, quia in hoc foro cessat omnis præsumptio, immò etiam in foro externo admitti posse.

Quarta pars præscriptionem longissimi temporis, seu 30. annorum non impediri per ignorantiam inculpatam iuris, atque ita veram esse Medinæ sententiam, traditur à Couarr. *c. possessor, 2. p. §. 7. n. 6. conc. 2.* Barbos. *ad rubr. C. de præscr. 30. vel. 40. ann. n. 75.* vbi plures alios refert, quibus accessit Less *lib. 2. c. 6. n. 17.* contra plures canonistas, atque in iis Molin. *d. 64. tract. 2.* Azor. *tom. 3. lib. 1. cap. 18. q. 5.* Sanchez *lib. 2. in. Decal. c. 23. n. 168.* Bonacin. *disp. 1. de restit. quæst. vlt. p. 2. §. 2. num. 19.* Ratio conclusionis est quia præscriptio 30. ann. non exigit titulum, sed solùm bonam fidem, quam stare cum ignorantia iuris, vbi quis adhibuit sufficientem diligentiam, nullus dubitat, & quamuis ex hoc iuris errore præsumatur mala fides, cum qua non potest vnquam præscribi ex iure canonico, illa tamen præsumptio malæ fidei purgatur longissimo tempore 30. annorum, etiamsi possessio sit contra ius, vt ostendit Mascard. *lib. 1. de probation. conc. 228. n. 11.* Neque dicas hanc malæ fidei præsumptionem ex iuris errore, esse præsumptionem iuris & de iure, contra quam non admittatur probatio, nam id verum est quando constat aliquē contra ius quidpiam scienter fecisse. Quamuis autem iuris error non præsumatur, sed ab eo qui illum allegat, probari debeat, quod difficilè fit, tamen licet non doceatur de iuris errore, post 30. ann. cessat tota præsumptio malæ fidei. Ius autem canonicum quod præscribi prohibet cum mala fide, loquitur de vera mala fide, & cum peccato, non autem de præsumpta duntaxat quæ peccati omnis immunis est, vnde etiam fit vt cum errore iuris, quando ex illo non præsumitur mala fides, vt contingit in minore rustico, muliere, milite in quibus error talis toleratur, plurimi ex aduersariis fateantur currere præscriptionem, *l. autem nunquam. D. de vsucap.* & alia iura allata 3. *parte conc.* quæ nobis obiiciunt aduersarij non agunt de præscriptione 30. annorum, quæ, vt monui, nōdum erat cognita. Dum autem *l. quemadmodum 7. C. de agricolis & censitis,* ait. *Mala fides possessorem esse nemo ambigit eum qui aliquid contra legum interdicta mercatur:* agit de foro externo, in quo ita præsumitur, aut de errore culpabili, vnde mulctat emptorē pretio quod dedit, quare in eo supponit culpam, quod vero dicunt aliqui etiamsi constet de errore iuris, præscribentem tamen esse condemnandum in foro externo, vnde colligunt illum non præscripsisse, alioqui fieret illi iniuria dum priuaretur re cuius verum dominium acquisiuit, nego si agatur de præscriptione 30. annorum eum damnandum esse, vt ex dictis constat. Deinde etiam si ciuili iure possit in quibusdam casibus rescindi præscriptio, non fiet propterea magis iniuria, quàm cum rescinditur testamentum sine solemnitatibus debitis celebratum. In foro tamen conscientiæ ait Lessius non tolli ius præscriptione acquisitum, cùm illa iudicis sententia ex falsa præsumptione tantum procedat, neque illi parere tenemur, nisi ob vitandum scandalum, atque ne iudiciorum ratio perturbetur.

Quæres primò an hæc conclusio vera sit etiam 17
quando ius resistit præscribenti.

Resp. distinguendum esse, si enim ad talem præscriptionem propter iuris resistentiam præter bonam fidem, sit necessarius titulus, non præscribetur etiam spatio 30. annorum cum errore iuris inculpabili, quia eadem est ratio huius præscriptionis atque ordinariæ, cum ex suppositione in vtraque requiratur titulus, qui non erit cum iuris errore. Si autem titulus non sit necessarius, præscribetur, vt iam docui, etiam iure, quod ignoratur, resistente. Vt vero ius dicatur resistere præscribenti, oportet vt prohibeat rem ab eo possideri, seu resistat possessioni, ita vt secundùm ius commune non possit rem possidere, atque ita laico præscribenti rem Ecclesiasticam dicitur ius resistere, quia non patitur laicum bona Ecclesiastica possidere. Ita explicat Couarruuias *lib. 1. variarum c. 7. n. 7. vers. qua ratione oportet*; & Molin. *tract. 1. disp. 75. n. 4.* Deinde non tantum debet ius commune resistere præscribenti, sed etiam facere pro actore. In præscriptione autem triennali rerum prophanarum vix vnquam necessarius est titulus, sufficitque sola bona fides, ac proinde tunc cum iure resistente procedet præscriptio, modò adsit bona fides, vt diximus. In rebus autem Ecclesiasticis quia aliquando requiritur præter bonam fidem, titulus, tunc cum errore iuris resistentis non præscribetur.

præſcribetur. Non eſt verò perpetuò neceſſarius titulus in præſcriptione longiſſimi temporis aduerſus res Eccleſiaſticas,ſed ſolum in caſibus expreſſis *c.1.de praſcr.in 6.*in aliis non exigitur,quare procedit cum errore iuris reſiſtentis præſcriptio longiſſimi temporis ; caſus autem expreſſi illi *cap.1. de praſcr. in 6.*ſunt beneficia in aliena diœceſi ſiſſita, & decimæ;in his igitur caſibus in fauorem Eccleſiæ, ſi ius commune reſiſtat modo ſuperius explicato præſcribenti,aut ſit vehementiſſima contra eum præſumptio quæ inferat ſecundum ius commune præſcribentem non poſſe illam iuſtè poſſidere,requiritur titulus & bona fides etiam ad longiſſimi temporis præſcriptionem & vt tollatur præſumptio malæ fidei. Si tamen fuerit præſcriptio immemorialis etiam in illis caſibus valebit,licet ius commune reſiſtat,aut ſit præſumptio contra præſcribentem,quia vis huius præſcriptionis eſt,vt quod ab initio præſumi potuit vitioſum, conualidetur, ita vt de illius vitio amplius agi non poſſit, vt tradit Maſcard. *3.p.de probat.conc.*12.14.*n.*1.*&* 9.

18 Quæres ſecundò an quando præſcribenti reſiſtit prohibitio facta ab homine poſſit cum ignorantia illius prohibitionis haberi bona fides & procedere præſcriptio.

Reſp.prohibitionem præſcriptionis non poſſe directè fieri ab homine,quia licet prohibere poſſit rei alienationem cuius ſpecies quædam eſt præſcriptio, *l.alienationis verbum* 28.*D.de verborum ſignif.*Prohibitio tamen alienationis facta per hominem non habebit effectum validæ prohibitionis circa præſcriptionem defectu poteſtatis. Cùm enim præſcriptio inducta ſit ad bonum commune per legem *l.1.D.de vſucap.* valebit regula iuris, hominem priuatum non poſſe tollere, neque prohibere diſpoſitum per legem propter bonũ publicum,*l.quod de bonis.*15.§.1.*D.ad l.falcidiam.l.Cerdonem* 42.*D.de operis libertorum* : poterit tamen priuatus indirectè prohibere vſucapionem longi temporis prohibita alienatione, quia alienatio facta contra prohibitionem v. g. teſtatoris , nulla eſt : præſcriptio quoque longi temporis quæ ſine titulo valido fit, nulla eſt, indirectè prohibetur , quod nequidem ſine aliqua limitatione intelligendum eſt.Cum enim prohibitio per priuatum v.g. teſtatorem facta, ſolùm quos honorauit,comprehendat *l.ab eo.C.de fideicommiſſis*, fit vt ſi hæres contra eam prohibitionem alienet,nulla ſit alienatio,ſi autem alius tertius alienet,valida erit;præſcriptio igitur fundata in alienatione facta ab hærede contra mentem & voluntatem teſtatoris.nulla erit,cum careat valido titulo neceſſario,fundata autem in alienatione facta ab alio tertio, valida erit,quia titulum habet,cùm teſtator non potuerit ligare eum quem non honorauit, cùm tamen prohibitio alienationis latæ per legem omnes comprehendat,& omnem præſcriptionem in ea fundatam præſcindat. præſcriptio autem longiſſimi temporis quia nullum titulum requirit , nequidem indirectè , ab homine prohiberi poterit,vt patet.

19 Regula octaua, bona fides præſumitur in dubio,niſi probetur de mala, & niſi ius reſiſtat,poteſt oriri ex iniuſtis cauſis & temerariis:dubium autem non impedit præſcriptionem ordinariam, ſi ſuperueniat incohatæ,neque longiſſimi temporis,licet initio habeatur.

20 Prima pars de præſcriptione bonæ fidei in dubio, traditur latè à Maſcard. *lib.1. de probat.conc.* 224. vnde emptor qui emit rem bona fide, non tenetur eam probare,ſed qui eam negat. Limitatur niſi ius commune reſiſtat,quia tunc in foro externo præſumitur mala fides,quæ præſumptio quatenus præſcriptioni noceat,oſtendimus.

21 Secunda pars bonam fidem oriri etiam ex iniuſtis cauſis,traditur ibidem à Maſcard. *num.*17.*& conc.*228.*n.*4.& aliis ab eo relatis,v.g.ſi more minoris putetur emiſſe rem quæ verè aliena eſt.

22 Tertia pars, dubium ſuperueniens incohatæ præſcriptioni, illam non impedire fatentur omnes,quia tunc melior eſt conditio poſſidentis,poteſtque rem quam poſſidet retinere , ac proinde continuare inchoatam præſcriptionem:ea enim continuatio, eſt continuatio poſſeſſionis, neque ille exiſtimat rem eſſe alienam , vnde non habet malam fidem;& quamuis non exiſtimet rem eſſe ſuam,habet tamen bonam fidem non poſitiuam, ſed quia non habet malam,aut eſt in medio quodam. Non ago autem de dubio quo dubitat an rem quam non ſcit certò eſſe ſuam,ſibi liceat retinere,illud enim dubium cùm ſit iuris, ſi practicum ſit , & non tantum ſpeculatiuum, impedit iuſtam poſſeſſionem, & retentionem, neque vnquam licet operari cum conſcientia practicè dubia, vti 1. 2. docuimus, quare cùm hoc dubium afferat peccatum , inuehet malam fidem, neque iuuabit ad præſcribendum , ex regulis ſuperiùs traditis.

23 Quarta pars non impediri præſcriptionem longiſſimi temporis per dubium , etiamſi initio eius fuerit, eſt contra Leſſ. *lib.*2.*c.*6.*n.*10. Molin. *diſp.*63. Sarmient. *lib.*2.*ſelectorum interpret.* *c.*10. *n.*5. *&* 8. Layman.*lib.*3.*ſect.*5. *tract.*1.*cap.*8.*n.*10. Fachinæum *lib.*1. *controuerſ.cap.*65.& alios , qui communiter dicunt dubium non impedire præſcriptionem quando ſuperuenit inchoatæ, ſecus vero quando habetur initio eius , neque diſtinguunt inter præſcriptionem longi, & longiſſimi temporis , quam diſtinctionem nos adhibendam putamus cum Barboſ *ad rubricam C.de praſcr.*30. *vel* 40. *ann.n.*289. *gloſſ.final.* *c.final.de praſcr.*Panormit. *ibid.n.*40.Nauarr.*cap.ſi quis,de pœnitentia. diſt.*7. *n.*89. Ratio diſcriminis eſt , quia hæc præſcriptio cùm non requirat titulum , non exigit bonam fidem poſitiuam , ſed ſolum non malam, quam verè non habet qui eſt in illo dubio , eſt enim in medio quodam , neque ius canonicum corrigens ciuile quod permittebat præſcriptionem cum mala fide,aliam malam fidem excludit quàm eam quæ eſt cum peccato,vt ratio reddita *in illo cap. fin. ſæpius citato*, ſatis oſtendit , quam malam fidem certè non habet,qui dubitat eſtque in bona fide ſaltem negatiuè, neque aliam de rigore exigunt canones;quæ eſt ratio propter quã dicebamus cum Doctoribus, dubiũ ſuperueniens inchoatæ poſſeſſioni, non interrumpere præſcriptionem,cùm interea adhibetur diligentia inquirendi veritatem. Illos dabit Sanchez *lib.2.de matrim.diſp*.41.& Suarez *de religion.tom.*2.*lib.*4.*cap.*5. *n.*16.Ferdinand.à Caſtro *de iuſt.diſp.vn.puncto* 22. §.7.*n.*5. quia illud dubium non conſtituit in mala fide poſitiua , neque quis tenetur rem quam non ſcit eſſe alienam à ſe abiicere,illique fauet poſſeſſio.Si quis tamen ex illo dubio per errorem crederet ſe obligatum rem poſſeſſam dimittere,eam dimitteret,exiſtimat Molin.*cit.diſp.*63. iure naturali non interrumpi præſcriptionem, ſed iure ciuili ex *l.ſi fur.*§.1.*D. de vſucap.* veriùs tamen dixit Ferdinand.*puncto cit.*§.7.*n.*3. interrumpi præſcriptionem,

ptionem, vel impediri, quia illud iudicium licet erroneum, facit malam conſciētiam, & peccaminoſam, atque etiam conſcientiam rei alienæ, tollit itaque bonam fidem, neque cum peccato poſſe præſcribi dixit Innocent. III. *capit. fin. de præſcript.*

ARTICVLVS V.

Quomodo titulus ſit neceſſarius præſcribenti.

Titulus quid. 1.
Aſſertio. 2.
Qualis titulus ſit neceſſarius. 3.
Varij tituli. 4.

1 Titulus quem omnes dicunt eſſe cauſam effectiuam, ſeu rationem fundandi dominij, alius eſt verus, alius apparens & probabiliter præſumptus, etſi enim in ſe ſpectatus verus ſit, vt titulus emptionis, propter adiunctam tamen aliquam circunſtantiam, deſinit eſſe titulus verus, neque transferre poteſt dominium. v. g. in titulo emptionis, ſi venditor non fuerit dominus rei quam vendit Quia verò circunſtantia quæ reddit titulum inualidum inculpatè ignoratur, dicitur titulus apparens, aut probabiliter præſumptus; quod igitur attinet ad præſcriptionem.

2 Communis aſſertio eſt titulum verum non requiri ad illam, ſufficereque titulum apparentem, quia verus titulus coniunctus poſſeſſioni ſeu apprehenſioni, transfert dominium, qui autem dominus eſt rei quam poſſidet, illam non præſcribit, neque enim acquirit lapſu temporis, & continua poſſeſſione dominium quod habuit quandiu poſſedit, ſufficiet itaque titulus præſumptus probabiliter, & eius inſufficientia occulta ſupplebitur continua certi temporis poſſeſſione ex legis inſtar diſpoſitione, acquireturque cum eo titulo, quamuis re ipſa inſufficienti, dominium.

3 Non eſt tamen neceſſarius hic titulus ad omnem præſcriptionem, ſed ſolùm ad præſcriptionem ordinariam, quæ longi temporis dicitur, non ad eam quæ vel immemorialis eſt, vel longiſſimi temporis, nempe 30. vel 40. annorum, vt habetur *l. ſi quis emptionis*, §. 1. *iuncta gloſ. C. de preſcr.* 30. *vel* 40. *an.* Ratio eſt quia aliquando obliuiſcimur tituli, neque ſcimus vtrum aliquid emptione, vel donatione, vel teſtamento, vel quapiam alia ratione poſſideamus, & idcircò lex non obligat ad producendum titulum, vbi poſſeſſio vel immemorialis eſt, vel longiſſimi temporis, id eſt 30. aut 40. annorum. Ex quibus colligit Couarr. *cap. poſſeſſor*, 2. *p.* §. 8 *num.* 1. & alij communiter, bonam fidem haberi ſine titulo, cum enim nunquam præſcribatur ſine bona fide ſaltem negatiuè, id eſt, quæ non ſit mala, & præſcribatur aliquando ſine titulo, ſine eo habebitur bona fides, ſaltem negatiuè, ſeu defectus tituli non oſtendit malam fidem, quod adeo verum eſt vt etiam in dubio præſumatur bona fides deficiente quouis titulo, vt ibidem docet Couatr. *n.* 2.

4 Porrò varij tituli quibus res vſueapiantur, traduntur *lib.* 41. *poſt titulum de vſucapion.* Primò eſt pro ſoluto, id eſt ex cauſa debiti: qui enim rem debitam, aut aliquid pro debito ſolutum poſſidet, hoc titulo vſucapit, quod verum eſt etiamſi res quam mihi tradis tanquam debitam, quia ita exiſtimas, verè debita non ſit, modo quoque ego mihi debitam putem, & non ſim in mala fide. Secundò pro emptore ſic vſucapit qui rem alienam bona fide ab eo quem putabat eſſe dominum, aut à furioſo quem putat ſui compotem, & denique qui quaſi emptor, & cauſa emptionis, vel ex negotio emptionis proximo rem nactus eſt: requiritur autem primò vt ſit bona fides tempore quo res venditur, & quo ſoluitur, ſiue traditur emptori à venditore; ſecundò vt eadem res quæ vendita eſt, tradatur & non alia, fueritque reuera emptio, alioquin ſi putem emiſſe, & non emerim, non erit vſucapio. Tertiò pro hærede poſſidet qui cùm exiſtimet probabiliter ſe hæredem eſſe rei incumbit, ex bonis tamen viuentis hominis, nihil vſucapi poteſt; ſi v.g. Titij bona, quem obiiſſe credebam tanquam hæres adiuerim inter quæ ea ſit res aliena, quam Titius bona fide poſſidebat, non poſſum illam titulo pro hærede præſcribere, quia cùm Titius adhuc viuat, reuerà non ſum adhuc hæres. Quartò vſucapitur pro donato, quando donationis cauſa res tradita eſt, nec ſufficit opinari, ſed & donatam eſſe oportet, ſiue qui donauit fuerit verus dominus, ſiue tantum vt talis bona fide exiſtimetur. Quintò vſucapitur pro derelicto, quando res à domino derelicta verè eſt, aut eſſe putatur, tunc enim erit poſſidentis aut occupantis illam. Quando igitur qui rem dereliquit non erat verus dominus eius, ſed talis exiſtimabatur, qui talem rem capiet præſcribere poterit titulo pro derelicto. Sexto pro legato cùm aliquid legatum eſt ab eo qui dominus rei non erat, ſed putabatur eſſe, vel erat quidem dominus, ſed cum fuiſſet teſtamento legata, adempta eſt in codicillo, qui tamen ignoratur. Septimò pro dote, cum in dotem capitur res aliena, & exiſtimatur eſſe eius qui eam dat. Octauò pro ſuo. Cum rem alienam quis ſuam eſſe putat, modo ea poſſit vſucapi, & non ſit res furtiua, aut vi poſſeſſa. Nonò pro tranſacto, cum aliquid traditum eſt tranſactionis cauſa, vt à lite recedatur, etſi quod traditum eſt ſit alienum, *l. ex cauſa. C. de vſucap. pro emptore, vel tranſactione.* De his titulis conſule *l.* 41, *citatam.*

ARTICVLVS VI.

Quo tempore præſcribatur.

Quænam breui tempore præſcribantur. 1. 2.
Quid ſit longi temporis præſcriptio, & quid illâ præſcribatur. 3. 4.
Quænam ſit longiſſimi temporis præſcriptio, & quid illâ præſcribatur. 5.
De præſcriptione actionis hypothecariæ. 6.
De aliarum actionum præſcriptione. 7.
Vſus præſcriptionis quadraginta annorum. 8.
De centenaria præſcriptione. 9.
Quo tempore præſcribantur Eccleſiaſtica bona. 10.
Interruptio præſcriptionis. 11.
Dormitio præſcriptionis. 12.
Remedium aduerſus præſcriptionem. 13.

Diuerſum tempus pro varijs rebus quæ præſcriptione acquiruntur, aſſignatum eſt.

Primò triennio præſcribuntur res mobiles 1
priuatorum

priuatorum hominum, modo adsit titulus & bona fides, *l. vn. C. de vsucap. & Inst. de vsucap.* §. 1.

2 Mobilia verò Ecclesiæ eodem triennij spatio vsucapiuntur, vt tradit Couart. *c. possessor. p. 2. §. 2. n. 5.* Less. *lib. 2. c. 6. n. 22.* Molin. *tract. 2. disp. 68. n. 2.* qui etiam in rebus Ecclesiæ Romanæ valere id dicit, contra Azor. *lib. 1. tom. 3. cap. 22. q. 2.* & alios qui negant mobilia cuiuscunque Ecclesiæ triennio vsucapi. Verùm in Authent. *quas actiones, C. de sacrosanct. Eccles.* nostra sententia traditur, estque illud authenticum receptum ab Ecclesia, vt patet ex *.q. 3. cap. vltim. & penult.* ibi enim apertè innuitur in rebus quæ minus decennio præscribuntur æqualem esse cuiuslibet priuati & Ecclesiæ conditionem. Quod autem addit Mulina de Ecclesia Romana, dubitationem habet, quia *eo in Authentico* habetur, *vsucapione triennij vel quadriennij præscriptione in suo robore durantibus sola Romana Ecclesia gaudente centum annorum priuilegio.* Et *capite cum vobis 14. de præscript.* vniuersùm definitur contra Romanam Ecclesiam nonnisi centum annorum præscriptionem sibi locum vindicare, nullaque fit distinctio inter res mobiles & immobiles. Quare Lessius *loco cit.* magis probat hoc priuilegium Ecclesiæ Romanæ, cum Panorm. *in cap. cum dilecta 4. de confirmat. vtili, &c. vers. possessiones.* Syluest. *verb. præscriptio 1. n. 7.* communior tamen & verior est sententia Couar. *in cap. possessor, 2. p. §. 2. n. 5.* Molin. *tract. 2. disp. 68.* Layman. *lib. 3. sect. 5. tract. 1. c. 8. n. 2. 3.* Sanch. *lib. 2. in Decal. cap. 23. n. 96.* Ferdinand. a Castro *de iustit. disp. vn. puncto 22. §. 11. n. 5.* quæ negat eiusmodi priuilegium Ecclesiæ Romanæ.

Secundò possessio pacifica triennalis beneficij, modò non fuerit simoniacus ingressus, sufficit ad præscribendum aduersus actionem cuiusuis impetitoris *ex regula 33. Cancellar.*

Tertiò Episcopatus reductus ad fidem catholicam ab alio Episcopo, & pacificè possessus, fit eius, & ius repetendi competens antiquo Episcopo, triennio extinguitur, *c. 1. de præscription.*

Quartò colonus prædium supremi principis tributarium non colens, amittit illud, si alius biennio illud coluerit, modo priùs monuerit, neque prior colonus habet ius ad repetendum nisi per sex menses, *l. locorum, l. qui agros, C. de omni agro deserto.*

Quintò minori, aut non multo maiori spatiò præscribuntur plurimæ actiones. Nam primò actio redhibitoria ad recuperandum pretium quando error causam dedit contractui (est enim pluris empta res quam fuisset si vitium innotuisset) præscribitur sex mensibus contra emptorem, numerando à die quo vitium resciuit, quamquam si venditor fuit in mala fide, semper obligetur in conscientia. Secundò actio quanti minoris ad recuperandam partem pretij ob vitium ignotum rei emptæ, vno anno extinguitur, *l. 1. D. de ædilitio edicto.* Tertiò actio iniuriarum expirat lapsu vnius anni, *l. si non conuitij, C. de iniuriis.* Quartò actio ad accusandum adulterum ad pœnam criminalem vel ciuilem, durat quinquennio solum, *l. adulter. C. ad l. Iuliam de adulteriis,* non tamen extinguitur ad petendum diuortium, *c. admonere, 33. q. 2.* Quintò actio ad reclamandum contra professionem religiosam quinque annis durat, ex Trident. *sess. 25. c. 19. de reformat.* Sextò actio quod metus causa in minore extinguitur vno anno, in maiore vbi negligit intentare cum primum potest. Septimò actio fisci aduersùs bona sibi commissa ipso facto ob non solutum vectigal præscribitur à reo & hæredibus eius quinquennio, *l. 2. C. de vectigalibus & commissis.* Si autem commissa sint ob crimen, non præscribetur à reo quandiu puniri potest, præscribetur tamen ab eius hæredibus quinquennio.

Etsi in præscriptionibus exigatur integrum tempus de momento ad momentum *l. in omnibus. D. de actionibus & obligation.* In vsucapionibus autem satis est vltimam triennij diem esse inceptam, *l. in vsucap. 6. D. de vsuris.* Et ita hi textus conciliantur apud Sanch. *lib. 2. in Decal. c. 28. n. 89.*

Præscriptio longi temporis est 10. annorum inter præsentes, 20. verò inter absentes. Dicuntur autem præsentes qui in eodem territorio habitant, absentes qui in diuersis territoriis. Hæc autem præscriptio necessaria est ad immobilia; quo nomine intelligo etiam iura, & actiones, beneficia, census, reditus, iuspatronatus, vsusfructus, & seruitutes. Ad immobilia autem requiri præscriptionem longi tẽporis quando cum bona fide titulus adest, traditur vniuersim, *l. cum in longi, C. de præscr. longi temporis.* Quod ita etiam intelligendum est, vt si præsens fueris, v.g. septem annis, & deinde discedas à territorio, restabunt adhuc sex anni ad præscriptionem, tres nimirum qui supererant ad complendam præscriptionem, debent autem ratione absentiæ duplicari ex Authent. *quod si quis, C. de præscrip. longi temporis.* Vnus enim annus præsentiæ æquiualet duobus annis absentiæ. Singillatim verò hæc annotanda sunt. 3

Primò seruus viginti annis præscribit libertatem cum bona fide, deficiente licet titulo, *l. 2. C. de prascript. longi temporis.* 4

Secundò seruitus mixta quæ à re debetur personæ, vt vsusfructus inter præsentes 10. inter absentes 20. annis præscribitur; qui v.g. non erat dominus constituit tibi vsumfructum in agris, quod ius possedisti per 10. annos, præsente eo ad quem pertinebat, etsi deinde constet eum qui tibi constituit, non fuisse dominum, neque potuisse constituere, retinebis tamen ad vitam, aut ad tempus constitutum. Idem dices de seruitute merè reali, siue sit continua vt tigni immittendi, stillicidij, siue discontinua, vt eundi per tuum fundum, modo cum bona fide adsit titulus, nam si ille desit, & seruitus sit continua aut quasi continua, ordinario spatio mox assignato præscribetur, si autem sit discontinua non præscribetur nisi tempore immemoriali, seu cuius initij non extet memoria, *l. seruitutes. D. de seruitut.* cuius legis æquissima videtur ratio, quod huius iuris possessio propter eius interruptionem non facilè potuerit obseruari, vt illam impediret, vixque tempus certum quo cœperit possessio queat assignari, itaque non tam præscribitur sine titulo eiusmodi seruitus, quam obtinetur præsumptione antiqui iuris, vt in multis aliis contingit.

Tertiò cum initium possessionis ad præscriptionem sit obseruandum, quia præscriptio ex continua possessione nascitur, incipit autem talis possessio in seruitutibus affirmatiuis, quæ dant ius ad aliquid agendum vt immittendum tignum, ducendam aquam, ab eo die quo quis primum tali iure vtitur bona fide: in negatiuis autem quibus acquiritur ius ad impediendum ne aliquid agas, ne domum attollas, ne fenestram aperias, ab eo die quo prohibes alterum.

Quartò

Quartò, in Eccleſia non libera iuſpatronatus quinquennio præſcribitur à laico contra alium patronum, ſicut alia iura quæ bonis immobilibus annumerantur decennio inter præſentes, & vicennio inter abſentes cum titulo, ſine titulo enim non præſcribetur vnquam, quia eius poſſeſſio non acquiritur, vt de beneficio diximus.

Quintò, actio ad accuſanda quælibet crimina ad pœnam, extinguitur 20. ann. *l. querela C. de falſ.* non tamen officium Iudicis quo poteſt contra infamatum procedere.

5 Tertia præſcriptio dicitur longiſſimi temporis, eſtque 30. vel 40. ann. ad quam neque iure pontificio, neque ciuili exigitur titulus, ſufficitque bona fides vt oſtendimus cum Couarr. *c. poſſeſſ. 1. p. §. 5. n. 2.* niſi in quibuſdam caſibus in fauorem Eccleſiæ, vt nuper monuimus: hanc autẽ præſcriptionem 30. ann. non fuiſſe cognitã à iure conſultis, quorũ nomina in libros Digeſtorum relata ſunt, ſed per poſteriores Imp. inducta, cùm in Digeſtis nulla eius mentio reperiatur, communis opinio tradit, quam latè deffendit Barb. *ad rub. C. de præſc. 30. vel 40. ann. à n. 6. ad* 39.

6 Præſcribuntur verò 30. annis. Primò res mobiles ſine titulo, ſiue eæ priuatorum ſint, ſiue Eccleſiæ *l. 3. C. de præſc. 30. vel 40. an.* Secundò, res etiam immobiles ſine titulo, ſi ſint priuatorum *l. ſi quis empt. 8. §. 1. C. de præſc. 30. vel 40. an.* Tertiò, bona pupilli, ſed minoris non præſcribuntur niſi 30. annis. Quartò, legata & fideicommiſſa poſtulant 30. annos præſcriptionis aduerſus legatariũ, & fidei commiſſarium, non ſufficere enim vſucapionem longi temporis tradit *l. vlt. c. communia de leg.* Sufficere autem 30. annos oſtendit ex communi ſententia Couar. *c. poſſ. 2. p. §. 3. n. 6.* feudum autẽ licet adſint titulus & bona fides, non præſcribitur niſi 30. annis *c. 1. §. ſi quis per 30. ſi de feudo defuncti fuerit controuerſia.* Longo tamen tempore etiam feudum præſcribi tradit Carol. *in conſuet. Pariſ. §. 7. n. 8. ad fin. & §. 35. n. 25.* Barb. *in l. 2. C. de præſc. 30. vel 40. an. n. 189. c. autem* 1. agit de caſu in quo non erat titulus. Quintò, actio hypothecaria præſcribitur 30. annis aduerſus eum cui fuerit primo hypothecata, ſi ad manus tertij deinde peruenit, à quo ſi poſſedit per 30. annos, non poterit hypothecarius vindicare. Ita Barboſa ad *l. ſicut. 3. C. de præſc. 30. vel 40. an. n.* 174 quod intelligendum eſt quando deeſt titulus, nã ſi adſit, præſcribetur decennio inter præſentes, & 20. annis inter abſentes. Aduertit autẽ Barb. *n.* 177. in qualibet re duo eſſe præſcriptibilia, dominium & hypotheca, quæ in eadem re diuerſa ſunt, neque rectè ex vnius iuris præſcriptione ad præſcriptionẽ alterius infertur. Res porrò hypothecata manet adhuc debitoris, *l. neq; pign. C. de pignor. actione*, quare vendendo aut tradendo rem, eius dominiũ verè transfert, ideoq; reſpectu eius non erit neceſſaria præſcriptio, ſed tantum ratione hypothecæ: è contrario ſi vendatur res aliena hypothecata opus erit præſcribere & dominium & hypothecam, & quamuis dominium quod eſt debitoris præſcribatur, manebit tamen creditori ius hypothecæ, *l. iuſto, §. non mutat. D. de vſucap.* in præſcribẽdo enim dominio minus tempus exigitur, quam in præſcribenda hypotheca, cum dominium mobilium breui tempore vt vidimus, præſcribatur, ad præſcribendam autem hypothecam ſemper longum tempus neceſſarium ſit. *l. an vitium, §. fin. l. credit. D. de diuerſ. temp. præſc.* quare ex præſcriptione dominij non licet inferre præſcriptionem hypothecæ, quamquam ſi triennio rei mobilis dominium vſucapiam, & deinde ſeptem annis poſſideam hypothecam, illam præſcribam, quia poſſedi per decenniũ hypothecam, quod ad præſcriptionem ſufficit, ſi autem longo tẽpore poſſidendo immobile quidpiam, eius dominiũ præſcripſi, hypothecam ſimul quoq; præſcripſi, nõ quod ex dominio præſcripto colligam præſcriptã hypothecã, ſed quia poſſedi hypothecã tempore ſufficienti ad præſcriptionẽ, & pariter dominium poſſedi ſufficienter ad præſcribendũ. Quando autẽ res hypothecata poſſidetur à debitore, aut eius hæredibus, non extinguitur actio hypothecaria, quam creditor habet, niſi 40. annis *l. cum notiſſimè 7. C. de præſc. 30. vel 40. annorum.*

Circa extinctionẽ aliarum actionũ iam diximus 7
aliquid, & ex *l. ſicut, C. de præſ. 30. vel 40. an.* colligitur aduerſus omnẽ actionẽ perſonalem poſt 30. annos parari exceptionem præſcriptionis, quamuis duret adhuc ipſa actio, neq; ipſo iure extincta ſit. Vnde vlteriùs infert Barb. *in l. cit. n.* 203. per præſcriptionẽ nõ tolli obligationẽ ciuilẽ ipſo iure, quamuis illius effectus elidantur, lex enim ſolã exceptionẽ concedens præſupponit adhuc vigere ciuilem obligationẽ & actionẽ, neq; poterit iudex ſuplere exceptionẽ præſcriptionis niſi à parte opponatur, *l. 4. §. hoc autem iudiciũ. D. de dam. infecto*, nũquã etiã præſumitur præſcriptio, niſi clarè probetur. Hinc etiã ſequitur, vt ſi qui præſcripſit, ſoluat per errorẽ, repetere poſſit tanquã indebitũ, vt notat Fel. *c. ad aures n. 4. de præſc.* quia cũ ei cõpeteret actio perpetua, indebitũ videtur ſoluiſſe, *l. ſi nõ fortẽ 26. §. indeb. 3. & §. adeo 7. D. de condic. indebiti.*

Actiones de aliis criminibus accuſandis extinguntur 20. an. *l. querela, C. ad leg. Cornel. de falſ.* & quãuis ſit perempta actio ciuilis, non tamen inde infertur extinctio criminalis, aut è contrario, vt habetur *l. quoniã 4. C. de ordine iudic.* Fel. *c. ad aures, n. 5. de præſc.* ait actiones ciuiles non tolli ipſo iure per præſcriptionem, ſed tantùm ope exceptionis, cũ tamẽ criminalia extinguitur omnino exceptione, *ex l. ſed etſi vnius, §. ſi ante, D. de iniuriis.* Verùm ea lex dicit tantùm accuſationẽ eo tempore aboleri, nempe non quoad ſubſtantiam, ſed quoad effectus, cum infringatur per exceptionem quam in hac etiam cauſa neceſſariã eſſe probat *l. 1. §. accuſat. ad S.C. Turpil.* quidquid vero ſit de hac differentia actionis ciuilis & criminalis, certũ eſt 20. an. ſaltem per exceptionẽ præſcriptionis extingui criminalem, ita vt inſtaurari non poſſit ius accuſandi, prætextu ignorantiæ, vel abſentiæ, vel etiã minoris ætatis *l. auxil. D. de minor.* vt probat Fel. *c. vigil. n. 4. in fin. de præſc.* Tiraq. *lib. 1. retractus, §. 35. gloſſ. 4. n.* 18. Sicut autẽ delicto præſcripto non eſt locus accuſationi, neq; etiã erit locus inquiſitioni: quare Iudex ex officio non poterit de eo delicto inquirere, Iudex enim inquirens, vices accuſatoris ſuſtinet, *l. reſcripto, §. fin. D. de muner. & honor.* Imò licet deinde conſtet de authore delicti, aut ille crimen fateatur, neque puniri neque accuſari poterit, quia cùm per præſcriptionem abolitum fuerit crimen, illud confitens puniri nõ poterit, *l. confeſſ. D. de interrogat. action. ſubl.* Excipiuntur tamen quædã delicta in quibus accuſatio durat vltra 20. ann. quando etiam non agitur de delicto per viã accuſationis, ſed per viam exceptionis ad repellendum delinquentem, perpetuò poteſt opponi. Quod autem Felin. *c. cùm nobis, n. 13. de præſc.* ait, poſt 20. annos in foro canonico admitti accuſationem de quocunque delicto, reiicitur à Barb. *in l. 3. C. de præſ. 30. vel 40. an. n.* 230. quia *l. querelam, C. ad legem Cornel. de falſis*, in qua hæc præſcriptio 20. annorum aduerſus actionem criminalem fundatur, admittit *cap. cum venerabilis, ad fin. de exceptionibus.* In foro quidem pœnitentiæ ſemper

admittitur accusatio, quia nunquam præscribitur.

Addo denique sublata actione ciuili per præscriptionem, si tua culpa & negligentia fuerit extincta, non posse te implorare officium iudicis, cùm præscriptio patiat plenissimam securitatem *l. fin. C. de fundis patrimonial.* & *c. ad aures, in fin. de prescript.* Si autem sine tua culpa casu quodam extincta fuerit actio, tunc ex æquitate tibi poterit compete officium iudicis implorare, *l. quod si Ephesi, D. de eo quod certo loco.*

8 Sicuti Honorius & Arcadius præscriptionem 30. annorum induxere, ita Anastasius præscriptionem 40. ann. instituit, vt aduertit Cuiac. *lib.* 18. *obseruat. cap.* 28. huius autem præscriptionis multiplex est vsus. Primò quando lex aliqua agens de actione reali ponit ea verba, *non obstante præscriptione*, si cessante prohibitione legis poterat esse locus præscriptioni longi temporis; nam illa solum vi illius particulæ, remouetur, non autem præscriptio 30. aut 40. ann. si autem non erat locus præscriptioni 10. aut 20. ann. vt lex aliquid operetur, reiicitur quoque præscriptio 30. ann. non autem 40. quæ nunquam videtur reiecta per verba generalia legis, vt colligunt ex *l. 3. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Barb. *in illam l. n. 9.* Chassan. *in consuet. Burgundio, rub.* 8. §. 2. & alij. Secundò quando agitur de materia indifferenti ad actiones reales & personales, particula (nulla obstante præscriptione) remouet præscriptionem 10. vel 20. annorum & quoad actiones personales 30. annorum, non tamen 40. annorum, si autem de sola actione personali agatur, tunc particulâ, *nulla obstante*, tunc etiam 40. annorum præscriptio remouetur, alioqui non verificaretur ea particula cum cadat in materiam quæ sua natura non admittit nisi præscriptionem 30. annorum. Idem dicendum est si res possit tantùm præscribi 40. annis. Tertiò in prædictis tamen casibus non remouetur præscriptio centum annorum, aut immemorialis. Ita latè Tiraq. *lib. 2. retract.* §. 1. *gl.* 2. *n.* 28. Chassan. *in consuet. Burgund. rubr.* 9. §. 2. *n.* 7. Mascard. *p. 3. de probat. conc.* 1372. *n.* 45. Carol. *in consuet. Parisiens.* §. 7. *n.* 12. limitat tamen Barbos. in *l. 4. C. de præscr. 30. vel 40. an. num.* 18. modo lex non faciat rem impræscribilem, tunc enim omnis præscriptio tollitur. Quartò res fisco incorporatæ præscribuntur 40. annis. Couarr. *cap. possessor*, 2. *p.* §. 2. *n.* 9. Cùm tamen olim nunquam præscriberentur §. *res fisci, Inst. de vsucap.* & *l. 2. C. communia de vsucap.* Quintò non nisi eodem spatio bona communia publica præscribuntur, vt colligitur ex *l. omnes 4. C. de præscr. 30. vel. 40. ann.* quod tamen restringit Rebuff. *l. bona ciuitatis, D. de verborum signif.* ad ciuitates supremum dominium obtinentes & habentes iura fiscalia, quia reliqua habētur iure priuati; quam restrictionem reiicit Barbos. *in l. 4. cit. n.* 25. quidquid sit de ea limitatione, publicis quæ spatio 40. annorum præscribuntur non sunt annumeranda ea quæ exprimuntur *l. fin. C. de Sacros. Eccles.* nempe vt si quid venditum, vel donatū, vel relictum fuerit ciuitati, Ecclesiæ, vel pio loco, ius competens ex prædictis causis non præscribatur nisi spatio centum annorum. Neque verum est id emendatum fuisse per authenticā *quas actiones. C. de Sacros. Eccles.* & sufficere 40. annos, quia emendatio per dictam authenticam est tantùm facta quoad Ecclesiam, non autem quoad ciuitatem, quare etiam hodie in illis casibus necessaria est præscriptio centenaria. In reliquis autem omnibus præscribitur contra ciuitatem 40. annis; imò & contra Principem, nisi sint bona coronæ. Sextò qui ratione conditionis personæ subiicitur alicui oneri, 40. annorum spatio liberatur ab ea subiectione, quod ex *l. 4. C. de præscr. 30. vel. 40. annorum* communiter colligunt. Septimò conditio status curialium non mutatur spatio 40. annorum *l. 5. C. de præscr. 30. vel. 40. an.* quod est speciale priuilegium, vt enim habetur in nouellis Maioriani, *l. 1. cap. 1. post codicem Theodosian.* curiales sunt nerui reipublicæ, & viscera ciuitatum quarum cœtum minorem senatum appellauit antiquitas, & ideo noluit vt graue præiudicium reip. vitaret, lex illa mutare statum curialiū etiā 40. ann. præscriptione.

9 Vltima præscriptio est centenaria & immemorialis, quæ tamen non sunt synonymæ, nam si initium possessionis probetur, non erit immemorialis, quæ idcirco sic dicitur quod omnium viuentiū memoriam initium eius superet, & censetur excedere centum annos, ita vt si intra illud tempus cœpisse constet, quamuis certum tempus ignoretur, non erit tamen immemorabilis, si autem ante centum annos cœpit, etiam si id probari possit, dicitur tamen immemorabilis, quia vt dixi senum omnium & tunc viuentiū memoriam superat, eius est conualidare omnem titulum, & purgare præsumptionem malæ fidei, sufficit ad præscribendum contra Ecclesiam Romanam, etsi ad id opus sit centenaria præscriptione, vt docet Couarr. *c. possessor.* §. 3. *n.* 6. centenariæ præscriptionis probationem tradit Couarr. §. *cit. n.* 8. & Molin. *lib. 2. de primogenit. c.* 6.

10 Quod attinet ad bona Ecclesiastica mobilia vsucapiuntur triennio, sicut & contra laicos; *Authentica quas actiones, C. de Sacros. Eccles.* Immobilia contra aliam Ecclesiam quàm Romanam præscribuntur 40. ann. siue titulus adsit siue absit, siue præscribantur inter præsentes, siue inter absentes, siue præscribens priuatus sit, siue vna Ecclesia contra aliam. Ita omnes, vide Tusc. *tom. 6. concl.* 353. & 536. Idem valet quando præscribitur contra domos, hospitales, aliaque pia loca, vel bona legata ad pias causas.

Ad præscribendum verò contra Ecclesiam Romanam bona immobilia spatium centum annorum exigitur, vide Mascard. *con.* 1220. *n.* 25. & 34. & alios. Quod priuilegium quibusdam etiam collegiis & monasteriis concessum fuit à Pontificibus. An verò aduersùm Regem in *Gallia* centenaria præscriptio valeat, vide Chopp. *lib. 3. de doman. tit.* 9.

Ad tempus præscriptionis pertinet eius interruptio, dormitio, & cursus, sic enim loquuntur iurisperiti.

11 Est vero duplex interruptio præscriptionis naturalis, vna ciuilis, altera, naturalis quādo possessio amittitur, *l. naturaliter, D. de vsucap.* quare cùm quasi possessio incorporalium consistat in patientia domini, si ille contradicat, dicetur eorum præscriptio naturaliter interrūpi. Ciuilis interruptio fit ex dispositione iuris retenta licet naturali possessione. Naturalis interruptio omnibus nocet, ciuilis autem illi solùm qui prædictam interruptionem fecit. Quomodo verò interrumpatur per citationem & per quosdam alios actus iudiciales, vt litis contestationem, vide latè Barbos. *ad l. 3. C. de præscr. 30. vel. 40. an. à n.* 233. *ad* 284. res enim est merè externi fori, & de interruptione præscriptionis 30. *an. in l. 7. eod. tit. n.* 44. & an fiat per solam conuentionem *in eand. l.* §. *imo, à n.* 1. Moneo tantùm interruptionem omne præteritum tempus extinguere, ita vt nouam præscriptionem necesse sit incohare, quare nihil aliud est quam dissolu-

tio

tio præſcriptionis inchoatæ. Cui affinis eſt perpetuatio actionis, quando lis nimirum conteſtatur, quia per litis conteſtationem actio temporalis redditur perpetua, ita vt deinceps non tollatur niſi ſpatio 40. annorum *l.fin. Cod.de præſc.30. vel 40. an.* vbi vide latè Barboſum.

12 Dormitio eſt ſuſpenſio præſcriptionis per aliquod tempus, quo elapſo iterum currit & procedit, cum per interruptionem omnino ceſſet: v.g. tempore belli, aut peſtis, quando ius non dicitur, aut homines in aliud territorium diffugere ſolent, & quando is contra quem proceditur, impeditur iure agere, vt filiusfamilias, vel vxor viuente marito, & popillus durāte ætate pupillari, quæ in mare eſt 14. annus exactus, in fœmina 12.

13 Remedium contra præſcriptionem eſt reſtitutio in integrum, cuius beneficio dominus antiquus authoritate iudicis reſtituitur in dominium & poſſeſſionem rei amiſſæ. Conceditur autem hæc reſtitutio primò aduersùs præſcriptionem longi temporis propter iuſtam ignorantiam, vt probat Tiraquell.*lib.1. retract.§.35. gloſſ.4.n.44.* Couarr.*c.poſſeſſor,3.p.§.3.n.1.* Barboſ. ad *l.4.C.de præſcr.30.vel 40.an.n.*301. neque obſtat *l.fin.C.de præſcr. longi temporis.* dum dicit ſcienti & ignoranti pariter nocere præſcriptionem, quia etſi id verum ſit, tamen ignoranti ex iuſta cauſa conceditur reſtitutio in integrum. Hanc eandem reſtitutionem ignoranti & abſenti aduerſus præſcriptionem 30. annorum concedit Tiraq. & alij quos refert *l.c.* negat verò Couar.§.3.*allato*, videturque colligi ex *l.3.C.de præſcrip.30.vel* 40.*ann.* quæ diſſidia ſic componit Barboſ. *in eam l.n.*313. ſemper propter tantam temporis intercapedinem præſumi in domino culpabilem negligentiam, & idcircò ordinariè negari reſtitutionem in integrū, ſi tamen probetur nullam culpam aut negligentiam interceſſiſſe, conceditur reſtitutio; atque hæc diſtinctio valet quoque in præſcriptione 40. annorum, in qua vehementior eſt præſumptio culpabilis negligentiæ ob diuturnitatem temporis: quare frequentiùs negabitur reſtitutio aduerſus illam, & eo ſenſu admitto ſententiam Couarruu. §.3.*cit.*& concilio eum Panormit. *c.vigilanti, n.3. de præſcr.* concedente hoc loco reſtitutionē, quam negabat Couarr. conceditur præterea minoribus ætate ante 25. an. etiam aduerſus præſcriptionem 30. vel 40. annorum reſtitutio in integrum, modo perfectio conſtituta ſit in minori ætate. Deinde conceditur Eccleſiæ, & piis locis, vt habent communiter Doctores, *in authent. quas actiones, C.de ſacroſ. Eccleſ.*& ibi gloſ. In Gallia Regi nunquam conceditur, Chopp. *lib.3.de doman.tit.9.n.*8. quia nunquam minor cenſetur cum habeat ſuos actores & procuratores, & in nullius tutoris poteſtate ſit: debet verò peti reſtitutio intra quadriennium poſt peractam præſcriptionem, *l.final.C.de tempor. in integrum reſtitution.* neque enim ante perfectam læſionem poteſt competere ius aduersùs illam reparationis, quod intelligo à die quo ſciuerit antiquus dominus læſionem: quare fieri poteſt vt poſt annos plurimos poſſit reſtitui aduerſus præſcriptionem, vt ait Tiraq. *lib.1.retract. §.35. gloſſ.4.n.44.* Rebuff. *tom.2.ad leges Gallicas, tit.de reſtit.art.2.gloſ.1.n.2.& 3.* quia tunc non petitur reſtitutio aduerſus præſcriptionem immemorialem, ſed tantum aduerſus præſcriptionem 30. vel 40. annorum per quas facta eſt læſio, nouam enim non induxit tempus ſubſequutum, ſed eius tantum continuationem; quia verò tempus reſtitutionis non incipit currere niſi à die ſcientiæ *l.fin.C.de tempor.in integrum reſtit.* facilè contingere poteſt vt poſt annos quàm plurimos competat reſtitutio in integrum. Deniq; aduerſus centenariam præſcriptionem, hoc eſt eam quæ 100. annos neceſſariò exigit, non conceditur reſtitutio, quia præſumitur ratione diuturni temporis peti per calumniam. Reliqua de præſcriptionibus vide apud Ferdinand. à Caſtro, *diſp.vn. de iuſtit. puncto 22. toto.*

CAPVT VI.

De teſtamentis, & vltimis diſpoſitionibus, ac voluntatibus.

ART. I. *Quid & quotuplex ſit teſtamentum.*
II. *Quid ſit codicillus.*

VLTIMVM quidem, ſed præcipuum humanum negotium eſt ea rerum diſpoſitio, quam quiſque poſt ſuam etiam mortem ſeruari vult; prouida enim ſiue totum humana mens cogitationes ſuas ad æternitatem extendit, & cùm ipſa immortalis ſit, rebus quoque ſuis, & ſuæ familiæ immortalitatem aucupatur, & in poſteris, qua licet æternùm viuere procurat. Quare à nobis iſta tractatio præteriri non debuit, qui humana omnia negotia, ac commercia, ex iiſque ortas obligationes explicare ſuſcepimus, non tamen animus eſt diſquirere omnia quæ fuſiſſimè à I.C. de teſtamentis diſputari ſolēt à *lib.28.ad 33.DD.*& à Canoniſtis *in lib.3.Decret.tit.26.* cùm plurima ad ſolum forum externum pertineant, & nos forum tantùm internum ſpectemus: quare non niſi quæ videbuntur neceſſaria noſtro inſtituto attingemus, eaque ad quatuor capita reuocabimus, nempe teſtamenti naturam, validitatem, teſtatorem, & hæredem.

ARTICVLVS I.

Quid & quotuplex ſit teſtamentum.

Definitio teſtamenti. 1.2.
An teſtamenti factio ſit iuris naturalis. 3.
Diuerſa teſtamentorum ſpecies. 4.

TEſtamentum dicitur ab Vlpiano *l.1. D. qui teſtam.facer.poſſ. voluntatis noſtra iuſta ſententia de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit:* vbi ſententia ſignificat ἀπόδειξιν, demonſtrationem vel enunciationem: quæ voluntatis ſententia ſeu enūciatio, quia non eſt ſimplex ſed teſtata, hoc eſt, apud eos expoſita, qui vt teſtes eſſent, rogati ſunt; idcirco conteſtatio mentis noſtræ dicitur ab Vlpian. quod enim Seruius Sulpit. apud Agell. *lib.6.c.12.* duplicem vocem in hac vna agnoſcit, quod ſit mentis teſtatio, quod voluit etiam Iuſtinian. *Inſt.de teſtam. ordin.* paſſim à Couarru. 1. *p. rub.de teſtam.n.1.*& aliis iure reiicitur: idem enim de calceamento, paludamento, veſtimento dicere liceret, ſed iampridem nonnullos iuris gloſſatores in nominum originibus deriuandis 1

ineptiisse compertum est. Aliqua dabit Cresol. *lib.2.myst.c.19.sol.1.sub finem.* Est igitur testamentum voluntatis nostræ circa ea, quæ de suis bonis post mortem quis fieri vult, enunciatio seu demunstratio non simplex, sed contestata, quæ Græcè dicitur διάθεσις, id est, dispositio seu ordinario, de qua voce pluta *in comm. linguæ Græc.* Budæ. vbi obseruat eam vocem cùm sumitur pro testamento plerumque vsurpari in plurali, aliàs significare pactum, & pollicitationem, quia verò illa omnia Dei cum hominibus quondam inita pacta morte Christi sancita sunt, idcircò nominata sunt testamenta, atquæ sacræ ipsæ chartæ quibus continentur, vetus, & nouum testamentum dicuntur. Sed de his consule Setar. in prolegom. Bibl.

2 In definitione porro initio ab Vlpian. allata obseruant in primis ioris interpretes vocem *iustæ sententia:* indicat enim non esse quamcumque voluntatis nostræ sententiam, aut contestatio nem, sed iustam, hoc est, vt exponit latè Couarru. *t.p rub. de testam.n.3.* plena, perfecta & solemnis, seu vt paucloribus tradidit Cuiac. *in paratitlis ad l.1.& 3.D. qui testam.facer.poss.* secundùm regulas iutis, vt habet *l.4. eodem titul.* Sunt autem plurimæ iuris regulæ circa testamenta, tum circa personas, tum circa ipsam ordinationem testamentorum. Hinc leges testamentariæ XII.Tabular. & Falcidia, Furia, Voconia, Villeia, Cornelia, Caninia, & aliæ plures, sed maximè exigit ius, vt in testamento scribatur hæres, eâ enim institutione à reliquis vltimis voluntatibus, & in primis à codicillo differre testamentum statim dicemus, vndè aliqui definitioni superiùs allatæ addunt, cum directa hæredis institutione, sine qua testamentum omninò irritum est, *§.ante hæred. instit. Inst. de legatis*, nisi fortassis ad pias causas factum, vt communiter tradunt apud Molin. *tom.2. disp.134.* Non esse tamen necessariam hanc additionem in definitione, innuit Cuiac. *l. c.* ostendit enim per vocem *iusta contestatio*, satis excludi codicillum, in quo nihil scribitur rectò iure; vel enim ab intestato fit, vel ex testamento, qui fit ab intestato, verbis precariis fit, non ciuilibus, non directis; qui ex testamento, legata in eo, & libertates, & tutelæ, si fuerit testamento confirmatus, directè scribi possunt, non etiam hæredum institutiones, & substitutiones, legata aut tutelæ, & libertates in eo directò scripta, non tam ex codicillis, quam ex testamento valent, cuius tunc codicillis pars quædam esse existimatur, seu potiùs testamenti ἀναπλήρωσις. Quæ omnia cum disertè habeantur in iure, satis exprimi intelliguntur, cum dicitur ea voluntatis vltimæ contestatio, quam testamentum appellamus, fieri secundum regulas iuris, quæ minuta est contentio.

3 Grauior fortassis illa qua quæritur an testamentum sit iuris naturalis, an ciuilis; cùm enim quilibet naturaliter suæ posteritati consulere teneatur, ad ius gentium, seu naturale pertinere videtur, *l.*tamen *3.D.qui testam.facer.poss.* testamēti factio non priuati, sed publici iuris esse dicitur, hoc est, vt interpretatur fusiùs Cuiac. *ad lib.14. qu. Papinian.in l.cit.potestatem condendi testamentum accipimus ex legibus, & constitutionibus, non ex hominis cuiuspiam priuati voluntate, & arbitrio.* verùm facilè componitur hoc dissidium si dicamus maximè quidem id consentaneum esse naturæ vt quisque de suis bonis disponat in futurum; neque aliud videatur, vt ait Quint. *declam.308.* solatium mortis quàm voluntaris vltra mortem, nullam tamen esse obligationem testandi, posseque intestatum quemque decedere, nisi ratione nominis alieni, quod contraxit ne creditores fraudentur sibi debitis, aut litium quæ præuidet, euitādarum gratia, tenearur omnibus illis incommodis cauere, vt ait Molin. *d.135.* circa ipsam tamen testamenti factionem plurima constituta sunt iure ciuili, vt ex dicendis constabit, & nonnullas etiam personas inhabiles ad testandum æquissimis de causis reddiderunt leges: neque immutarunt ius naturale, sed aliquid ipsi addiderunt, cum vt dixi, neque sit contra ius naturale intestatum decedere.

Testamentum porrò multiplex fuit: vnum calatis comitiis, id est conuocatis pro collegio Pontificum, palam apertéq; fiebat, vt ait Agell. *lib.13. c.27.* Alterum dicebatur in procinctu, cùm instructo exercitu milites in aciem euocati, togasque succincti tribus aut quatuor testibus adhibitis hæredem nuncupabant. Tertium per æs & libram, cùm quis alterius familiam, id est, patrifamilias vniuersum mancipio emebat, & testator tabulas tenens, ita loquebatur. *Hoc in his tabulis, ceræsue scripta sunt, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testamentum perhibete*, emptor autem fictitius æs & rem prumercalem tenens; *Ego hanc rem ex iure Quiritum meam esse aio emptam mihi hoc ære, æneaque libra.* Huius motis meminit Clem. *lib. 5. stromat.* aitque interuenisse ζυγὰ ἡ ἀσσάρια. Rider nugatoriam emptionem istam Plutarch. *in lib. de fora num. vind.* & tandem sustulit Constant. *l.quoniam 15.C.de testam. Ademptis his, inquit, quorum imaginarius vsus est.* Alia item duo priora testamenta desueuisse sua ætate tradidit Iustinian. *Inst. de ordinand. testamentis.* Quartum testamentum dicitur prætorium, quod sine vlla mancipatione per solam testium septem consignationem etiam nunc obseruatur, *l.si vnus 12.C. de testam.* Quintum testamentum mixtum quod ex ciuili & prætorio iure ita fit, vt à septem testibus nullo alio interposito actu, vel eodem, vel etiam alieno annulo consignetur, subscribatur ab iis, & à testatore, hæredisque nomen, vel ab hoc solo vel ab iis adscribatur, *l.28.& 29.C.de testam.* Sextum hoc testamentum vel fit scriptura vel per nuncupationem: per scripturam fiebat mero iure ciuili, aut prætorio, aut mixto, vel testator ipse manu propria totum scribebat, quod dicitur holographum Valentiniani *Nou.2. de testam.* & in eo non exigitur subscriptio testatoris, *l.cum antiquitas 28.§.vlt.C.de testam.* neque etiam testes, *ex Nou.* Valent. quæ tamen in eo non obtinuit, vel certè scribendum alteri dictat. Olim ipse hæres poterat testis in suo testamento adhiberi; sicut cùm per æs & libram fiebat: quare non placuit Iustiniano eam constitutionem codicis Hermogeniani in suum referre, vt ait *§.sed neque, Inst.de testam.* Iure ciuili quinque testes, prætorio septē exiguntur, quorum vnus non potest esse hæres, vti licebat iure ciuili, quo per mancipationem seu æs, & libram, non per scripturam fiebat testamentum. Itaque adhibitis septem testibus quod est ex iure prætorio, eorum subscriptiones ex antiqois constitutionibus adhibeas; & si vno contextu præsentibus illis testibus facias, quod est ex iure ciuili, mixto iure facies, *§. sed cum paulatim, Inst. de test.* Hoc testamentū clausū dicitur, quia non aperiuntur in eo contēta testibus. Vnde Harmenop. vocat μυστικὴν διαθήκην, illa enim reticentia & occultatio fit κατὰ μυστικὸν τρόπον. Dicitur igitur

arcanum

arcanum, & clausum, seu mysticum, tradebat enim testator testibus suum testamentum clausum,& pertusum in summo marginis ad mediam partem triplici lino per foramina traiecto, vt super linum testes nomina sua imprimerent, & subscriberent hoc modo. *Caius Seius Lucij testamentum obsignaui.* Signi & subscriptionis aptè meminit *l. ad testium 22. § si quibus; & l.penult. D.qui testam.facer.poss.* atque ex priori illa *l.§.vlt.* apertè colligitur dedisse testatorem tabulas testamentarias inuolutas linteo, quod Græci vocant pannum, vt scilicet linteo testes sua signa imponerent, vt dixi, & subscriberent. Et ita interiori scripturæ fidem seruabat exterior scriptura testium, vt ait Paul. *lib.5.sent. ad l. Cornel.de testibus.* Illis autem rogatis, & præsentibus dicebat testator: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi, vel Lucius Titius, hoc meum testamentum Caio Seio scribendum dictaui, rogo vos Quirites, vt vestris obsignetur signis, nominaque vestra subscribatis.* Qui scribebat testamentum, dicebatur testamentarius,&in antiquis glossis ἰωνομ@. Cuiac. *in C. de testam.* Testamentum nuncupatiuum fit sine scriptis per nuncupationem ciuili iure, *§. vlt. Inst.de testam.* Ita testatum Horatium, ait Sueton. in eius vita; *Decessit harede Augusto palam nuncupato, cùm vrgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Debent autem hæredes palam, ita vt exauditi possint, nuncupati, vt ait Sabin. *l.qui testamento 10.D. qui testam. facere poss.* Et quamuis alias voluerit Iustinianus in testamento scripto hæredis nomen nuntiari, si id testator sua manu præscribere nequiuisset, sententiam mutauit in *Nou.* 119. Debebat etiam ex nou. Theodos. testator exponere præsentibus testibus velle se sine scriptura testari, antequam hæredem nominaret, aut legata faceret, erantque solemnia quædam verba in eam rem, sed hunc morem sustulit Iustinian. *l.in testam.C.de testam.* Cæcus non potest testari nisi nuncupatiuè, *l.hac consultissima,C.de testam.*

Denique erat testamentum militare, de quo agit *l.16.& 29.Digestor.tit.1.* noluerunt enim Imp. milites ad legum formulas quas plerumque ignorant, sua testamenta condere; vnde *l.1.D.cit.* edicitur vt quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quando volent, faciant quomodo poterint, sufficiet ad bonorum suorum diuisionem faciendam, nuda voluntas testatoris, atque hoc testamentum militare in Gallia quoque receptum est, etiam in Prouinciis quæ legibus municipalibus reguntur, vt sæpiùs iudicatum refert Loüet, *lit.T.n.8.* De iis verò regionibus quæ scripto iure vtuntur, testatur Maynard. *tom.1. lib.5.c.92. & 93.* Itaque edictum Molin. *art.54.* & Aurelianense, art.83. non derogāt militari huic priuilegio. Sanè scripta testamenta præsentibus commilitonibus, sine vlla alia solemnitate probari cuique summo Franciæ tribunali, ait Chopin. *l.3. de legib. And. c.2.tit.4. n.3.* De iis quæ ἄγραφα sunt, maior est controuersia, sed ea etiam probari iam dixi: qui tamen in regem militant hoc priuilegio non gaudent, vt ait Ioan.Faber. *Inst.in rub.de milit. testam. n.3.* Habet tamen vim edictum Molin. mox allatum, quo iubentur obsignari à partibus testamenta: quare vel ea nuncupatiua nullum ampliùs locum habent, neque testibus probari possunt, vt 6.Iun. 1594. pronunciatum fuisse à PP. Parisien. refert Chopin. *lib. 2.de mor.Paris.tit.4.n.4.* Immò etiam peste grassante testamentum nuncupatiuum hominis lue afflati reiectum decreto Ian. 1593. à Patribus Consc.ius dicentibus Turonibus, narrat Ann.Robert. *lib.2.rerum iudicat.c.10.*

ARTICVLVS II.

Quid sit codicillus.

Quid sit codicillus. 1.
Eius differentia à testamento. 2.
Eius valor. ibid.
Ad quid teneatur hæres, vi codicillorum grauatus. 3.
Diuersi codicilli 4.

1 CODicillus, vt colligitur ex *Inst.de codicill.* & *C.eod.tit.atque D.de iure codicillor.* est scriptura qua moriens leuiter ac sine vlla testamenti solemnitate, aut hæredis institutione testatur de eo quod post mortem suam fieri velit. Dicitur *scriptura*, quia nomen ipsum codicilli à codice deriuatum ita sonat, & cum nuncupatiuè, aut sine scriptis fit, non est nisi abusiuè & impropriè codicillus. Non exigit testamenti solemnitates de quibus *c. sequenti*, neque VII. testium numerum, neque rogationem, subscriptionem, aut subsignationem eorum: sufficit enim quinque testes non rogatos ad probationis dumtaxat fidem adhiberi, *l.fin. C. de codicill.* Ea tamen probatio paucioribus quàm quinque testibus ad vitandas fraudes, non impletur, *l.fin C.de fideicōmissis*: quare hic numerus ad solemnitatem saltem probationis pertinet, *l.fin. cit. vers.per testium solemnitatem,* & *l.si veritas,C.de fideicommiss.* Aliquando tamen codicilli non cōmittuntur probationi testiū, sed hæredis cōscientiæ & iuramento, *l.fin.cit.C.de fideicōm.*

2 Præcipua tamen differentia codicillorū à testamento est in hæredis institutione, vt nuper monebam, quia nec dari, nec adiri hæreditas potest codicillis, *l.2.C.de codicill.* quare qui hæredem instituit, codicillos velle facere non videtur, & si desit testamenti solemnitas, nequidem iure codicillorum ea testatio valebit, *l.non codicillum,C.de testam.* nisi adiecta sit vulgaris clausula, si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum, *l.conficiuntur 8. D.de iure codic.* & *in l.fin.C.de codicill.* ita vulgò. Illa autem clausula adiicitur aut specialiter aut generatim, aut tacitè tantùm, quod talis esse testatoris voluntas coniiciatur ex variis circumstantiis, idque contingit primò quando iurat testator velle seruari omnia contenta in suo testamento, aut ita asseueranter præcipit hæredi, *l.cùm pater 77. §.filius. D.de legat. 2.* Neque refert siue hic apponatur iuramentum hæredis, aut testatoris, vt habet Couarr. *in c.Raynaldus, §.3.n.10. de testam.* qui rationē optimam reddit quòd iuramentum cum sit signum voluntatis testatoris, qui aut illud elicit, aut sibi dari ab hærede poscit, facit vt dispositio cui adiicitur, valeat meliori modo quo potest, & vt stipulatio nulla vel inutilis valeat vt nudū pactum, & actionē producit in foro exteriori. Secundò censetur eadē clausula tacitè adiecta quando testator dixit velle se suā dispositionē valere omni meliori modo quo potest, *l.codicillis 18.D.de annuis legatis, §.fin.* Tertiò quādo pater, vel mater, vel alius ascendens inter liberos aut descendentes testatur, vt habet gloss. *in l.cohæredi, §.cum filia.D.de vulgari & pupillar. substitution.* & alij DD. quod tamen restringit Couarr.

in c. Raynutius de testam. n.4. si restamentum factum sit in gratiam liberorum, quantum ad id quod ipsis vtile est, non tamen quatenus in damnum alicuius cedit, vt si vnus aliis vocatis non vocetur, atque hanc clausulam subintellectam tantum, vim suam aliquando obtinere ostenditur *ex l. 48. D. de fideicommissariis libertatibus*: ibi enim imperfecto testamento filij instituti, nulla addita clausula codicillari, alumnæ directò data est libertas, & fideicommissa: decreuit autem liberam fieri alumnam, & illi fideicommissa præstari, quia coniecit talem fuisse voluntatem testatoris ex affectione in alumnam. Hæc igitur clausula codicillaris expressa, vel subintellecta efficit vt si testamentũ cum institutione hæredis, defectu solemnitatis sit inualidum, valeat iure codicillorum. Neque dicas *l. Titia 13. D. de inofficios. testam.* apposi ta etiam clausula codicillari fideicommissa ex inofficioso testamento, non deberi. Respondet enim Cuiac. *in Paratitlis d.l. scriptura, D. qui testam. fact. poss.* Eum enius testamentum vt inofficiosum condemnatur, pro demente haberi, ac proinde non habuisse testamenti factionem, *l. nec fideicommissa 36. D. de legatis 3.* Secundò facit hæc clausula, vt si in minus solemni testamento institutus sit hæres extraneus, & careat testator ascendentibus & descendentibus, sitque solemnitas codicillis sufficiens, transeat in fideicommissum vniuersale, ita legitimi hæredes succedentes ab intestato, teneantur restituere hæreditatem hæredi instituto per illud minus solemne testamenrum, detracta sibi quarta Trebellianica, quare grauari videntur legitimi hæredes per fideicommissum vniuersale, *l. ex ea scriptura. §. 1. D. qui testam. facer. poss.* Si autem liberi exhæredantur aut prætermittuntur, extraneo instituto, licet nullum sit testamentum, vi tamen huius clausulæ grauantur legitimi hæredes per fideicommissum restituere hæredi instituto partem illorum bonorum, quæ iu libera dispositione testatoris fuit. Est autem varia pro varietate motum municipalium, restringit tamen rectè Bald. *in Authent. ex causa, C. de liberis præteriis, q.7.* si liberi scienter præteriti, aut exhæredati fuerint, tunc enim manifestum est voluisse aliquid relinquere extraneo, quem hæredem instituebat. Secus si liberos ignoranter præterijt, quia iure præsumitur enim non institutum fuisse extraneum hæredem, si sciuisset se habere necessarium.

5 Quæritur verò an ab illa parte quam grauantur hæredi instituto restituere, vt diximus, possint aliquid sibi retinere filij, aut alij hæredes, sicut alij venientes ab intestato, quoties per viam commissi reddere hæreditatem tenentur. Respondeo in minus solemni testamento hæredem institutum posse sibi seruare quartam Trebellianicam, vt diximus, ita filius sibi tum legitimam, tum quartam partem deducet. Respondet secùdò Vasq. *opusc. de testam. cit. n.53.* filium grauatum simpliciter & absolutè nulla conditione, aut certo tempore adhibitis, non posse vtramque illam partem deducere, secùs verò si fuerit adiecta cōditio, aut certum aliquod tempus assignatum. Tertiò si pater solemne testamentum faciat inter liberos, quorum aliquem præterit, aut exhæredat iniustè, & apponat clausulam codicillarem, filij quibus hæreditas relinquebatur, censentur meliorati in bonis de quibus pater poterat liberè disponere inter liberos, & filius præteritus, aut exhæredatus, tenetur, quod de paternis bonis præter legitimas portiones & legata supererit cedere. Quem effectum ex superiori deducit Molin. *disp. 132. n. 8.*

Vt verò ad ipsos codicillos redeam, fiunt illi aut ante testamentum, aut post illud, & valent vtroque modo ac tempore facti, modò ex consequenti testamento non constet de contraria voluntate testatoris, immò & si quis decedat intestatus, si tamen codicillos scripserit, quos dicat impleri velle à quocumque, qui in bonis suis successurus sit, valebunt; & denique quamuis duo testamenta non valeant, sed aut vtrumque nullum sit, aut alterum saltem, valent tamen plures codicilli ab eodem facti, modo non inuicem pugnent, & si aliunde non obstet, quæ omnia colliguntur ex *Inst. de codicillis*: horum alij sunt fideicommissarij, alij directi. Fideicommissarij sunt in quibus scriptor verbis vtens precatiis, suam de rebus omnibus, quæ testamento comprehendi solent, petitionem exposuit: directi, in quibus directis, ciuilibusque verbis scriptoris voluntas de legatis dumtaxat alicui relinquendis exposita est: tum scriptis, & nuncupatiuè fiebant aliàs, *l. vlt. C. de bonis liber.* ferè in plurali numero proferuntur, vt ait Caius *in l. non est 148. D. de verb. sign. σύμβολα* appellat Iustinian. *Nou. constit.* 81. In singulari tamen vsurpauit Dioclet. *l. non codicillum 14.* & Iustinian. *l. non antiquit. 28. C. de testam.* 4

CAPVT VII.

De validitate testamenti.

Testamentum superiori capite definitum, & in varia membra diuisum, quædam sibi intrinseca requirit ex natura dispositionis voluntariæ testatoris de suis bonis, quædam extrinseca ex legum & morum constitutione, quæ omnia vtrum ad eius validitatem necessaria sint, inquirimus.

ARTICVLVS I.

Quænam postulet testamentum iure naturali ad sui valorem.

Debet esse voluntarium, & liberum. 1.
Quid si quis impediat ne alius testetur, aut testamentum mutari queat. 2.
Soluitur obiectio. 3.

1 Agimus in primis de iis quæ testamentum ex natura sua requirit. Primum est vt sit voluntarium ac liberum, quare si aut vis aut error, aut metus, ita illi causam dent vt faciant mixtè

Inuolun

inuoluntarium, & tollant libertatem, cùm non fuiſſet teſtator ita diſpoſiturus; immò & ſi liceret, contrarium omninò vellet, nullum eſt in conſcientia tale teſtamentum, vt ex dictis de donationibus ſatis conſtat: neque enim poteſt transferri dominium in alium titulo merè gratuito, ſine libertate eius qui ſe tali dominio in alterius gratiam liberaliter abdicat. Si igitur errore ductus aliquem hæredem inſtituat teſtator, quem ſecluſo eo errore non inſtitueret, quia videlicet exiſtimat ſuum filium obiiſſe, aut quem priori loco ſcripſerat hæredem, aut quia putat aliquem eſſe ſuum aut conſanguineum, aut etiam filium, qui reuera non eſt, nulla eſt ea inſtitutio, nullumque legatum, ſi eodem errore factum ſit, immò ſi in foro externo probetur etiam is error, præſumaturque alia fuiſſe teſtatoris voluntas, nullum erit teſtamentum, *l. ſi pater* 4. & *l. nec apud* 7. *C. de hæred. inſtitu.* Hinc etiam infert Molin. *diſp.* 209. *n.* 8. *tract.* 2. quando teſtator noluit valere ſuum legatum, niſi cauſa propterquam fecit, ſubſiſtente, non valere tum in foro interno, tum in externo, quando vero dubia eſt voluntas teſtatoris, præſumitur à foro externo valida, incumbitque hæredi contrarium probare, niſi legatarius ipſe iuramento adactus id ipſum fateretur, in quam rem multa ibidem iura allegat. Qui autem vi aut metu hæres aut legatarius inſtitutus eſt, tenetur in conſcientia reſtituere illi in cuius detrimentum cedit teſtamentum, vt etiam habet *l.* 1. *C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit*: licèt in foro exteriori non præſumatur is metus, niſi grauis fuerit, ſed in conſcientia ſufficit etiam leuis, vt monebamus de donationibus. Blanditiæ verò aut preces, niſi importunæ ſint, & vim quandam veluti afferant, aut tædium, & nullis mendaciis aut fraudibus miſceantur, non faciunt inuoluntarium, neque tollunt liberum, quare non cauſabunt inualidam diſpoſitionem, vt cùm vxor maritum vt ſe inſtituat hæredem adducit, *l. vlt. C. ſi quis aliq. teſtari probib.*

2 Denique qui impedit ne alter, aut teſtetur, aut mutet teſtamentum, etſi ita impediens ſit aut filius aut pater teſtantis, peccat lethaliter, & bonis omnibus defuncti priuatur, etiam iis quæ ſi non teſtari prohibuiſſet, ipſi fuiſſent obuentura, vt legitima, qua pater filium ſpoliare nequibat, *l.* 1. *&* 2. *D. ſi quis aliq. teſtari probib. l.* 2. *C. eod. tit. l. teſtamenti* 23. *C. de inofficioſ. teſtam.* In conſcientia quoque tenetur reſtituere damnum quod infert iis ad quos bona defuncti, ſi liberè diſpoſuiſſet peruenifſent. Eiuſmodi ſunt qui prohibent ne teſtes, aut tabellio reperiantur, qui curant vt aliqua clauſula apponatur, aut aliquid aliud fiat vnde irritetur deindè dictum teſtamentum. Si enim vis omnis & fraus abſit, vtaturque aliquis ſolum precibus, ne Titius, v.g. Sempronium hæredem aut legatarium inſtituat, quem gratis omninò inſtituiſſet, ſed ſibi vel amico eam inſtitutionem procuret, aut etiam roget inſtitutionem iam factam mutari, non tenetur ad reſtitutionem: quia non peccat contra iuſtitiam, neque ius alterius lædit, nihildum enim ipſi debitum erat, & ſicut poterat teſtator ſuam diſpoſitionem pro arbitrio reuocare, vt dicam inferiùs, neque faciebat iniuriam illi quem ſcripſerat hæredem aut legatarium, neque ad reſtitutionem vllam tenebatur, ita potuit ad eandem reuocationem & voluntatis mutationem ab alio precibus aut rationibus perſuaderi, cum ipſi maneat plena libertas, quod non contingit quoties fraudibus, mendaciis, aut vi, & metu extorquetur ea mutatio, ita Vaſq. *opuſc. de benefic. cap.* 2. *n.* 137. Azor. 3. *p. lib.* 4. *c.* 9. vbi dicit eſſe communem ſententiam. Rebell. 1. *p. lib.* 3. *q.* 1. *n.* 1. Molin. *tract.* 2. *diſp.* 727 *n.* 2. Couarr. *regula peccatum, p.* 2. §. 7. *n.* 8. Emman. Sà, *verb. reſtitut. n.* 21. Neque quidquam facit hoc loco odium & animus nocendi alteri, quo tamen caſu videtur S. Thom. 2. 2. *q.* 62. *art.* 2. *ad* 4. velle, impedientem aliquid alteri gratis conferri, aut legari, teneri ad reſtitutionem: nam S. Thom. agens de collatione præbendæ, ſupponit violari aliquod ius, aut damnum in re propria inferri, quod modo non diſcutio, & in noſtro caſu non contingit, rectè autem ibidem argumentatur Caiet. §. *ad* 6. *poſtremè.* Sicut ſi ipſe teſtator, quia voluntatem ambulatoriam habet, ex odio quod concepit aduerſus eum quem hæredem aut legatarium inſtituerat, reuocat ſuam inſtitutionem, non peccat contra iuſtitiam, ita neq; qui idem conſulet, quamuis ex odio alterius; traditque Molin. *l. c. n.* 4. vniuerſalem regulam ex Adrian. quando aliquis impediendo aliquem ab aſſecutione boni, aut quid aliud committendo, non peccat contra iuſtitiam, non tenetur ad reſtitutionem, & ſi animus nocendi aut odium accedat, non idcircò violabit iuſtitiam, ſed charitatem: ita Iudex qui ex odio damnabit verum reum, non violabit niſi charitatem, & non iuſtitiam, neque damnum quod iubet iuſtè inferri, reſarcire tenetur. Si tamen violaret aliquod alterius ius, ſeu peccaret contra iuſtitiam, vnde deinde ſequeretur impedimentum alicuius boni, quod fuiſſet conſecuturus, teneretur illud damnum compenſare, v.g. ſi teſtatori detegeret aliquod crimen occultum, aut inſidias quas in eum molitus ſit, quem vult hæredem dicere, vnde ille mutet mentem, tunc non tantùm famam, quàm iniuſtè abſtulit, tenetur reſtituere, ſed etiam damnum ex illa iniuſta infamatione ſequutum, quod fuit priuatio hæreditatis, aut legati.

Dices. *l.* 1. §. 11. *D. de aqua pluuia arcend.* non prohiberi præcidi venas aquæ, ne in ſubiectum fundum vicini deriuentur, dummodo id non fiat animo nocendi. Vndè è contrario infertur quando fit eo animo dari actionem in eum, ſuntque plures ſimiles caſus in iure. Reſpondet Caiet. aquam illam cuius vena præſcinditur eſſe vicini, licèt à fundo alterius deriuetur. Verùm quamdiu quis accipit tantùm aquam, quæ eſt in ſuo prædio, & in ſuo fonte, nihil alterius retinet, quia non eſt vicini donec eius fundum intret. Ait itaque Molin. eum qui venam præſcindit, quocunque animo id faciat ſtando in iure naturali, nullam vicino ſubiecto iniuriam facere, neque ad reſtitutionem teneri, cum vtatur iure ſuo & accipiat quod ſuum eſt; ius tamen ciuile æquiſſimè conceſſit actionem de dolo aduerſus eum, qui nullo ſuo emolumento, & ſolum animo nocendi venas præſcindit, domum altiùs attollit, aliaque ſimilia præſtat, non obligatur tamen ad aliquid ante ſententiam iudicis; ſimili ratione, licèt *Clem.* 1. prohibeatur grauiſſimè Religioſis ne teſtatores à legatis faciendis matricibus Eccleſiis ad ſuas auertant, non tenentur quidpiam reſtituere ſi id faciant ante ſententiam, quamuis peccent lethalite

ARTICVLVS II.

Solemnia iure Romano & Gallico ad valorem testamenti requisita.

1 HActenus de iis quæ ex naturali iure testamentum postulat, venio ad ea quæ ius humanum exigit, quæ solemnitates vocant, adeò enim iamptidem fuit diligens & exacta in ordinandis testamentis apud veteres Quirites obseruatio, vt sine iurisperito vix quisquam testamentum facere auderet. Itaque fuere quædam solemnia, & vt Apuleius loquitur, de industria concepta verba, legibus ita constituentibus, vt ait Eusēb. *lib. 4. in vita Constant.* quem tantam diligentiam, & ἀκριβολογίαν sustulisse constat *ex l. quoniam 15. Cod. de testam.* & fieri voluit χύδην ῥημάσι. Quænam autem esset formula ista verborum, & quàm Religiosa, & vt non esset precatia sed directa: *Titius meus hæres esto*, non autem, *volo Titium meum hæredem esse*: vide Cuiac. *in C. de testam.*

2 Ad testamentum igitur in scriptis iure communi, debent adhiberi VII. testes, *l. hac consultissima 21. C. de testamentis*, qui sint mares, non fœminæ, vt ait Couarr. *in c. cum esset, de testam. n. 14. l. qui testamento 20. §. mulier. D. qui testam. facer. poss.* Secundò sint puberes *l. ad testium 12. §. cōditionem, D. cit.* non tantùm cùm debent testimonium dicere, sed etiam cùm fit ipsum testamentum, quod non requiritur in aliis contractibus. Quandonam verò impleatur pubertas, vide Cuiac. *in l. 5. D. qui testam. fac. poss.* Dicebātur Classici testes, ex Festo, quia Ciues Romani esse debebant, & in classes censiti. Tertiò sint liberi, *l. 1. C. de testam.* possunt tamen Religiosi saltem de licentia sui Superioris hic testari; & non sint in potestate testatoris, neque etiam pater, & qui in eius potestate sunt, possunt adhiberi in testamento filijfamilias, *§. præter, & seqq. Inst. de testam.* Quartò debent esse rogati. Quintò debent subscribere, si tamen aliquis scribere nesciat, adhiberi poterit testis octauus, nō tamen hæres poterit esse testis. Quæ omnia habentur *l. hac consultissima 21. C. de testam.* Sextò debet testator propria manu scribere nomen hæredis, aut si nesciat, per alium scribat. *Auth. & non obseruato. C. de testam.* Septimò debet testator in ima vel exteriori parte testamenti quod clausum, aut linteo inuolutum obtulit testibus, manu propria subscribere. *L. Titius huic meo testamēto subscripsi*: aut si illiteratus sit, adhibetur octauus testis qui subscribat, Lucius Titius pro Caio Seio testatore subscripsit nomine suo, testatorisque huic testamento, *l. hac consultissima, C. de testam.* & *l. 6. §. 1. D. de iure codicill.* Ad testamentum verò nuncupatiuum est quidem idem testium numerus, qui simul adsunt rogati, qui testatoris voluntatem aut scriptam, aut voce prolatam intelligant, non tamen necessaria est eorū subscriptio, aut sigillum, *l. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. de testam. §. vlt. Inst. de testam.* & *l. hæredes palam, D. eod. tit.* in testamento autem in scriptis sicut non potest hæres esse testis, ita neque illud scribere, sicut neque legatarius, nisi testator alia viâ expresserit se eum legatarium, aut hæredem velle, *l. 1. & 2. C. de iis, qui sibi adscribunt in testamento*; & *l. 1. §. ad testam. D. ad l. Corneliam, de falsis.* Quas tamen ita exponit Molin. *disp. 125. n. 5.* vt non obligent nisi post sententiam iudicis: quare poterit in conscientia hæres ille hæreditatem, & legatarius legatum retinere: immò neque illum cui alioquin illa bona essent obuentura posse iure in conscientia retinere, vt qui scripsit testamentum condemnetur, cum sciat quænam fuerit defuncti voluntas; quare non poterit deinde illam hæreditatem, aut legatum sibi retinere, posseterque hæres, aut legatarius institutus facere occultam compensationem: in testamento autem nuncupatiuo id non contingit, quia quænam sit voluntas testatoris coram testibus aperitur, quare cùm illi de testatoris voluntate testantur, omnis falsitatis præsumptio cessabit. Si tamen hæres aut legatarius legisset coram testibus illud testamentum, cuius deindè non meminissent testes, esset nullum in foro exteriori; in conscientia tamen seruanda essent quæ modo diximus de testamento in scriptis.

His accedit debere esse absolutum testamentum: nam imperfectum irritum est, *l. si is qui 25. §. cùm testamentum. & l. ex ea scriptura 29. D. qui testam. facere poss. l. furiosi 9. C. eod. tit.* & *l. ex imperfecto, C. de testam.* vbi aduertit subtiliter Couarr. illud tantùm dici imperfectum testamentum quod neque subscriptum, neque signatum est à testibus, neque loquitur de aliis vitiis testamentorum, vt vulgus exponit. 3

Sufficit verò si rogatus testator à tabellione, aut alio quopiam, num, Alcibiadem, v.g. velit instituere hæredem, dicat se velle, vt tradunt communiter DD. cum gloss. *in l. iubemus. C. de testam.* & Couarr. *in c. cum tibi, de testam. n. 4.* & quamuis non proprio nomine appellet, si tamen indubitato signo designet, vt instituo meum fratrem, quem vnicum habet, seu si dicat nomen sui hæredis in certa scheda à se scriptum esse, vt tradit Couarr. *c. cit. n. 5.* Solus nutus non satis esset ad hæredem, valet tamen ad legatum, ex *l. iubemus. C. de testam. l. nutu, D. de legat. 3. l. stipulo, §. vlt. D. de verb. signif.* & Couarr. *c. cum tibi, n. 3.* In foro tamen conscientiæ si verè exprimatur & citra dubitationem voluntas testantis, valida est ea dispositio. 4

Disputant IC. an si præsens fuerit Tabellio publicus, sit præterea necesse publicari, hoc est in acta publica & municipalia referri, vt ibid. Authenticum asserit. Vide Cuiac. *in C. de testam.*

Ab

6 Ab his vniuersalibus regulis excipiuntur primò rustici, quibus si non supperant testes, conceditur quinque tantùm adhibere, *l.vlt.C.de testam.*

7 Secundò quando testamentum fit inter liberos, etiam emancipatos sine vlla admixtione personæ extraneæ, sufficient duo testes siue masculi siue fœminæ, etiam non rogati, neque subscripti, siue testamentum condatur à patre siue à matre, siue clausum sit, siue nuncupatiuum, *l. hac consultiss. §.ex imperfecto. C.de testam. iuncta l. vltim.C. familia herciscendæ*, vt probat Couarr. *in c. Raynutius, de testam.§.1.n.3.* Verùm iā monui ex Cuiac. Iustinian. *l.cit. hac consultissima, §. ex imperfecto*, dum vult testamentum imperfectum valere inter liberos: tantum velle vt licet desint signa & subscriptiones, valeat tamen eo casu testamentum, quod vulgus interpretum malè extendit ad reliqua vitia, & licet numerus testium desit, hanc dispositionem valere putant. Deinde tamen sancitum est vt tale testamentum subscribatur à testatore aut à liberis ab eo institutis, *Authent. si modo. C.familia herciscunda*; aut saltem testator propria manu, distinctis characteribus exprimat nomina filiorum quos instituit, & partes quibus eos donat; & tempus quo conficit testamentum, *Authent. quod sine, C.de testam.* In eo etiam testamento si clausum sit, valent legata personis extraneis relicta, *Authent. quod sine, de testam.* Valuit etiam aliquando testamentum inter liberos notis scriptum, *l.vlt. D. famil.hercisc.* quæ deindè sublata est per *nouell.27.§.ex imperfect.* vbi imperfectum testamentum vsurpat eo modo quo nuper diximus. Testamentum autem nuncupatiuum hoc casu carens solemnitatibus communibus, irritum est quod ad legatum extranei, & illud accrescit liberis, *l. hac consultissima, §.ex imperfecto. C. de testam.* quod extenditur quoque ad testamentum inter nepotes, & alios inferiores descendentes à quocunque ascendente masculo siue fœmina sit, vt habetur *in Authentico de testam. imperfectis, initio*: non tamen ad testamentum descendentium inter ascendentes, cùm nullum sit expressum ea de re ius.

8 Tertiò, testamentum in consistorio sedente principe & proceribus factum, validum est sine vlla alia solemnitate, *l.omnium.C.de testam.*

9 Quartò militare testamentū has omnes etiam obseruationes non exigit, vt nuper monui, modò testes sint rogati, *ex l.Diuus, D.de testam.militari.* Miles enim potest proprio sanguine, aut digito, aut virga, aut quolibet alio modo, in scuto, vagina, ense, & quacumque tandem ratione licuerit suam vltimam voluntatem scribere duobus testibus rogatis omni exceptione maioribus, *l.milites, C.de testam. militari.* Valebitque hæc dispositio si intra annum quo rediit à bello moriatur, extenditurque hoc priuilegium ad omnes qui degunt in castris, modò sint in loco hostili, *l.1. D.de bonor.possess.ex testam.militis.*

10 Quintò in terris dominio temporali Pontificis subiectis sufficiunt duo aut tres testes coram parrocho testante, ex constitutione Alexandri III. ad Episcopum Hostiensem scribentis, *c.cum esses, de testam.* quæ constitutio an potius sit seruanda quam Cæsarea in ditione Pontificia, consule Couarr. *in illud c.* & Molin. *disp.133.n.7.*

11 Sextò in testamentis ad pias causas in quibus scilicet pia causa, aut hæres instituitur, aut viâ substitutionis hæreditas tandem ad piam causam deuenit: ratione enim solius legati pij non ita appellatur dispositio ad piam causam. In his inquam, testamentis sufficiunt solemnitates requisitæ ex iure naturali, duo nimirum testes seu mares sint, seu fœminæ. Ita Molin. *disp.134.n.4.* Less. *c.19. lib.2.n.4.* Couarr. *c.relatum. de testam.n.9.* quia in iis quæ pertinent ad causas pias, dispositioni Pontificis standum est. Vnde colligunt laudati DD. etsi causa piorum legatorum & testamentorum sit mixti fori, & cùm qui ea soluere debet, est secularis, conueniendus sit coram suo iudice, iudicare tamen ille debebit consentaneè iuri canonico. Hinc etiam fit vt solo nutu factum hoc testamentum valeat, ex Couarr. *c.si tibi, de testam.* Etsi iam testamentum aut codicillum verbo scripto inceperat, & nequiit absoluere, valeat, vt ait Molin. *disp.34.n.9.* & Couarr. *c.relatum, de testam. n.10.* Secus si paratus quidem erat disponere, nihildum tamen aggressus erat, & denique etiamsi alterius arbitrio committat suam dispositionem, quæ iure ciuili dicitur captatoria, & reiicitur; valebit tamen, quia hæc omnia iure naturali valent. Hinc fit vt quando testamentum, quia in causam piā est, valet, alioquin non valiturum, legata non pia in eo contenta valeant nisi sit defectus potestatis in testatore, quia accessorium sequitur principale: è contrariò verò legata pia in alio testamento defectu solemnium irrito, valent: quia *cap.relatum, de testam.* quod non exigit ad pias causas iuris ciuilis solemnitates, vniuersim loquitur de omnibus propter piam causam relictis.

Denique tempore pestis non est necesse testes 12
omnes simul sociari & iungi, sed seorsim adhiberi possunt, *l.casus, C.de testam.* & cùm vno textu debuerit confici testamentum omnibus testibus simul præsentibus, *l.qui testamentum 20.§. fin.* & *l.21.§.vlt.D.de testam.* & *§. sed cùm paulatim. Inst. eod.tit.* poterit interrumpi, inde tamen non tolluntur alia solemnia requisita ad validitatem testamenti, vti censuit Cuiac. *consult.48.sub fin.* qui existimauit eo casu non adhiberi necessario subscriptiones & sigilla testium, immò neque numerum: quod tamen postremum negat *in C. de testam.*

Hactenus exposuimus solemnitatem iure Ro- 13
mano requisitam, iure verò Gallico omnia testamenta debent subscribi à testatore & testibus, si norint, qua de re debent à Notariis interrogari, eiusque rei mentio in instrumento fieri, ex constitutione Arelian. art.27. & Blesensi art.165. Tabelliones autem possunt hanc in rē suas partes alteri cōmittere, modo prius publico & iuridico sacramento se obstrinxerint, alioquin non subsistet actus, neque testamenentum quod exceperint, vt In inquisitionum classe decretum fuisse 14. Octob. 1592. refert. Louët. *lit. T. n.11.* quod congruit constitutioni Franc. I. an. 1542. Possunt etiam curiones aut eorum vicarij generales excipere testamenta defectu notarij publici, quamquam in illis contineantur legata pia, modo ea non cedant in ipsius curionis excipientis, aut eius consanguineorum & affinium fauorem, & curent subsignari à testatore & testibus, aut in illo instrumento dicāt se id petiisse, addantque causam ob quam eiusmodi subscriptiones non fuerint appositæ, ex con. constit. Bles. art.63. an. 1586. Quod autem dicitur de vicario, aut curione, ita verum est vt etiam grassante lue testamentum exceptum à Sacerdote Xenodochij Pariensis non vicario, neque curione, iudicatum sit irritum in 4. Inquisitionum classe.

classe. 8. Mai. an. 1598. vt refert Chop. *lib. 2. de morib. Paris. tit. 4. n. 2.* Itaque non eximuntur à solemnitatibus requisitis testamenta quæ à lue contactis conduntur. Nuncupatiua non habere locum in Gallia iam superiùs monui, cùm solis testibus probari non possint, quod non modo de ipsis testamentis verum est, sed etiam de solemnitatibus obseruandis: leges plurimæ municipales volunt exprimi in ipso testamento solemnitates necessarias fuisse seruatas, alioquin totam eam dipositionem annullant, neque si ea clausula omissa sit, poterit probari testibus fuisse seruata omnia solemnia, sic enim ipsa validitas testamenti, eiusque substantia probaretur testibus, quod legibus Gallicia repugnat, vt dixi. Vide Argent. *in cons. Britan. tit. de testam. art. 570. gloss. 2. n. vlt.* & Chop. *lib. 2. de morib. Paris. tit. 4. n. 4.* etsi testator norit scribere, si tamen præ valetudine vbi perfecit testamentum solemni more, dicat se vbi aliquantulum quieuerit subscripturum, atque interea decedat, valet testamentum, quia si condito ita testamento, neque à se præ valetudine obsignato, decessisset, valuisset omninò, cùm lex Gallica exigat tantũ vt aut testator suscribat, aut causam quare id non faciat, aperiat, atque ita iudicatum 7. Mai. 1608. traditur in notis ad Louet. *lit. T. n. 9.* consentaneè iuri Romano; Vlpian. enim *l. 2. D. de instit. hered.* ait cum qui ita testatur, *ex iis partibus quas adscripsi, vel adscribo Titius heres esto*, nullis institutis partibus nulla est institutio; si autem sic enuntiet, *ex iis partibus quas adscribam, vel adscripsero, Titius hares erit ex æquis partibus*, valebit. Ratio videtur quia non est existimandum testatorem prudentem se in eas angustias coniecisse, vt quæ fecerat, rescindere cogeretur. Adde *l. Diuus, §. licet, D. de iure codicill.* vbi sic habetur; *Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit, vt non aliàs valere velit, quàm sua manu subscriptos & signatos, tamen valent facti ab eo codicilli, licèt neque ab eo signati, neque manu eius subscripti fuerint*: quod idem in casu nuper allato pronuntiarunt PP. Parisiens.

14 Præter hæc edicta Regia & generalia, sunt aliæ municipales leges in singulis prouinciis quoad solemnia ista, quæ omnino seruandæ sunt in forma vt loquuntur, specifica: quare non possunt suppleri per æquipollentia, maximè in his quæ ad perfectionem actus alicuius requiruntur, vt obseruat Tiraquell. *de legib. conn. gloss. 6. n. 26.* Hinc cùm morib. Paris. *art. 289.* testamentum non valeat nisi sit holographum, debeat fieri præsentibus duobus notariis, aut curione, vel eius vicario quibus sit nominatim dictatum *dicté & nommé*, quæsitum est, an testamentum quod scriptum illis à testatore traditur, asserente suum illud esse & suo iussu scriptum, valeat, in qua quæstione tam anceps fuit Senatus, vt interdum varia sensisse videatur. Consule Loüet. & notas additas, *lit. R. n. 52.* circa diuersas autem locorum consuetudines in vltimis dispositionibus regula generalia est quod ad formam seu solemnia, seruandos esse mores locorum in quibus fiunt, licèt ibi testator larem fixum non haberet, sed animum redeundi. Quoad iura verò succedendi, & institutionem, hæredem, bonorumque distributionem, retinendæ sunt leges loci in quo domicilium habet. Ita Cuiac. *consult. 36. & in titul. C. de testam.* Et sic iudicatum vlt. Maij. 1566. tradit Chopp. *lib. 2. de morib. Paris. tit. 4. n. 2.* Est itaque seruanda consuetudo locorum in quibus bona de quibus disponitur sita sunt. Quare qui degit Parisiis, poterit vxorem suam hæredem instituere quoad bona quæ in Occitania, vbi ius scriptum viget, possidet; quamuis enim contrarium 8. Maij. 1573. post diu ventilatam causam pronuntiatum fuisset, deinde cum ad ipsummet Parlamentum prouocatum esset errare proposito, diffiniere PP. eiusmodi dispositionem validam fuisse, 14. Aug. 1574 vti refert Marion. *in octaua sua actione forensi.* Ratio est quia consuetudines si rem spectent non extenduntur ad res alibi sitas, vnde Cuiac. *consult. 3.* ait Italum donantem sua bona Gallicana alteri, obnoxium esse moribus Gallicanis, quod etiam censet Chopp. *lib. 2. de mor. Paris. tit. 2. n. 15.* Testamentum itaque solemni more loci in quo fit, conditum valebit quoad omnia bona vbicunque sita sunt. Vide notas ad Louët. *lit. C. n. 41.* quamquam aliud vniuersim videatur sentire Vasq. *opusc. de testam. c. 1. §. 2. dub. 1.* Ad extremum moneo in Gallia consuetudine non iure Romano vtente, testamenta non esse fauorabilia, sed odiosa, quia non tam voluntati defuncti quàm splendori & perpetuitati familiarum prospicitur. Vnde non relinquitur libera omnino dispositio suorum bonorum cuilibet.

Denique quod diximus notarium excipere debere testamentum in Gallia, de laico non Ecclesiastico intelligendum est. Nam totam rem testamentariam esse fori ciuilis contendunt. Licet ius canonicum aduersetur, quod executionem testamentorum concedit Episcopis, & aliis ordinariis, vide notas ad Louët. *lit. N. n. 5.*

His obseruatis grauis controuersia est, an testamentum quod in foro externo defectu solemnium nullum est, in foro etiam interno & conscientiæ nullum sit. 15

Affirmant enim validum Molin. *tom. 1. disp. 81. n. 16. & 22.* Less. *c. 19. n. 12. lib. 2.* aliiq; tum Theologi, tum I.C. relati à Couarr. *c. cum possess. de testam. n. 4.* atque in his Tiraquell. *post ll. conn. gloss. 2. n. 21.* Hinc sequitur primò quod ex tali testamento minus solemni possidetur, siue nomine legati, siue nomine hæreditatis licitè retineri, modò aliundè constet talem fuisse mentem defuncti. Secundò hæredem ab intestato qui occupasset hæreditatem propter defectum solemnitatum, teneri illam restituere. & legata illis quibus debentur. Tertiò si dubius sit de mente testatoris, vult illum pro ratione dubij componere cum hæredibus ab intestato, aut legatariis, Molin. *disp. 8. n. 22.* videtur enim horum omnium par hoc casu conditio. Less. tamen *n. 21.* totum retineri posse ab hærede putat, quia melior est in dubio conditio possidentis. Quartò si hæres ab intestato illo prætextu inualidi testamenti retineat hæreditatem, aut legata, possunt legatarij, & hæres institutus vti occulta compensatione, & quod suum reuera est, repetere. Quintò hæredem qui fateatur se alteri tradendam hæreditatem accepisse nomine fideicommissi, ad id teneri, aut si oblato iuramento illud recuset, posse cogi in foro externo ad tradendam hæreditatem, aut soluendum legatum detracta tamen quarta Trebelliana: quod colligitur ex *l. vlt. C. de fideicommissis.* Quod non fit vi testamenti, & codicilli, quæ defectu solemnitatis fidem in foro exteriori non faciunt, sed vi propriæ confessionis formaliter, aut virtute factæ ab hærede ab intestato, quæ vim etiam habet in foro exteriori. Sextò denique addit Molin. Aduocatos qui hanc sententiam tuentur, debere interrogare clientes qui eorum patrocinium petunt, vt ipsis tanquam hæredibus ab intestato bona defuncti,

aliis

aliis in minùs solemni testamento relicta adiudicentur, num putent illam reuera fuisse defuncti voluntatem, si enim annuant, nullum ipsis patrocinium præstare poterunt,

16 Altera sententia in vtroque foro nullum esse eiusmodi testamentum, dicit cum Couarr. *c. cum esses, cit. n.* 6. Vas. *opusc. de testam. c.* 3. *n.* 4. Bonac. *disp.* 3. *de restit. q.* 1. *p.* 3. *n.* 5. Rodrig. *in sum. tom.* 1. *c.* 220. *n.* 2. Suar. *lib.* 5. *de legib. c.* 24. *n.* 9. & aliis, vnde sequitur falsò dixisse Panorm. *in relectione c. cum esses, de testam. notab.* 9. agentem contra testamentum ea tantum de causa quia caret solemnitate iuris ciuilis mortaliter peccare, nam nequidem venialiter peccat. Secundò possidentem eo titulo bona defuncti, ea licitè retinere, & aduersus hæredem institutum ea exceptione nullitatis testamenti, se defendere, neque vlla ratione obligari ad restitutionem, & falsò aliqui hic distinguunt inter hæredem institutum & legatarium, cui concedunt retentionem eorum quæ in minùs solemni testamento obuenerunt & non hæredi, nam neutri licita est ea retentio, aut vtrique. Alij quidam apud eundem Couarr. *n.* 10. rem ita componunt, vt dicant hæredem scriptum in minus solemni testamento, tutò possidere hæreditatem: hæredem quoque legitimum ab intestato non teneri, etiam in animæ foro restituere legatariis aut hæredibus in illo testamento scriptis. Verùm quænam sit hæc conciliatio non apparet, si enim validum est testamentum hæres legitimus non possidet licitè, si inualidum est, hæres scriptus nullum habet dominij titulum, non potest autem simul in eodem poli foro validum, & inualidum esse idem testamentum. Sotus verò aliter dissidium istud conciliat. *lib.* 4. *q.* 5. *art.* 3. nempè hoc testamentum non esse simpliciter nullum, sed tantum quatenus potest eo casu, quilibet tuta conscientia vti legis beneficio, atque ita petere hæreditatem extraneo delatam per testamentum nullum, defectu solemnitatum, non teneri tamen hæredem institutum ante iudicis sententiam restituere, eandem fuisse Victoriæ mentem refert Molin. *disp.* 81. *n.* 6.

17 Statuendum in primis est posse legislatorem ferre leges quibus irritæ reddantur ipso facto dispositiones vltimæ, quibus non accedent certæ aliquæ circumstantiæ, ita vt nulla ex ipsis obligatio naturalis contrahatur, id enim consentaneum reipublicæ videri potest, ne in emtitis testamentis & codicillis variis fraudibus defunctorum bona contra ipsorum voluntatem occupentur: nam dispositio bonorum etiam singulorum ciuium, quatenus postulat communitatis bonum huic legum efficacitati subest, neque vrget quod aliquo casu non possit aliquis de suis bonis liberè disponere sine vlla sua culpa propter defectum testium, tabellionis, aliorumque, quæ ad testamenti solemnia requiruntur: id enim erit per accidens, neque casus extraordinarios, & rarò contingentes spectant leges, & nullus nisi lubens coniicit se in eas angustias, cum possit quolibet tempore, dum nulla eiusmodi necessitate vrgetur suum testamentum secretò condere, nullo dispendio, quia reuocabile est, vt statim dicam. Hanc igitur potestatem in legislatore esse concedit Molin. *disp.* 81. *cit. n.* 16. & apertè docent plurimi contractus, vt qui fiunt à pupillo, quos ita irritant leges ciuiles, vt in conscientia quoque nullos esse dicat tum Molin. *ibid. n.* 25. tum Less. *cap.* 19. *cit. num.* 35. & alij etiam qui id in testamentis negant, in quibus tamen id æquissimè statuetur, cum ex ea irritatione deueniant bona defunctorum ad hæredes ex intestato, qui & legitimi sunt, ac naturales hæredes, ob summam coniunctionem quam habent cum testatore. Et sanè si potuit princeps ferre leges præscriptionis, quæ inuito domino priori, & sine culpa eius transferunt dominium in alterum, qui rem sic acquisitam in conscientia retinebit, cur non idem in vltimis dispositionibus bonorum propter totius Reip. commodum statui potuerit, & quamuis quilibet, stando in iure naturali, habeat liberam suarum rerum dispositionem, poterit tamen iure humano certis quibusdam modis alligari, vt absque illis nullæ sint, vt in pupillo, qui etsi pluribus adultis cordatior sit, inualidè tamen alienat sua bona, totaque obligatio naturalis, quæ oriri debet, per leges impeditur.

Tota itaque difficultas est, an eum potuerint 18
principes suis legibus ita irritare testamenta non solemnia, vt etiam obligationem naturalem oriundã ex illis impediant, id reipsa nõ fecerint, & quidem in ferendis eiusmodi legibus non vti dumtaxat præsumptione falsitatis ex eiusmodi testamento per omissionem solemnium commissæ ostẽditur, quia vbi quatuor adsunt testes, etiãsi non adsint septem vti leges exigunt, non poterit præsumi fraus, & potuit sine fraude aliquid ex solemnibus omitti sine vlla fraudis suspicione, & tamen quamuis iudices sciant nullam fuisse fraudem, non adiudicabunt hæreditatem hæredi in eo testamento scripto. Deinde leges illæ forent iniquæ, fouerent enim peccatum illius qui caperet hæreditatem ab intestato contra scriptum hæredem, quod fieri non posset absque iniustitia, vbi de voluntate contraria testatoris, quamuis in minus solemni testamento expressa constaret. Derogandum verò est omni legi quæ ordinariè sine culpa lethali non potest seruari, vt habetur, *c. vlt. de præscript.* Denique non solent ferri leges propter id quod præsumunt in aliquo tantum casu, eoque infrequenti contingere, sed circa ea quæ vulgò contingunt. Frequentius autem est eam voluntatem quæ in minus solemni testamento exprimitur, esse testatoris, quàm non esse.

Idcircò Molin. Less. & alij quidam, vt validitatem in foro interno eiusmodi testamentorum tueantur; Respondent, ll. quæ talem dispositionem vltimæ voluntatis nullam pronuntiant, negare aut potius non concedere dumtaxat actionem in foro suo ex tali testamento, proinde ac si nullum, aut infectum, sed nunquam factum fuisset: quare etsi nulla hinc ciuilis obligatio nascatur, neque possit hæres ab intestato cogi per forum externum ad restituendam hæreditatem hæredi extraneo instituto per testamentum; manet tamen naturalis obligatio in hærede ab intestato ad restituendum, & ius in hærede instituto ad sibi relictam hæreditatem capiẽdam, quod idem de legatariis est dicendum. Neque iudex dum vi legum adiudicat hæreditatem hæredi non instituto, sed legitimo & ab intestato, id facit quia ad illum pertinet, sed tantum quia repellit eos qui illum expugnant, tanquam ciuili actione & probatione destitutos, sicut in pactis nudis, etiamsi maneat obligatio naturalis, non tamen, vt dixi, *lib.* 3. datur actio ciuilis. Quod autem cogatur tutor pro suo pupillo, qui ab intestato succederet, testamentum minus solemne impugnare, & hæreditatem illam occupare, alioquin in damnum

num

num eius cadet. Respondet Less. teneri pupillum damnum tutoris resarcire, ipsumque hæredem vti occulta compensatione posse, plures autem graues fuisse causas, propter quas negaretur actio ciuilis per tale testamentum instirutis.

Verùm illæ rationes æquè probant debuisse irritari omnino talia testamenta ne vlla ratione obligarent, atque denegare actionem ciuilem, minusque incommodum est in illo priori, quia sic nullum fouetur peccatum, aut iniustitia, cum videamus vulgò eos quibus tanquam ab intestato succedentibus adiudicata est hæreditas, defectu solemnitatum testamenti, illam & seruare, & cum sciant sibi adiudicandam, quotidie petere, quos omnes obnoxios facere restitutioni durum videbitur. Vndè Less. ait contrariam sententiam probabilem, atque in conscientia tutam esse. Expendenda itaque sunt ipsa legum verba, quæ *l. hac consultissima, C. de testam*, perspicua videntur, cùm dicant tale testamentum haberi pro infecto: *& §. ex eo. Inst. quib. mod. testamenta infirm.* dicatur nullum: aliuodè tamen *l. etsi inutiliter* 2. *C. de fideicommiss.* dicitur fideicõmissum deberi, vbi constat de voluntate defuncti, etiamsi inutiliter, id est sine solemnitatibus relictum fuerit, & *l. quæstionem vlt. C. eod. tit.* numerum testium, & alias solemnitates tantùm exigit, vt fides habeatur in foro externo, & nullæ fraudes subrepant, fuitque sanctissima semper Imperatoribus defunctorum voluntas, quam vbique constare voluerunt, vt habetur *Authent. de nuptiis*, *collat. 4. c. 46.* quare videtur validum esse testamentum eiusmodi, cùm solam fraudem præsumat Imperator, & ea de causa annullet. Plinij quoque eadem mens fuit *lib. 2. Ep. ad Ammianum. & lib. 5. Ep. ad Caluisiam.* Verùm respondetur in his casum peculiarem esse: cum enim fateatur hæres se habere fideicommissum, & illud iam præstiterit, rectè ait lex frustra requiri testes ad id comprobandum. Vndè tamen non sequitur testes & alias solemnitates esse tantum necessarias ad formam probatoriam testamenti, sed ad ipsam substantiam & valorem eius, atque ita verius iudicat de Carualos, *tom. 1. qq. comman. contra commun. q.* 137. Denique vbi *q.* 71. plures in vtramque partem laudauit, putat tamen veriorem esse opinionem negantem testamentum de quo disputamus validum esse, etiam in conscientiæ foro.

19 Quidqoid verò dicatur de mente iuris Romani & Cæsarei, mihi certum videtur iure Gallico nullum omninò esse illud testamentum, & hæredem in illo institutum non posse negare in conscientia hæredi legitimo & ab intestato repetenti hæreditatem, neque vbi per sententiam iudicis ablata fuerit, posse vti occulta compensatione, licet fortassis non teneantur antequam petatur, illam dare, aut ante sententiam iudicis, quæ erat media sententia Ban. Vict. & Soti, quam probat quoque in iure communi Lessius, Sà *v. testamentum, n. 3.* & nos in pluribus aliis casibus probauimus. Ducor quia, vt nuper monui testamenta in iure Gallico sunt odiosa, neque per fauorem ampliantur, neque Galli adeò solliciti fuerunt fauere liberæ dispositioni morientium quàm familiarum splendori, & quodammodo perpetuitati studere: quare non permiserunt omnino liberam bonorum dispositionem morienti, tamque vnanimi consensu in eam rem conspirarunt, vt omnes ferè prouinciæ suas leges municipales habeant quibus morientium voluntates & donationes regerent: quare cùm sæpissimè declarent nulla esse testamenta defectu solemnitatum, non est quod in meliorem partem interpretemur de inualiditate quoad negationem tantum actionis ciuilis. Nam verba sonant apertè omnimodam nullitatem, *soubz peine de nullité.*

ARTICVLVS III.

De confirmatione, & reuocatione testamenti.

Non confirmatur nisi morte testatoris. 1.
Eo viuente reuocabile est. ibid. 2.
Quomodo fiat firmum & irreuocabile. 3.
Quid de testamento facto à duobus simul. ibid.
An iuramento confirmetur. 4.
Quibus modis reuocetur. 5.
An per posterius. ibid.
An si rumpatur & deleatur à testatore. 6.
Clausula derogatoria. 7. 8.

AD valorem testamenti pertinet eius firmitas, quam non habet nisi mortuo testatore; 1
est enim, vt ait Vlpian. ambulatoria voluntas defuncti, vsque ad vitæ supremum, valet tamen nisi reuocetur, etiamsi diutiùs vixerit testator post illud conditum, cum tamen donatio causa mortis facta in periculo mortis, expirat vbi donator discrimen euasit, si tamen ita testamentum scribatur, *si ex hoc morbo decessero, Petrus meus hæres esto*; difficultas est an si conualuerit, & nullum aliud deinde conficiat testamentum dicatur decessisse intestatus, videtur enim ea dispositio conditionata fuisse, & sublata conditione non subsistere; dici tamen poterit, exprimi tantum illis verbis occasionem quæ ipsum impulit ad condendum testamentum id temporis, non autem conditionem apposuisse. Quare provt conditionatam fuisse dispositionem hanc, aut non fuisse apparebit, iudicandum erit.

Quæritur verò an hæc reuocabilitas testamenti, sit de iure naturali, an humano. Resp. *non ita* 2
pertinere ad ius naturale, vt non possit iure *humano* & ciuili reddi irreuocabile. Sicut etsi *libertas* sit maximè naturalis, iure tamen *ciuili seruitus* inducta est; neque propterea violatum fuit ius naturale, cui non repugnat aliquem se priuare facultate disponendi de suis rebus vsque ad mortem, vti reuera faciunt Religiosi emisso solemni paupertatis voto. Vnde vlteriùs infert Couarr. *rub. de testam. p. 2. n. à n. 3. ad 6.* Mol. *tom. 2. disp.* 151. *n.* 26. Vasq. *opusc. de testam. c. 2. n. 2.* fieri posse lege principis testamentum irreuocabile. Immò addit Vasq. *n. 3.* seclusa lege humana, eum qui scriberet alium hæredem, qui hæreditatem acceptaret, non posse rescindere eam dispositionem seu institutionem nisi ab initio ita pactum esset.

Cùm igitur constet testamentum aliquando 3
reddi posse irreuocabile, quæritur quo casu id contingat.

Et primò dubitatur non quando duo simul testamentum scripserunt quo vnum eumdemque hæredem instituerunt, possit altero mortuo superstes eiusmodi testamentum rescindere. Resp. cum Couarr. 2. *p. rub. de test. n.* 8. & aliis communiter, posse, si res sint adhuc integræ, nam si superstes probauerit post obitum socij testamentum,

&

& illo vsus fuerit, aut dona sibi in eo facta acceperit, etiamsi omnia testituere paratus sit, non potest rescindere. Atque ita sæpe contingit in testamento à coniugibus vno consensu facto, maximè si cedat in commodum liberorum, vti sæpiùs iudicatum à PP. parisiens. refert Louët. *lib. T. n.* 10. & Chopp. *lib.* 2. *de morib. Paris. tit.* 4. *n.* 10. & *lib.* 1. *conf. Andeg. c.* 40. *n.* 8. & *lib.* 3. *c.* 1. *tit.* 4. *n.* 11. 13. ratio esse videtur quia, vbi ea testamenta à superstite probantur, fiunt synallagmatica, & transeunt in naturam contractus, & sicut non possunt rescindi à defuncto, ita neque à superstite, immò etiamsi superstes, qui testamentum probauit, & exequutus est, ad vota secunda conuolarit, & liberos susceperit, qui cum post testamentum nati sint, posthumorum loco habentur, non poterit ab eo testamento resilire, neque agnatione posthumi, illud cassare, saluâ tamen legitima nouis libertis debita, ex *l. si totas, l. si liqueat, C. de inoff. donat.* sic sanxit suprema Curia 18. Iulij. 1605.

4 Secundò dubitatur an testamentum iuramento confirmatum possit reuocari?

Resp. si iuramentum fuit de non reuocando testamento, non posse sine peccato & periurio reuocari. Ita Less. *c.* 19. *n.* 95. *lib.* 2. Molin. *d.* 151. *num.* 17. Vasq. *opusc. de testam. c.* 2. *num.* 16. Couarr. 2. *p. rub. de testam. n.* 15. contra nonnullos IC. ab eodem Couarr. relatos, quibus subscripsit Azot. 3. p. *lib.* 11. *tract. de donatione. c.* 7. *q.* 7.

Probatur; quia hoc iuramentum est de re licita, potestque seruari sine peccato, igitur obligat, quod enim dicunt IC. esse contra bonos mores, quibus repugnat priuari aliquem libertate disponendi per vltimam voluntatem de suis rebus, non debet intelligi de bonis moribus Theologicè, sed solum ciuiliter sumptis, vt sæpius diximus, nam Religiosi priuant se ea libertate, ipsæque leges ciuiles multa statuerunt quibus ea de rebus suis disponendi libertas aliqua ratione cohiberetur, & quamuis testamentum sit donatio reuocabilis, atque iuramentum videatur sequi naturam actus cui accedit, cum tamen excludit aliquam conditionem, vt facit hoc casu reuocabilitatem, non sequitur illam, vt apparet. Nihilominus si periurus aliquis prius testamentum sequenti reuocaret, valida foret, quamquam illicita reuocatio: sicut qui iurat se alteri domum non venditurum, aut donaturum, si deinde tamen vendat aut donet, validè donabit, aut vendet, quamuis illicitè & cum periurio, aut qui sponsæ fidem iurauit, si aliam ducat, validè ducit, existimat tamen Molin. *disp. cit. n.* 25. & Less. *n.* 98. teneri hæredem institutum per secundum testamentum restituere illi, qui per prius fuerat nominatus, si ipse acceptauerat, quia acquisiuerat ius in rem illam, & obligatio mansit in testatore, quæ ad eius hæredes transit, neque tunc solum peccatum periurij admisit, sed etiam iniustitiæ, vnde quantum huius interest impletam fuisse conditionem, tantum restitui debebit, quod idem dici debet de legatis piis contentis in priori testamento, quia tenentur hæredes ad omnia vota realia defuncti, sicut ad alia eius realia item debita soluenda.

5 Tertiò dubitatur quibus modis reuocetur testamentum? Resp. Primò reuocatur per subsequens testamentum validum, quamois minus solemne, quàm prim: quare si sit tantum militare, aut quia fit ad pias causas non fuit adhibitus testium numerus, qui iure communi exprimitur, aut quia condebatur in consistorio Principis, quia tamen in his omnibus casibus validum est absque solemnitatibus, quæ in priori seruatæ fuerant, illud irritat, quod verum est, etiamsi ex hoc secundo non adeatur hæreditas, vel quià hæres institutus recusat, vel quia ante testatorem obiit, & tunc bona deuenient ad hæredes ab intestato. Sic habetur §. *posteriore. Inst. quibus mod. testam. infirm.* & tradit Couarr. *in rub. de testamentis, p.* 2. *n.* 21. Si tamen hoc secundum testamentum sit conditionatum conditione de præterito, aut præsenti quæ non subsistat, non reuocat, prius quia ipsum reuera nullum est, si autem subsistat conditio, aut sit de futuro possibili, aut si conditio impossibilis sit, & talis cognita fuerit, quia habetur pro non apposita, validum est testamentum & prius rescindit, *l. cum in secundo* 16. *D. de iniusto, rupto, & fracto testam.* testamentum autem nuncupatiuum rumpebat prius scriptum, & perfectum, modo tamen ne hoc posterius fiat in gratiam Principis contra filium in priori succedentem, *l. nelumus, C. de testam.* vide Cuiac. *in illum tit. Cod.* Secundò per testamentum posterius inualidū, vnde vnde fuerit Inualidum non rescinditur prius §. *ex eo. Inst. quib. modis testamenta infirm* & *l. hac consultissima, C. de testam.* nisi in primo fuerit hæres extraneus institutus, in secundo hæres ab intestato, & fuerint adhibiti quinque testes, tunc enim priori testamento reuocato censetur intestatus decedere, *l. hac consultissima, C. de testam.* Tertiò secundum testamentum etiamsi non habeat expressam hæredis institutionem, si dicat testator se reuocare primum testamentum, aut se velle decedere intestatum, aut si idipsum sine scripto coram quinque testibus affirmet, habebit illud vicem testamenti nuncupatiui, atque ita sentiendum in iure communi tradit Couarr. *rub. de testam.* 2. *p. n. vlt. concl.* 6. Iure tamen Gallico cum nullum sit testamentum nuncupatiuum, id non valebit, sicut neque reuocatio sola verbalis coram tribus testibus, vbi 10. anni effluxerint, quam tamen valere dixit *l. sancimus, C. de testam. l.* verò *hæreditas, C. de his quibus vt indignis hæreditates auferuntur.* ait testatorem qui hæredem vt indignum remouet, & coram testibus declarat, priorem institutionem reuocare, & tunc bona fisco adiudicari.

Quartò si testator rumpat testamentum, cancellit signa, cancellat aut delet aliquam partem substantialem ipsius, animo reuocandi & non casu tantum fortuito, illud annullat, *l. si vnus, & l. nostrum, C. de testam. l.* 1. & *l. cancellauerat, D. de iis quæ in testamento delentur.* Si pars non substantialis deleatur, valet quoad reliqua testamentum, nisi notarius dicat, ne aut ruptura, aut cancellatio noceat: si autem duo similia, eiusdemque temporis testamenta apud se habeat testator, & vnum deleatur aut rumpatur, alterum validum manet, quia non censetur nisi vt superfluum fregisse, sed si duo simul testamenta diuersa reperirentur, neque sciri posset quodnam esset altero posterius, eiusque reuocatorium, tunc neutrum valeret, & pertinerent bona ad hæredes ab intestato, existimat tamen Molin. *disp.* 53. *n.* 15. si constaret vtrumque à testatore sui compote confectum, prudentia arbitrio hæreditatem diuidendam inter hæredes in vtroque institutos. 6

Quintò dubitatur an quando testamentum habet clausulam derogatoriam posteriorum, per ea deinde reuera reuocetur? Resp. non reuocari nisi 7

nisi in posteriori testamento, addat aliquid quo illius clausulæ derogatoriæ meminerit. Clausulæ autem derogatoriæ, aliæ sunt virtuales tantum, aliæ formales & expressæ, quæ vel geneticæ tantum sunt, vel speciales, de quibus omnibus fusè Couarr. 2. p. *rub. de testam.* à n. 19. Clausula derogatoria virtualiter apponi censetur primò quando iuramento confirmatur, se non mutaturum quæ in eo continentur, sicque iuramentum non assertorium tantum, sed promissorium, tunc specialiter illi iuramento debet derogari in posteriori testamento, neque sufficit posterius iuramento etiam promissorio confirmare; ait enim glossa *in c. cum non deceat* 30. *de election. in* 6. per generalem canonum, vel statutorum derogationem, non tollitur statutum iuramento confirmatum, quare cum apponitur iuramentum promissorium, malè dicitur addi clausula tantum virtualiter derogatoria, cum sit reuera specialissima & formalissima.

Secundò testamentum conditum inter liberos non reuocatur per aliud factum inter non liberos, nisi specialiter illi derogetur, si autem fiat secundum etiam inter liberos tunc, cùm æqualis sit vtriusque fauor ratione liberorum contra extraneos, non erit opus speciali clausula derogatoria.

Tertiò testamentum ad pias causas hac in parte aliqui comparant eum testamento inter liberos, & clausulam virtualiter derogatiuam continere putant, sed negat Couart.

8 Quartò, quando verò clausulæ derogatoriæ posteriorum testamentorū non sunt formales sed generales tantum, debent per alias derogatorias saltem generales reuocari. Neque satis est, dicat testator nolle se vllum aliud testamentum valere nisi addat, non obstantibus quibuscunque clausulis derogatoriis. An verò cùm clausula derogatoria fuit specialissima, & arctissima, debeat illa exprimi in posteriori testamento, vt ipsi derogetur speciatim, grauis est controuersia. Molin. non putat *d.* 158. *n.* 25. esse nominatim exprimendam clausulam derogatoriam prioris testamenti, vt si in eo dicat nolle se reuocari per aliud in quo non fuerit scripta salutatio Angelica. Tutum tamen si addatur clausulæ generali derogatoriæ, in posteriori testamento, non obstante quacunque clausula derogatoria, etsi ad verbum hic foret transcribenda, eam enim pro expressa haberi hic volo. Idemque sentit Couarr. 3. *p. rub. de testam. con.* 4. *in* 2. *corollario.* eamque sententiam communem esse ait & sequendam si praxi ac stylo Curiæ Romanæ congruat. Qua de re ipse viderit, certè non congruit iuri Gallico: nam 30. Maij 1596. rogatis omnium Classium suffragiis pronunciarunt PP. in 4. inquisitionum, Classe, testamentum in quo caueat testator ne vllum aliud valeret nisi in illo ter legerentur hæc verba, *surgite mortui, venite ad iudicium*: validum esse, etsi per posterius reuocatum esset, quia ea verba non fuerant in eo apposita, vti refert Louët. *lit. T. n.* 9. Secundò simile decretum 10. Maij 1580. quo testamentum derogatorium omnium posteriorum in quibus non essent apposita hæc verba, *l'entendez vous bien*, probatum est, etsi aliud deindè cum clausulis generalibus derogationis factum esset, habet Chopp. *lib.* 3. *And. leg. c.* 2. *tit.* 4. *num.* 16. Cuiac. *lib.* 14. *obser. cap.* 7. plura dabit de clausulis derogatoriis. Hic tantùm obseruandum est regulam traditam de testamentis, quæ specialissimas derogationes continent, non reuocaris per posteriora, quæ earum clausulatum non meminerunt, fallere quando posterius testamentum fit inter liberos & non prius, atque ita iudicatum à PP. Gratian. 15. Ian. 1582. refert Expill. *in suis arrestis c.* 79. Fallit præterea quoties in posteriore testamento testator vult derogari priori, non obstante clausula derogatoria apposita, cuius ait se non meminisse.

CAPVT VIII.

De testatore.

ARTICVLVS VNICVS.

Quis testari possit.

Quinam iure naturæ testari possint. 1. 2.
An Religiosi testari possint. 3. 4.
An Clerici beneficiarij. 5.
An prohiberi possit factio testamenti in pœnam. 6.

HABEMVS naturam valoremque testamenti, & omnia quæ ex iure humano ac naturali postulat, quare quis illud condere possit dicendum restat.

1 Statuendum autem est vniuersè aliquos iure ipso naturæ prohiberi ne testentur, alios legis dispositione. Primi sunt hi omnes qui eum careant vsu rationis, non possunt liberè de suis rebus disponere, aut qui non habent dominium liberum ex defectu aliquo naturali; suorum bonorum, cuiusmodi sunt infantes, amentes, & alij eiusmodi.

2 Legibus verò humanis non possunt testari. Primò surdus & mutus simul à natiuitate, cum nesciat scribere, neque hæredem nominare, *l. discretis, C. de testam.* Mol. *disp.* 136. Secundò qui nequit articulatè loqui, neque hæredem exprimere, nihil verò interest an balbutiat, *l. iubemus, C. de testam.* Tertiò prodigus cui bonorum administratio est prohibita, quod etiam ad pias causas extendit Tuschus *tom.* 8. *concl.* 104. *n.* 15. sed negat Less. *lib.* 2. *c.* 19. *n.* 83. valere tamen eius testamentum conditum antequam ipsi administratio suorum bonorum fuerit prohibita. *§. prodigus, Inst. quib. non est permissum fac. testamentum.* Quartò filiusfamilias non potest etiam consentiente patre testari, nisi de bonis suis castrensibus, aut quasi castrensibus, non autem de aduentitiis, quamuis ea pleno iure possideat. Immò ipsorum habeat vsumfructum, *l. qui in potestate, l. filiusfamilias, D. qui testamenta fac. poss. l. senium, C. eod. tit.* in piam tamen causam consentiente patre de eiusmodi bonis aduentitiis posse testari tradit Couarr. ex communi sententia, 3. *p. rub. de testament. numero* 28.

3 Quintò religiosi solemniter professi testari non

noo possunt. *Authent. ingressi, C. de sacros. Eccles.* & *cap. quia ingredientib.* 19. *quæst.* 3. & *cap.* 2. *de testam.* In Gallia si quid Religiosi inueniantur habere in peculium non transit ad eorum parentes, neque de eo ipse Religiosos testari aut disponere potest: sed ad Abbatem vel Superiorem ipso iute pertinet, vt iudicatum 2. Iul. 1600. tefert Louet. *lit. R. num.* 42. & Chopp. *lib.* 1. *monast. titul. vltim. num.* 21. vide eundem, *lib.* 3. *de morib. Parisi. titul.* 1. *num.* 4. *lib.* 3. *de sacra politia*, *titul.* 1. *num.* 21. *lib.* 2. *monast. tit.* 3. *num.* 9. *lib.* 1. *de dom. tit.* 12. *art. vlt.* Bacq. *tract. du droict de deserance*, *c.* 3. *num.* 11. Hæc testandi Incapacitas non tantùm de ipso testamento condendo intelligenda est, sed etiam de eius reuocatione quamuis ante professionem factum fuerit, vt latè docet Sanch. *lib.* 7. *in Decal. cap.* 15. *num.* 5. licèt contrariam sententiam propter Authores qui eam docuerunt, non audeat dicere improbabilem. Secùs est si opus sit declaratione sola alicuius obscuræ clausulæ, aut si aliquid legatit in opera pia post factam à se professionem declaranda, hanc enim facultatem suam mentem tunc declarãdi sibi teseruare potest, non aotẽ facultatem testãdi. Ratio verò cur prohibeantur testari Religiosi, est quia sunt dominij incapaces. estque tanquam iuris Ecclesiastici hæc prohibitio, tũ quia vt diximos, incapacitas dominij non est annexa voto etiam solemni paopertatis Religiosæ, nisi ex lege Ecclesiastica, tum quia etsi talis incapacitas sequeretur ex natura voti, possent tamen testari ex consensu Superioris, Religiosi, sicot cum eodem consensu possent aliqnid donate inter viuos, immò & causa mortis, vt existimat Sanch. *lib.* 7. *in Decal. capit.* 8. *numer.* 11. & probauit aliquando Curia Parisiensis legatum librorum factum à Religioso, eo quod iam ante traditi erant, 14. Mai. 1587. apud Chopp. *lib.* 1. *monast. tit. vltim. numer.* 21. vnde sequitot posse dispensare Pootificem cum Religioso hac in parte, cum non ligetur vllo iure Ecclesiastico, vt tradit Sanch. *c.* 8. *cit. num.* 45. vbi plurimos Authores refert, non posse autem inferiores Episcopos dispensare docent comnmunitet Authores apud eumdem, *n.* 51. quia ista prohibirio est à iore pontificio, cui inferiores Episcopi sunt obnoxij: vt autem valida sit hæc dispensatio, necesse est vt talis sit, vt si esset donatio inter viuos, foret honesta, nam si facta inter viuos esset iniqua, non redditur per licentiam testandi honesta, qoare cum datur absolutè hæc facoltas, intelligitur ad vsus pios conformitet iuri communi. Immò Less. *cap.* 19. *lib.* 2. *num.* 4. existimat non posse ad aliud dari eiusmodi licentiam, quod negat Sanch. *num.* 53. quia sicut ex licentia Soperioris potest aliquid ditissimo amico monasterij donare Religiosus, ita & legare. Addit autem Molin. *disp.* 604. *tract.* 2. *num.* 5. non posse eom Religiosum maioratum instituere: deinde debet ea licentia expresse & formaliter concedi à Pontifice, neque sufficit quod ipsi liceat viuere extra claustrum, & de quæstis in suos vsus, aot pios disponere: non intelligitur etiam nisi de bonis que actu possidet, non de illis quæ iam vel donata sunt, vel aliter acquisita seo monasterio, seu alicui alteri. Quia licentia Pontificis non intelligitor com præiudicio tertij, malè tamen limitant hanc facultatem aliqui ad vnum tantum testamentum, ita vt non liceat secundom aut tertium quo priora reuocet, condere: malè inquam vt docet Sanch. *lib.* 8. *de mat. disp.* 1. *numer.* 37. vbi etiam ait non expirare hanc facultatem morte concedentis, sed esse perpetuam, atque durate donec ab altero Pontificẽ reuocetur, & denique extendi ad codicillos & donationem causa mortis. Per hanc autem licentiam confirmatur testamentum prius, sine ipsa confectum, quia licet sola cessatio inhabilitatis non efficiat vt conualescat actus irritus, testamentum est actus quodammodo successiuus, neque perfectum censetur, donec confirmetur morte, antea enim est ambulatorius, quare sufficit testatorem tempore mortis, quo perficit, aot confirmat suum testamentum, capacem esse; cum itaque sit capax testandi Religiosus, testamentum factum eo ipso confirmat, si illud non reuocet. Soleut autem hanc licentiam concedere Pontifices Religiosis, qui beneficium Ecclesiasticom possident, cum id non cedat in damnum monasterij, nec ipsius beneficij, nam potius omnia bona illius dissiparent, si scirent non sibi concedendam licentiam de acquisitis testandi. Nam plora inter vioos donarent. Concedunt propterea Religiosis qui licet beneficiati non sint, non viuunt in communitate, sed certam ex licentia Superioris, panis, vini, aliarumque rerum mensuram sumunt, vt sibi inde consulant, & superfluum reseruent, si quid verò desit, aliundè quærant. Ac denique iis qui extra monasterium licitè degunt, & bonis suo labore, aut eleemosyna comparatis viuunt. De quibos omnibos consule Molin. *tractat.* 2. *disputat.* 131. & Less. *lib.* 2. *capit.* 19. *num.* 4. Azor. *tom.* 1. *lib.* 12. *cap.* 9. *q. vltim.* Addit autem Sanch. *c.* 8. *in Decal. lib.* 7. *n.* 62. etiam consuetudine posse acquiri hoc priuilegium, sicuti si immemorialis sit, vnde è contrario colligo posse per contrariam quoque consuetudinem illi priuilegio derogari, & ita in Gallia dispensationes hanc in rem à Pontifice obtentæ, non valent, non qood neqoeat dispensare in proprietate Pootifex, vt obiiciont aliqoi I.C. dare enim facultatem alienandi rem aliquam, aut donandi, non est dispensare in proprietate eius, vt patet, sed quia vsus continuus Regni est vt Religiosus non possit validè testari. Ita iudicatum 12. Mart. 1571. tradit Chopp. *lib.* 1. *de dom. tit.* 13. *n.* 7. ipso Carolo Rege IX. præsente, similiaque plura decreta aduertere fas est. Eandem Francicam consuetudinem tradunt Benedict. *in c. Raynutius, verbo & vxorem, n.* 222. Chassan. *in consuetud. Burgund. tit.* 7. *de successionib.* §. 14. *vers. coustume de ce Royaume, numer.* 2. Rebuff. *in praxi.* 3. *p. titul. de rescript. mixtis, numer.* 1. & 2. quamquam hi maximè loquuntur de incapacitate succedendi bonis parentum, sed eadem ratio est de incapacitate testandi. Quæ autem diximos de professis, valent in coadiutoribus formatis seu spiritualibus, seu temporalibus, qui in Societate IESV vota publica quamuis non solemnia emiserunt: hi enim sunt incapaces dominij, vt aliàs diximus. Qui autem biennio expleto sola vota simplicia ferunt cùm domini adhuc sint suorum bonorum, possont testari, sed non nisi dependenter à voluntate Superioris, ita vt si aliter faciant, tale testamentum Irritati possit à Soperiore, non tamen in aliud commotari, qoia Superior non habet dominium in bona Religiosi istius, vt de illis disponat, sed tantum in voluntatem illius, atque in actum consequentem, quare tunc ab intestato succederetor illi Religioso, vti diximus aliàs. Hanc autem

licentiam testanti putat Sanch. *lib. 7. in Decal. capit. 8. numer.* 23. solum Generalem dare posse, & non Prouincialem extra casum necessitatis, quamuis dare possit licentiam inter viuos donandi. Quia modus præscriptus in constitutionibus, est vt hi Religiosi cum disponunt de suis bonis se abdicent omni dominio & spe ea recuperandi, quod non fit per testamentum.

4 An Commendatarij D. Ioann. & Milites possint testari, vide Sanch. *capit. 8. cit. numero* 36. & an Heremitæ D. Augustini, Clerici Regulares Ordinum Militarium, & alij huiusmodi, res tota pendet ab eorum institutis, & priuilegiis Pontificum ipsis concessis, in Gallia milites D. Ioann. non testantur validè, vt ex arrestis nuper relatis constat; in his enim agebantur causæ horum Religiosorum. Nouitij denique possunt testari, sed qua solemnitate, & quid exigat Tridentinum, adi Sanch. *lib. 7. cit. per 7. prima capita*: & quomodo professo etiam succedant eius filij, aut monasterium, & eiusmodi alia quæ ad aliud institutum pertinent, dabit idem Sanch. *ibid. c. 9. & seq.*

5 Sextò Clerici beneficiarij de prouentibus suorum beneficiorum congruæ sustentationi superfluis, nequeunt ex iure communi testari etiam ad pias causas, *c. quia nos, cap. relatum 2. c. cùm in officiis, de testam.* & communis sententia DD. vt tradit Couarr. *in expositione illorum capp.* inualuit tamen consuetudo, vt idem Couar. monet, vt ad pias causas testentur. Ad causas autem profanas, non possunt licitè testari, sed validè, tum quia sunt domini suorum prouentuum vt aliàs diximus, quamuis obligentur sub mortali expendere in vsus pios, tum quia potuit per consuetudinem introduci, vt validè testentur de bonis eiusmodi, & relinquant suis hæredibus, qui proinde non tenentur ad restitutionem, neque peccant. Quia accipiunt quod valide illis relinquitur & obligatio expendendi ad vsus pios cadit in beneficiarium, estque personalis, & non realis, nec transit ad hæredes, de bonis autem tum patrimonialibus, tum necessariis ad congruam sustentationem quæ sibi subtrahunt, validè & licitè testari possunt vt constat ex dictis alibi.

6 Vltimò quibusdam in delicti pœnam prohibitum est testari, cuiusmodi sunt vsurarij notorij, damnati ob libellum famosum, *l. is cui, §. si quis, D. qui testam. fac. poss.* qui hostiliter insequuti sunt Cardinalem, *c. fœlicis, de pœnit. in 6.* hæretici, *l. manichæos, C. de hæret.* damnati ad mortem, seu ciuilem seu naturalem, in quibus omnibus casibus standum est diuersæ locorum consuetudini.

CAPVT IX.

De hærede.

HÆREDIS institutio caput est, & fundamentum totius testamenti, vt dicitur *§. ante hæredes. Inst. de legatis*: atque ab ea solebant olim ordiri testamentum, *l. 1. D. de hæred. instit.* monuimusque superiùs hoc vno maximè discrimine distingui testamentum à codicillo, ipsa denique sola hæredis institutio testamentum est, vt si quis scripserit vel pronuntiarit in hunc modum, Lucius Titius hæres esto, nec quidquid aliud adiecerit, testamentum condit, moribus tamen Gallicanis contra iuris Romani regulas, non solum testamento, sed etiam in contractu matrimonij, hæres institui potest, vt passim I.C. Franci docent, Ioan Faber *in l. fin. C. de pactis*, Boër. *decis.* 155. *n.* 8. *dec.* 104. *n.* 4. Guido Pap. *q.* 185. Bened. *in c. Raynutius. verf. duas habens filias. n.* 198. Chassan. *in conf. Burgun. rub. des droits appartenans à gens mariés. §.* 7. Cuiac. *ad l.* 26. *D. de verb. obligat.* vbi hanc consuetudinem, à lege Salica arcessit, Maynard. *tom.* 1. *qq. ill. c.* 9. atque hanc hæredis institutionem irreuocabilem tradit Molinæ. *in consuetud. Boiar. Art.* 219. & 345. plures I.C. Gallos allegans, qui id non tantùm de institutione in contractu matrimonij hæredis immobilium, sed etiam mobilium contendunt, vti agitatum fuisse in Curia in magnis causis, refert Chopp. *de priuilegiis rusticor. p.* 2. *c.* 2. *n.* 4. immò hanc hæredis institutionem transmittit ad liberos instituti, etsi ille obeat ante instituentem, neque caducam esse, etiamsi in fauorem collateralis tantum instituatur, iudicatum est 16. Iul. 1613. vti in Comment. ad Louet. *lib.* 8. *num.* 9. *refertur.* Omissa tamen hac hæredis institutione quæ solius iuris Gallici est, de ea quæ communiter fit per testamentum agimus. Sunt igitur hæredes qui vel ab intestato, vel à testamento capiunt hæreditatem, hæreditas porrò nihil aliud est quam successio in vniuersum ius quod defunctus habuit, *l. hæreditas, D. de regul. iuris.* Hinc fit vt duo hæredum genera in vniuersum statui possint, alij enim dicuntur legitimi seu necessarij, quos debet necessariò testator scribere, aut nominatim præterire, vel exhæredare, si causa legitima sit: alioquin succedent ab intestato, aut per querelam inofficiosi. Alij verò extranei sunt, neque succedunt in bonis defuncto, sed ad illa vocantur testamento, dicunturque propriè institui. Ad priores illos pertinent, qui dicebantur sui hæredes, erantque filius, filia, nepos, &c. tum reliqui descendentes, deinde ascendentes ac denique collaterales seu ex transuerso, & agnati. Ad posterius genus spectabant omnes aliæ personæ, quæ deficientibus illis prioribus instituebantur à testatore. De quibus omnibus pauca pro nostro instituto dicenda sunt.

ARTI

ARTICVLVS I.

De suis Hæredibus.

Quinam essent sui heredes. 1.
An filij emancipati, & an fœminæ tales essent. 2.

1 SVi hæredes erant qui tempore mortis in potestate morientis fuerunt, veluti filius, filia, nepos, nepotisve ex filio pronepos, proneptisve ex filio, *l. 1. D. de suis, & legitimis instit. & §. 1. Inst. de hereditate quæ ab intest. defer.* fuitque hoc ius suitatis vsu receptum etiam ante leges XII. Tab. vt *ex l. patre furioso, D. de his qui sunt sui vel alieni iuris*, probari posse videtur, pertinebatque hoc ius suitatis ad pronepotes in linea recta per successionem in locum eius qui suus esse desierat, morte vel capitis diminutione, quare duo erant genera suorum. Alij quidem tales natura constituebantur, *& de leur chef*, vt filij; alij per successionem in locum suorũ, vt nepotes ex filio sui hæredes dicebantur respectu aui, *§. cum filius. Inst. de hered. quæ ab intestato deferunt.* Atque ita ferebat lex Velleia: *Si quis ex suis hæredibus suus heres esse desierit, liberi eius & cæteri in locum suorum sui heredes succedunt.* Itaque nisi isti instituti, vel exhæredati fuissent, rumpebatur testamentum, quia filij suorum seu nepotes repræsentabant patres, vbi aut obiissent, aut emancipati essent, quamdiu enim filius erat hæres suus, nepos etiamsi esset in potestate aui non erat hæres suus, hincque natus duplex modus succedendi, in stirpes nimirum & capita seu viritim; *l. enim 2. C. de suis*, nepotes ex diuersis filiis varij numeri auo succedentes ab intestato, non pro viribus portionibus, sed ex stirpibus succedunt. Itaque si Sempronij filius Titius reliquerit duos liberos; Caius verò quatuor, & hi omnes tanquam sui hæredes succedunt auo in stirpes, ita vt duo liberi Titij tantumdem capiant de bonis aui Sempronij, quantum 4. liberi Caij, fiebat autem hæc repræsentatio suorum ex l. XII. Tabul. in primo gradu filiorum; nulli enim erant sui nisi aut filij, aut qui in locum filiorum vocati per iuris fictionem; itaque si Sempronio filius Titius sit & tres pronepotes ex Caio item filio, succedent simul, vt dixi ab intestato, & tradit Papinian. *l. scripto. D. vnde liberi.*

2 Filij emancipati non erant sui hæredes & excludebantur à successione, quia non erant amplius in potestate, & pro extraneis reputabantur, *l. capitis. D. de suis & legitimis.* Nulla fœmina habebat suos hæredes *l. 13. D. de suis & legitimis*, quia non sunt in potestate matris liberi. Quare cognati iure suitatis excludebant huiusmodi liberos à materna successione, & nepotes ex filia excludebantur per auunculos, aut nepotes ex filio, qui in locum patris succedebant tanquam sui hæredes, ex iure enim XII. tabul. soli ex virili sexu, nepotesue in suorum ordinem admittebantur, ex muliebri verò in ordinem cognatorum qui non succedebant nisi in defectum omnium agnatorum, idque tantum iure prætorio, cum suorum nomen nec haberent, nec habere possent §. *vetustas. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* immò neque à prætore vocabantur ad possessionem vnde liberi, ad eam enim tantum vocabantur qui sui fuissent erant. Hanc legem temperarunt Valentinian. Theodos. & Arcad. Impp. volueruntque vnà cum suis hæredibus nepotes ex muliebri sexu numerari, ita tamen vt minus acciperent tertia parte, quàm mater eorum, vel quàm fuerat acceptura, vel pater eorum, vel auus paternus, vel maternus quando fœmina mortua esset, cuius de hæreditate ageretur; quamquam iampridem Senatusconsultum Orficianum vocarat liberos in successionem maternam, sed non nepotes, vti factum diximus à Theodosio. Tandem Iustinian. etiam illam detractionem trientis, & quadrantis, cum qua Theodosius ad auitæ successionem venire cum suis hæredibus nepotes voluerat, abstulit, iussitque vt quamdiu essent posteri vlli ex fœmina progenati, agnati excluderentur, *l. vltim. Cod. de suis & legitimis, & Nouell.* 18. æqualem fecit omnium nepotum & pronepotum portionem, nouella autem 118. suorum & non suorum, masculorum, fœminarum, & patriæ potestatis omne discrimen sustulit.

ARTICVLVS II.

De successionem Descendentium.

Quomodo succedant descendentes. 1.
Priuilegium Primogenitorum iure Gallico. 2.
Primogenitus potest cedere iuri suo. 3.

HInc apparet quomodo descendentes succedant, cũ hæredes sui sint tantum descendentes, licet non omnes descendentes sint hæredes sui, vt constat ex dictis. Quamdiu igitur testator habet legitimos descendentes, illos aut hæredes instituere debet, aut exhæredare, alioquin testamentum nullum est, saltem quoad hæredis institutionem, quod etiam dicendum est si causa exhæredationis non subsistat; si autem in minoribus portionibus eos instituat, quàm sint ex lege debitæ, habent querelam inofficiosi ad debitam vsque portionem. Iure autem communi quondam patrio legitima erat, quarta bonorum, quæ erat æquis partibus inter liberos diuidenda, iisque deficientibus inter alios descendentes, de reliquis autem tribus partibus ad libitum testator disponebat, *l. Papinianus. D. de inoffic. testam. l. cum quæritur, l. parentibus, C. eod. titul. §. vltim. Inst. eod. titul.* Iure deinde Authenticorum, aucta fuit ea portio, vt si essent 4. liberi aut etiam pauciores liberi, tertia bonorum pars ipsis diuideretur, si plures essent quam quatuor, dimidium bonorum illis distribueretur. *Authent.* de triente & semisse, §. 1. & 2. & habetur *in Authentic. nouissima: & in Authentic. vnde si pater. Codice de inoffic. testament.* Itaque ius commune, siue ciuile, siue prætorium æqualiter liberos ad parentum successionem admittit, vt latè ostendit Tiraquell. *de iure primogen. quæst. 4. num. 1. & seq.* 1

2 Generali tamen ferè Galliæ consuetudine po-

tior est conditio primogenitorum quàm cæterorum, vt probat idem Tiraq. *ibid. in præfat. n.* 3. Hanc porrò consuetudinem æquissimam esse pluribus docet contra nonnullos Tiraq. *q.* 4. *cit. à n.* 11. *ad* 35. Quantum verò sibi præ reliquis vindicet primogenitus, consuleodæ sunt diuersæ leges municipales diuersarum prouinciarum, vnum tantum aut alterum in vniuersum moneo. Primum est feuda dignitatum vt Ducatus, Marchionatus, Comitatus, &c. esse indiuidua & insecabilia, atque ad primogenitum pertinete, vt docet Chopp. *lib.* 3. *de legib. And. c.* 1. *tit.* 2. *n.* 6. *&* 7. & Tiraq. *q.* 4. *de iure primig. n.* 21. Quando autem ius præcipui contingit primogenito in quota parte totius hæreditatis, æs alienum exsoluit pro modu emolumenti, si vero in certis corporibus non io bonis omnibus, puta in feudo, pro portione hæreditaria tantum, & non pro modo emolumenti, hoc est, non plus debet exsoluere æris alieni, quàm singuli secundogeniti, vt 24. Mai. 1577. iudicatum refert Louet. *lit. D. n.* 16. Ratio est quia ius primogenituræ, non obuenit filio iure hæreditario; sed iure filij, neque est beneficium patris, sed legis & statuti, quod filius velut iure prærogato consequitur statim ac natus est, ius autem sioe lucrum à lege indultum, nec auferri, oec minui, nec onerari potest. *Nouell.* 22. *de nupt.* §. *sed hac quidem,* & §. *soluto igitur. Nou.* 81. §. *illud:* quate si census assignatus esset feudo, quod iure prærogatiuæ cedit primogenito, non tenetetur soluere nisi quantum singuli alij cohæredes; vt 4. Iun. 1584. & 6. Mart. 1535. & 24. Mai. 1577. iudicatum refertur *in not. ad Loueti citatum locum,* sed hac de quæst. plura Robert. *lib.* 4. *rerum indic. c.* 13. Chopp. *lib.* 2. *de morib. Paris. tit.* 2. *n.* 11. *tit.* 5. *n.* 27. *lib.* 3. *de priuil. rustic. p.* 3. *c.* 10. *n.* 1. *lib.* 2. *And. consf. c.* 1. *tit.* 5. *n.* 3. *lib.* 3. *c.* 2. *tit.* 1. *n.* 18. Argent. *in consf. Britan. tit. de donat. art.* 225. *n.* 3. *&* 4. Bacq. *des droitz de iustice, c.* 21. *n.* 10. Si feudum primogeniti pro ære paterno distrahetetur, compensari debet etiam ex bonis aliis quæ reliquis liberis supersunt, vt definitum 7. Sept. 1552. refert Papon. *lib.* 21. *tit.* 5. *arresto* 30. Si vniuersa hæreditas consistat in aliquo exiguo feudo, oon tenetur primogenitus illud diuidere, sed totum ipsi cedit, vt iudicatum 25. Mai. 1555. tradit Papon. *lib.* 21. *tit.* 5. *art.* 2. & Chopp. *lib.* 3. *de priuil. rust. p.* 3. *c.* 9. *n.* 3. Debet tamen legitimam reliquis liberis ære soluete, quia legitima debetur ex naturæ iure, quamois eius quantitas sit definita iure humano. Quia verò per primogenitos propagatur familiæ nomen, & ait Cuiac. *consult.* 29. sunt enim στῦλοι οἴκων, & diuiso feudo totum peritet; hinc integrum ad vnum è liberis transmittitur, vt ait idem Cuiac. *consf.* 53. Argent. *in consf. Britan. art.* 224. Gloss. 7. *n.* 8. vide Tiraq. *lib. de primog. q.* 55. *&* 72.

3 Secundò potest primogenitus suo iuri cedere in fauorem secundogeniti etiam viuente patre, modo ea abdicatio, & renuntiatio fit omninò libera, & expressa formalis, atque vt loquuntur, specialis. Si enim tacita fit renuntiatio, nihil nocebit primogenito, vti iudicatum 7. Septem. 1571. refert Chopp. *lib.* 3. *de priuil. rustic. p.* 3. *c.* 9. *n.* 3. *in fin.* Transire autem hoc ius ad secundogenitum post primogeniti abdicationem, neque siogulis aliis accrescere definitum 14. Aug. 1567. traditur ab eodem Chopp. *c.* 9. *cit. n.* 4. Atque hanc esse communem DD. opinionem asserit Boëri. *in consuetud. Bituric. tit. de testam.* §. 2. *& vlt.* quod idem dicendum est si tempore mortis Patris primogenitus sit incapax, aut inhabilis ad succedendum, quia v.g. Religionem professus est, secundogenitus, seo quis alius immediatè priorem illum consequens obtinebit solidum & verum ius primogenituræ. Vide Chopp. *lib.* 2. *de morib. Paris. tit.* 5. *num.* 10. Tiraquell. *de iure primogen. q.* 24. *ad* 30.

ARTICVLVS III.

De adoptiuorum & posthumorum successione.

De adoptiuis. 1.
De posthumis. 2.

ADoptiui de iure communi succedunt, vel soli si nulli sint alij legitimi, vel cum illis si qui sint, *l. si te parens, C. de suis, & legitimis, l. pen.* §. *& si quidem, C. de adoptiuis,* & Authent. *in successione, C. de suis & legitimis.* ita vt ascendentes excludant, eisque debentur legitima & quarta, & veniunt contra testamentum patris si fuerint præteriti, suot denique sui hæredes, vt docet Tiraquell. *in l. si vnquam. vers. susceperit liberos. num.* 18. & *tract. de iure primogen. quæst.* 84. Verùm in Francia filij adoptiui nullo pacto succedunt, vt ait, *cit. Tiraq.* Masueri. *tit. de probat.* Benedict. *in c. Raynutius. vers. & vxorem nomine Adelasiam num.* 758. *&* 760. Filij aduenarum, seu albanorum legitimi in Francia nati succedunt pareotibus ex antiqua Regni consuetudine, quam refert Chop. *præfat. in consuetud. Paris.* & *lib.* 1. *de doman. tit.* 10. *num.* 21. itaque docent Masuet. *titul.* 32. *num.* 23. Bacq. *tract. de iure albanat. cap.* 32. *num.* 3. *& cap.* 3. *num.* 7. 9. 11. 26. 1

Denique posthumi succedunt, immò & qui ex secto matris vtero natus est, rumpit testamentum, vti iudicauit Vlpian. *l. quod dicitur. D. de liberis & posthum. hæredib. instituend.* quinam verò partus, qui ita exsecta matre extrahitur, vitalis sit, ao quinque mensium, an sex, an septimestris, longa lis est, de qua Tiraquell. *in l. si vnquam, vers. susceperit liberos, num* 210. *C. de reuocand. donat.* Mayn. *tom.* 1. *lib.* 4. *c.* 3. *&* 4. *de posthumis.* Cuiac. *lib.* 3. *obseruat. c.* 4. & *ad l.* 4. *D. de liber. & posthum.* Dicebantur primò posthumi qui licèt viuo patre nascerentur, sed post testamentum factum. Secundò qui natus quidem ante testamentum mortuo tamen priore instituto, in locum eius succedendo fit suus. Tertiò qoi natus post testamentum non tamen suus, sed priore instituto defuncto, fit suus, *l. Gallus. D. de liberis & posthumis:* quare omnes posthumi sui erant, vel alieni §. 2. *Inst. de hæred. quæ ab intestato.* Sui iterum sunt, vel verè vel quasi sui, verè sui quos in suitatis iure nemo antecedit, qualis est filius qui in patris potestate constiturus foret, si ante patris mortem natus fuisset, qualis est nepos, qui cum nascitur auo suus futurus fuisset nisi aous iam diem suum obiisset: quasi sui sunt nepotes, qui nondum quidem reuera sunt sui, nec à testatore proximum gradum obtinent, fieri tamen sui possunt, illo nempe qui eos grado proximo antecedebat extincto. Alieni posthumi qui nati, non sunt futuri ioter suos hæredes, vt nepos ex filio emancipato, atqoe posthumi isti pertinent ad hæredes 2

redes

redes extraneos. Hi omnes debent esse concepti, licet non nati viuo patre.

ARTICVLVS IV.

De filiis illegitimis.

Spuriorum & naturalium liberorum discrimen iure Romano. 1.
Quinam naturales liberi. 2.
An spurij succedere possint. 3.
An naturales liberi, & nothi. 4.
Quid statuat ius canonicum. 5.
Quid ius Gallicum. 6.
An peccent parentes qui spuriis donant. 7.
An hæres grauatus restituere spurio, ad id teneatur. 8.

1 IVre Romano latum discrimen est inter spurios & naturales liberos: spurij dicuntur hi omnes qui ex incesto, adulterino, nefario, damnato, illicito concubitu, ex stupro, scortatione nascuntur, quales etiam sunt, qui ex meretrice, peregrinis mulieribus, quæ meretricum loco habebantur, & cum his Ciues Romani nuptias contrahere non poterant ex Iul. Polluc. *lib. 3. c. 2. n. 3.* & qui ex concubinis constante matrimonio suscipiuntur. Hi omnes dicuntur certam habere matrem, & patrem incertum, immò nullum, cum solum semen parentum agnoscant, ac proinde nec genus, nec gentem habent, quia pater est *τοῦ γένους ἀρχηγέτης*. mater autem tanquam ager semen ab alio recipit, quod ex Platone obseruat Cuiac. *in not. poster. ad Inst. tit. de iure person §. serui, vers. ex ancillis.* Vnde volgò quæsiti & *ἀπάτορες* dicuntur, aut si certum patrem habeant, non habent iustum, aut ciuilem, seu quem lex ciuilis agnoscat; *l. vulgò quæsiti 23. D. de statu hom. l. legem. C. de naturalib. liberis.*

2 Naturales liberi dicebantur qui ex concubina domi sine nuptiis vxoris loco retenta nascerentur, qui & nothi Latinis dicuntur, quam differentiam rectè aduertit Cuiac. *lib. 5. obseru. c. 6.* & *ad Nou. 12. & 18. part. 2. consult. 2.* Vnde constat Festum, *in verbo nothum*, aut falsum, aut valdè deprauatum fuisse, nothi enim appellatione spurius non venit, licet apud Græcos nomen generale sit, & comprehendat eos omnes qui legitimi non sunt, vt ait Quintillian. *lib. 3. c. 6.* siue nati sint ex amica, siue ex ancilla, siue ex meretrice, vt notat Eustath. *in 4. odyss.* Et Hesic. verb. *νοθογένητα*. Euripid. *in Andromed. n. 942.* vbi *νόθους* siue *νοθογυρεῖς* appellat *ἡμιδούλους*, & opponit, *τοῖς γνησίοις*. Iul. Pollux *l. nuper citat*, apud Festum; itaque legendum, spurio patre natus, hoc est incerto, non spurius, vt in vulgari.

3 Spurij igitur nec succedere, nec alimenta petere poterant à patre, nimirum qui incertus est, vel nullus Iure Ciuili, poterant tamen à matre, Authent. *licèt, in fin. C. de nat. lib. Authent. ex complexu, C. de incestis nupt.* addita *lib. 1. C. de nat. liber.* in quam Cuiac. *ad nou. 18. & 89.* Itaque spurij vnà cum legitimis ad matris successionem etiam ab intestato ex SC. Orphiliano, *§. nouissimè. Inst. de SC. Orphiliano l. pen. C. eodem, l. 1. §. 2. ad* Tertyll. adeò vt de inofficioso testamento matris dicere possint, *l. si suspecta 29. §. 1. D. de inoffic. testam.* Et vice versa mater ad vulgò quæsiti filij successionem in assem admittitur ex SC. Tertylliano, Paul. *lib. 4. sent. tit. 10. §. fin. Inst. de SC. Tertyllian. l. 2. D. eod. tit.* Hinc vulgò quæsitus matrem in ius vocare non potest, quia semper certa est *l. 5. D. de in ius voc.* At verò pater nec spurios alere tenetur, nec illis vllam substantiæ suæ partem relinquere potest, ex citatis AA. licet ex complexu eius natus præsumatur, *l. legem 7. C. de nat. liber.* qua etiam ratione ad illorum successionem non admittitur.

Nothorum verò seu naturalium alia conditio fuit, hos enim pasci à patre boni viri arbitrio necesse est *nou.* 89. Quantum autem ad modum succedendi considerare oportet ius antiquissimum, antiquum, nouum, & nouissimū. Iure namque antiquissimo filius naturalis patri ex testamento hæres in assem esse poterat, sicut quilibet extraneus, vt *in l. fin. de iure deliberandi*, ait Bald. & institui poterat cum legitimo, *l. Lucius Titius 45. D. de vulgari & pupill. substitutione.* Idem colligitur ex *l. cum pater 77. §. volo. l. Lucius Titius* 88. *§. Dama & Pamphilo, D. de legat.* 2. quod tamen ex nulla constitutione manarat, sed ex vsu tantum, & l. XII. tabul. quæ vnicuique liberam testandi facultatem relinquebant. 4

Sed deinde constitutionibus Impp. Constant. Valentin. Theodos. Arcad. & Honorij cautum est vt naturales filij vnà cum eorum matre, ex testamento, vel donatione inter viuos legitimis existentibus vnam vnciam, hisque deficientibus tres vncias tantum capere possent, *l. 2. C. de nat. liber. l. 1. & 2. C. Theodosian. eod. tit.* & *l. 4. tit. 6.* Constitutiones nempe paternum vitium refrænandum esse censuerunt, *l. fin. C. eod.* Hinc vides glossam, Alciatum, aliosque Doctores hallucinati, dum ad *l. cogi 16. §. hi qui solidum, D. ad Trebellian. l. 6. l. ex facto, 43. D. de vulgar. & pupill. substitut. l. qui testamentum 27. D. de probat. l. cùm ei qui 43. D. de legat. 2. l. si seruus* 81. *§. sed & si, D. de acquir. haredit.* & similes, per eum qui ex bonis testatoris capere non poterat solidum, siue qui ad certum modum, siue qui partem ex testamento capere poterat, intelligunt naturalem filium, cui vncia tantum ex nuper allegatis constitutionibus relinqui poterat. Cùm enim IC. ex quorum operibus sumptæ sunt eiusmodi leges, scripserint pluribus annis ante Valentinian. Theodosium, aliosque Impp. qui limitarunt ius antiquissimum, quo naturales in assem institui poterant, de eiusmodi liberis agere nullomodo possunt, quare exponi debent iuxta mentem legis Iuliæ & Papiæ, quæ voluerunt orbum liberis, eorum quæ testamento relicta erant, solidum capere non posse, sed tantum partem, hoc est, semissem vt notat Cuiac. *in paratitlis C. tit. de infirmandis pœnis calibat. & orbitat.* & *lib. 9. obs. c. 17.* quod apertè colligitur ex legum inscriptionibus.

Sequuta subinde est constitutio temporaria Anastasij *l. iubemus, C. de nat. lib.* qua ex concubina nati; legitimis non extantibus ad patris hæreditatem non solum ex testamento, sed & ab intestato vocabantur. Quod ius constitutionum auctum est Iustiniani constitutione, vsque ad VI. vncias, nulla existente legitima sobole *l. humanitatis 8. C. de nat. liber.* cuius constitutionis meminit idem Imp. *l. generaliter 6. §. fin. C. de instit. & substit.* Ex qua constitutione colligi potest iure illo nouo, antiquo & antiquissimo excepta Anastasij Constitutione, naturales liberos ad

ſucceſſionem patris vocatos tantum ex teſtamento aut donatione intet viuos, ab inteſtato verò nihil omninò capere potuiſſe, atque ex ea temporum diſtinctione facilè capies mentem Iuſtinian. *in nou.* 89. Tandem ſequutum eſt ius nouellarum, quod nouiſſimum appellabam quo, confirmato iure antiquo & nouo quantum ad inſtitutionem naturalis in vnciam legitimis exiſtentibus, ius antiquiſſimum renouatum eſt, & conceſſum patri nullos filios legitimos habenti, naturales in aſſem ſcribere, ſaluâ tamen legitima aſcendentium, immo vt naturales vnà cum matre etiam ab inteſtato patri ſuccederent in duas vncias, nullâ legitimâ exiſtente ſobole, relictis vero legitimis tantum alimenta petere poſſent, quæ habentur *nou.* 89. *c.* 12. & *nou.* 18. *de triente & ſemiſſe, c.* 5. Ratio diſcriminis intet ſpurios & naturales iure Romano, petebatur ex eo quod licita erat illo iure conſuetudo cum concubina *l. pen. §. fin. C. ad SC. Orphitianum.* Concubinatos enim erat ſemimatrimonium. Concubina vxorem imitabatur, *l. ſtuprum* 41. *D. de ritu nuptiar. cap. omnibus diſt.* 34. Erat vxoris loco *l. iubemus. C. de nat. liber.* vxoris vſu, à qua non diſtabat niſi dignitate, & dote, ſiue iure vxorio, *l. qui concubinam* 29. *l. item legato* 49. *§. parui, D. de legatis* 3. vide Ant. Robert. *lib.* 2. *rerum iudic. c.* 17. Cuiac. *in Paratitlis, C. ad tit. de concub. ad nou.* 22. *lib.* 5. *obſeru. c.* 6. *lib.* 3. *c.* 18. Saluian. concubinam viceconiugem appellat, quam Græci παλλακὴν. Liberi itaque ex concubina ſeu amica ſuſcepti, parum à legitimis diſtabant, ita vt liberorum appellatione cenſerentur, prohibebantur tamen iure Romano ad mulieres publicas accedere, aut tempore coniugij conſuetudinem cum amica habere. Paol. *lib.* 2. *ſent. tit.* 20. Papinian. *l. ex ea parte* 121. *§.* 1. *D. de verbor. obligat.* Cuiac. *ad nou.* 12. *p.* 2. Prohibitum etiam eodem tempore duas concubinas habere *l. cum ſecundis* 16. *§.* 1. *D. de his quibus vt indignis hæreditates auferuntur.* Apud Hæbræos manſeres non admittebantur ad hæreditatem paternam vſque ad decimam generationem, Deut. 32. *verſ.* 2. vt refertur *c. per venerabilem, extra qui filij ſint legitimi.* Gen. 21. *verſ.* 10. *Eiice ancillam, &c.* quod in hanc rem allegat *can. dicat aliquis* 32. *q.* 4. & Burchar. *lib.* 9. *decret. c.* 1. Iud. 11. *verſ.* 2. *Eiecerunt Iephte dicentes, hæres in domo patris noſtri eſſe non poteris, quia de adultera matre natus es.* Poterant tamen aliqua dona à patre ſuſcipere, Gen. 25. *c.* 6. Apud Græcos dari poterant mille drachmæ; ea dona dicebantur *νοθεῖα*, id eſt, *τὰ διδόμενα τοῖς νόθοις*, ex Suid. *verb. νοθεῖα, & verb. ὀψιγάμου*. Hæreditatem autem non capiebant, vt obſeruat Scholiaſt. Ariſtophan. *In veſp. & auibus.* & apud Homer. *Odyſſ.* 1.

5 Ius tamen canonicum diſcrimen intet ſpurios & naturales iute Romano inductum, quoad alimenta ſuſtulit, omnibus enim ea præberi iuſſit, debentur enim ex æquitate naturali, quod ad incapacitatem tamen ſuccedendi ex inteſtato, cam non tribuit ſpuriis, neque quidquam immutauit circa ius ciuile, & quamuis concubinatus eodem iure æquè reprobetur atque alij damnati coitus, *can. dicat aliquis* 32. *q.* 4. & Burch. *lib.* 9. *decret. c.* 1. 15. 16. 17. ac proindè æquè filij naturales nati ex concubina videantur eſſe incapaces ſucceſſionis, atque ſpurij, vulgò tamen DD. putant concubinatum iute canonico damnari quoad peccatum, non quoad ius ſuccedendi introductum iure ciuili, quod in hac parte non eſt correctum, Authores dabit expill. *in actione forenſi* 17. *n.* 31. *&* 52.

Iure Gallico nullum ponitur diſcrimen inter 6
ſpurios & naturales, ſed omnes æquè comprehenduntur nomine Baſtardorum, Cuiac. *ad nou.* 18. *p.* 2. *& conſult.* 52. diſpoſitionem autem canonicam tanquam æquiſſimam quoad alimenta præſtanda à parentibus conſuetudine conſtanti, & vſu recipit, vt ait Bacq. *tract. du droict de baſtardiſe, c.* 5. Argent. *in conſuetud. Britan. tit. de Baſtard. art.* 452. *gloſſ.* 1. *n.* 1. 2. 3. itaque ipſum avum debere hæc alimenta iudicatum eſſe 14. Mai. 158. habet Chopp. *lib.* 3. *de priuil. ruſtic. p.* 3. *c.* 11. *n.* 6. Sub primis Regibus ius antiquiſſimum Romanum ſeruabatur, potueruntque inſtitui hæredes hi liberi ſi libuiſſet, ex Marculph. *in formul. c.* 52. nunquam tamen ab inteſtato ſuccedere potuerunt, maximè dum de Regno agebatur, idcirco Theodebertum tanquam non legitimum hæredem, quòd de pellice natus eſſet, fratres eius armis petierunt, vt narrat Rhegino *lib.* 1. *Chron. an.* 538. & Aimonius *lib.* 4. *de geſtis Franc. c.* 1. Nunc verò incapaces ſunt ſuccedendi, tum ab inteſtato, tum ex teſtamento aliis quam propriis liberis, abrogato hac in parte iure ciuili, vt habet Maſuer. *tit.* 16. *de probat. n.* 35. & *tit.* 32. *de ſucceſſ. n.* 36. Chaſſan. *in conſuetud. Burgund. tit. des ſucceſſions des baſtards, §.* 3. *n.* 1. Guido Pap. *q.* 280. Bacq. *tract. de Baſtardiſe, part.* 1. *c.* 2. *n.* 6. 11. 12. Argent. *in Conſ. Britan. tit. de Baſtard. art.* 450. *gloſſ.* 2. Maynard. *tom.* 1. *lib.* 5. *c.* 30. Capaces tamen ſunt omnium donationum quas tum pater tum mater facere volent, etiamſi ſint omnium bonorum, excepta tantum legitima iis quibus debetur: quam in rem conſule Ant. Robert. *lib.* 2. *rerum iudicatarum, c.* 14. Bacquet *tract. de Baſtardiſe, c.* 2. *&* 3. Chopp. *lib.* 1. *de doman. tit.* 10. *n.* 6. atque ita ſæpiùs iudicatum referunt allati DD. quod etiam locum habet in filiis præsbyterorum quibus pater donare & legare poteſt, ex Cuiac. *conſult.* 2. ita tamen vt non poſſint ſpurij præsbyterorum capere niſi vſumfructum, & non proprietatem, hoc eſt, ad alimenta, vt 14. Aug. 1570. iudicatum refertur in notis ad Louet. *lit. B. n.* 1. quod etiam in quibuſdam Galliæ prouinciis quoad reliquos omnes ſpurios ſeruatur. Hinc fit primò vt quod ait Bened. *in c. Raynutius, numero* 22. *verſ. ſi abſque liberis, numero* 9. ſtatutum loquens de liberis, intelligi tantum de legitimis, non etiam de *illegitimatis*, qui pro ſpuriis habentur in *Gallia*, verum tantum eſt, dum agitur de iure ſuccedendi, aut alio quopiam honorifico, cuius baſtardi incapaces ſunt, non autem de iure donationum quas admittere poſſunt ſicut & legata, & de aliis eiuſmodi; quare habent actionem in parentum occiſores, & damni ciuilis reparationem petere poſſunt, illud enim intereſſe non capiunt iure hæredis, cum in ſola vindicta ſit conſtitutum, *& l. pro hærede* 20. *§. fin. D. de adquir. hæred.* filius qui agit ſepulchri violati quamuis hæreditarij, dicitur non ſe immiſcere bonis paternis, quia illa actio ad pœnam & vindictam pertinet. Denique in Gallia baſtardi gentis inſignia & ſcuta gentilitia gerunt, addita linea tranſuerſa, quia veteres, nothos obliquos vocabant, vt aduertit Cuiac. *in nou.* 18. Illegitimos à nobilibus viris ortos plebeiis ſubiici, indictionibus à ſuprema regiorum vectigalium Curia ſæpe iudicatum eſt, & principali deindè edicto ſancitum Mart. men. an. 1600. art. 26. In quibuſdam tamen regionibus

matri

matri filius naturalis & mater tali filio succedit, vt apud Delphinates, quamuis Carolus IX. contrarium edixisset Tholosæ an. 1565. illis enim intercessit vniuersa prouincia; ita Bonnetouius Senator Gratianop. ad q. 280. Papæ.

Denique spurij nihilo magis habiles sunt ad retractum lineatem exercendum, seu actionem distractorum reuocatoriam in familiam, quàm ad familiarium, & auitorum hæreditatem fundorum obtinendam, cum pari modo Franci metiautur hæreditatum iura & gentilitiæ redemptionis patrimoniorum, Faber ad §. *si plures, Inst. de legitim. agnat. success.* illinc prodiit vetus actoama Francicum; *Bastard ne pût rescourre, car il n'est pas de lignage.*

7 Ex his omnibus deduces an peccent parentes qui donant vel per se vel per alium illegitimis, & an illi teneantur restituere. Nam primò si parentes dent eiusmodi filiis plusquam dare liceat iure Regni aut proprio municipali, vt si v.g. atte aliqua totam hæreditatem ad eos deriuent, peccant mortaliter si summa sit materia sufficiens, & donatarius tenetur ad restitutionem etiam ante iudicis sententiam: ante mortem quidem dantis, ei ipsi qui dedit, post mortem vero, eius hæredibus, aut iis ad quos iure accessisset pertinebit. Ità Molin. *disp.* 169. *n.* 2. quia per leges ciuiles illegitimus factus est incapax eiusmodi bonorum, dominium igitur manet apud dantem, aut eius hæredes, quare in conscientia ad restitutionem obligantur, cùm nullo titulo dominij sibi retineant.

8 Secundò, si personam extraneam constituat hæredem ea spe, vt totam hæreditatem, aut partem donet filio illegitimo, nequaquam aliter institutus, quamuis ita institutus hæres sciat talem fuisse mentem testatoris, si non fuit apposita illa conditio, fit vere dominus sibi relictæ hæreditatis, neque eam filio spurio tradere tenetur, si tamen tradat, spurius verè dominium acquirit. Ità Molin. *ibid. n.* 3. quia institutio fuit absoluta, & non sub conditione, aut modo, spes autem, aut intentio illa nullam inducit obligationem, nisi in conditionem transeat, neque quidquam proderit, si testator suam mentem significet, si nullam obligationem imponat, & institutus hæres, non se etiam ad id obstringat, quod vltimum addo quia etsi ponat eam conditionem, aut roget illum vt suam mentem obsequatur, si ipse se ad id non obliger, non tenebitur, quia institutio valida est, cùm institutus ad nihil lege prohibitum se adstrinxerit, & grauamen illud aut conditio apposita nulla est, cùm spurius sit incapax bonorum quæ per fideicommissariam substitutionem ad ipsum deueniunt, vnde ex nullo capite tenetur ad hanc traditionem. Quod verius multo erit in illo qui inscius institueretur cum ea conditione, qui verò se adstrinxit ad eiusmodi hæreditatem restituendam, peccauit lætaliter. Atque ex iure communi fisco eiusmodi bona cedunt, vt ex multis iuribus docet Molin. *disp. cit. n.* 5. non tamen tenetur ante sententiam hic hæres ea bona fisco tradere, sed sibi retinere potest; quia est verè hæres & verum dominium acquisiuit, quamuis in pœnam violatæ legis & fraudis admissæ priuetur iisdem bonis, neque redditur incapax ea bona capiendi à testatore, sicut spurius, alioqui non pertineret ea hæreditas ad fiscum, sed ad hæredes legitimos ab intestato, quibus suum ius non posset absque iniuria tollere fiscus, qui tamen potest institutum hæredem & verum dominum, in pœnam illis bonis priuare sine iniuria eorum qui ab intestato successuri erant, nullum enim amplius ius retinebant in ea bona quæ verè ad externum hæredem deuenerant, quare donec feratur sententia, sua bona retinebit licitè, quæ tamen vbi iusserit fiscus reddere vnà cum fructibus omnibus debebit. Si autem iudex roget hæredem illum an fidem dederit testatori de restituendis bonis spurio, neque infamia, aut semiplena probatio præcesserit, non tenebitur fateri, vt ait Couarr. *in Epitom.* 4. *decretal. p.* 2. *c.* 8. §. 5. Vnde desumpta est tota doctrina hactenus tradita, quem sequitur Molin. *d.* 169. *n.* 13. quia tunc interrogatur reus, qui nisi sit semiplena probatio non tenetur respondere. Spurius autem qui recipit talia dona ab hærede instituto, siue ex mera eius liberalitate, siue vt fidem suam liberet, potest ea retinere vsque ad sententiam, neque est cur tradat fisco: si tamen hæres ea reddidisset spurio ex conscientia erronea, quia existimat se sua promissione obligari, tunc spurius nisi dedoceret illum, non posset retinere, quia hæres verè non dat voluntariè, neque suum dominium, quod putat se nullum habere, transfert in spurium.

ARTICVLVS V.

De legitimatis.

Legitimatio quid. 1.
De legitimatione per subsequens matrimonium. 2.
Quid operetur legitimatio ex venia principis. 3.
Cuius sit legitimare. 4.
An valeat in sacerdotum spuriis. 5.
An nothi habeant factionem testamenti. 6.
Quid operetur dispensatio per Pontificem. 7.

ALIA conditio est legitimatorum, seu eorum qui natalibus restituuntur, quoad ea quæ filiis illegitimis denegantur. Fit autem legitimatio vel per subsequens matrimonium inter eorum parentes, vel per principis rescriptum, vel per dispensationem. Quando legitimatio fit consequente matrimonio, legitimati ius acquirunt primigenij, etiam aduersus fratres deinde iustis nuptiis susceptos, vt asserit Gothoffred. *ad c. vlt. quibus modis nat. effic. sui, & in l. cùm quis, C. de nat. lib.* 1

Filiæ etiam prioribus nuptiis susceptæ præfertur legitimatus quando statutum iubet masculos præferri fœminis, vt ait Chopp. *lib.* 1. *de dom. tit.* 10. *n.* 8. quia quæ de legitimis statuta loquuntur, ad legitimatos quoque extendi constat, ex vetusto Curiæ decreto, quo Karoli Hispani Præfecti Galliæ militiæ filio notho hæreditas paterna adiudicata est, ann. 1491. vt eorum temporum scriptor Ioban. Gall. *q.* 298. prodidit. Tiraquell. tamen qui tract. de iure primigen. latè versat hanc difficultatem *q.* 24. existimat verius legitimatum non adipisci ius primogeniorum aduersus filium deinde in legitimo coniugio susceptum, *numero* 44. & *seq.* Fit hæc legitimatio etiam contracto cum concubina matrimonio in hora mortis, & eosdem habet effectus, ita vt filius ille adeat hæreditatem, etiam ex asse, vti iudicatum 4. Kalend. April. 1599. refert Chopp. *lib.* 1. *de morib. And. c.* 41. similiáque alia habet *lib.* 5. *de prin. rustic. c.* 4. & 9. quamuis ne ea spe peccatum

catum suum amarent parentes, aliquando tantùm annuam pensionem tali filio Curia adiudicarit, vt 12. Decemb. 1575. Et denique Augustissimi Ludouici XIII. declaratione & constitutione exclusi sunt paterna hæreditare, eiusque incapaces facti qui in extremo vitæ per eiusmodi matrimonium tantùm legitimantur.

3 Fit secundò rescriptio principali legitimatio, sed ad id opus est vt consensus expressus vtriusque parentis accedat, ita vt solius matris non sufficiat; immò neque satis est patrem consentire, vbi res iam tota confecta est, vt iudicatum mense Iulio 1583. & 29. Nou. 1577. ait Louet. *lit. L. n. 7.* immò neque posse spurios natalibus restitui nisi vocatis præsumptiuis hæredibus patris, qui ea legitimatione læduntur, ait Cuiac. *consult.* 52. quod est intelligendum de solis descendentibus, non de agnatis, vt Mayn. *tom.* 1. *lib.* 4. *c.* 1. Chopp. *lib.* 2. *de mor. Paris. tit.* 5. *num.* 13. *de morib. And. cap.* 2. *tit.* 4. *num.* 15. Bacq. *lib.* 2. *du droict de Bastardise c.* 11. 12. 13. monent. Si autem tale rescriptum mortuo demum patre rationalibus probarum ostendatur, fictio legitimi status non retrofertur ad diem paterni obitus, vt filios legitimatos paternæ hæreditatis capaces faciat, quia ratihabitio præfectorum ratiociniis principalibus, non retroflectitur ad diem impetrati viuo patre diplomatis, cùm medius paternæ mortis interuentus impediat coniunctionem extremorum, vti curiæ iudicio decisum 22. Decemb. 1584. refert Chopp. *lib.* 1. *de doman. tit.* 10. *num.* 8. ex sententia Bartoli *ad l.* 29. *D. de libr. & posthum.* nam & fictio posthuminij non retrotrahitur, vt tollere possit iura interim actori quæsita præscriptione temporis, aliòve modo, *l.* 1. *D. ex quib. caus. maiores in integ. restituant.*

4 Regalis autem fastigij symbolum est nothos in ordinem legitimorum coaptare, quod intelligendum de effectu huius indulgentiæ natalibus restitutotiæ quoad profana; ita Innoc. III. *c. per venerabilem, qui filij sint legitimi*: vbi nominatim agitur de Rege Franciæ. *Insuper*, inquit, *cùm Rex Francia superiorem in temporalibus minimè recognoscat.* Regibus obnoxij proceres, non sunt eo iure prædíti, vt nothos ab illegitimo vitæ ortu, conditioneque asserant in statum legitimorum. Sic eam gratiam nothis status sui facere Burgundo Duci non licere, cùm Franco Regi subesset, responsum à IC. ait Chassan. *in cons. Burgund. tit. de success. Bastard.* Quoniam verò Insubrium reguli iura imperialia sibi arrogant vicario Germanici Imperij titulo, Mediolan. Dux passim naturalibus restituit, vt ait Felin. *in c. qua in Ecclesiarum, de constit.* idem Allobrogum Duci tribuit Baldus, *responso* 246. *volum.* 1. Marchio etiam Montisferrati, omnia fertur in suo territorio posse, quæ Imperator in vniuerso dominio, vt loquitur Rolandus Valla Casalens. Senator *consult.* 29. quod ipsi etiam tribuunt Curtius iunior, *Iuris responso* 61. & Iason. *cons.* 235. *volum.* 2. Iure Longobardico nothis legitimati non succedebant in feuda, *cap. naturales. tit. si de feudo fuerit controuersia.* Feuda autem Gallica instar cuiosuis alterius patrimonij possunt possideri à legitimato. Qui etiam habet querelam inofficiosi si pater alium scripsisset hæredem, licet illi pater reliquisset legatum, & integrum ipsi tamquam verè legitimo portionis debitæ ius supplendum erit, vt celeberrimo Curiæ iudicio definitum 24. Aug. 1565. tradit Chopp. *lib.* 1. *de doman. tit.* 10. *n.* 11. Soror quæ fraternam hæreditatem repetebat contra legitimatum rescripto principis, quem frater eius parens tabulis testamentariis, hæredem ex asse dixerat, illamque institutionem ad trientem patrimoniorum reducere contendebat, cùm ipsa esset legitima hæres, causa cedidit in Curia Burdigal. 7. Septemb. 1579. nam etiam aliquo modo intestati legitima proles solidam hæreditatem à consanguineis euicerat; non expellit tamen ab hæreditate filiam legitimam filius legitimatus postea solo principis rescripto: etsi iure statuti mares submoueant ab hæreditate filias, vt ait idem Chopp. *ibid. num.* 8. Si autem agamus de laterali agnatorum hæreditate, legitimus rescripto principis factus, non potest illam adire nisi eorum vocatu & assensu, de quorum bonis agitur, naturalibus restitutus sit, nec enim inuitis nobis alienum hæredem præscribi æquum videtur.

Hæc hactenus dicta de legitimatorum successione, non valent in Sacerdotum spuriis, qui rescripto principis vocari nequeunt in iura legitimatum hæreditatum, decreto Senatus Parisiens. 27. Mart. 1563. quare ea legitimatio valet tantum ad publica munera, & vt tantum paterna donatione capere possit, quantum extraneo dari posset. Sic Regia sententia in Senatu prolata 17. Septemb. 1573. decisum fuit: prisco vsu Franciæ donari non poterat iure legitimorum à principe, quisquis ex serua, & non ingenua muliere editus esset; ex Cod. Petri Fontani in Curia D. Ludouici Magistri libellorum supplicum. 5

Denique etsi bastardi non possunt institui hæredes, non sunt tamen intestabiles, sed factionem testamenti habent ex generali regni consuetudine cuius meminere Benedict. *in caput Raynutius, vers. & vxorem.* Chassan. *in consuetud. Burgund. tit. des successions des bastards*, §. 5. Boër. *in consuet. Bituric. tit. de testam.* §. *vltim.* atque ita iudicatum ann. 1170. ad Februalia, *à la Chandeleuze*, in registro olim. fol. 17. vt refert Chopp. *lib.* 1. *cons. And. tit.* 2. *capit.* 41. *numero* 3. & 16. April. 1327. & 26. Mart. 1467. quæ inseruntur in 7. parte Styli Parlamenti, arresto 81. & 82. ita vt de omnibus bonis suis bastardus disponere possit in fraudem expectantis, hoc est, eius qui tale hæredium iam à Principe obtinuerat; quod Chopp. *lib.* 1. *de doman. tit.* 10. *num.* 2. iudicatum tradit 6. Iul. ann. 1545. Municipales tamen quædam leges factionem testamenti negant nothis. Norman. art. 276. & 416. Si intestati decedant, fiscus succedit seu Regius seu iuridici Domini inferioris pro variis legibus municipalibus, legitimatis verò succedunt etiam agnati excluso fisco, sed de toto hoc iure successorio in bona nothorum consule Chopp. *lib.* 1. *in cons. And. c.* 41. 6

Legitimatio per dispensationem fit quando aliquis redditur habilis ad aliqua seu sæcularia, seu sacra, ad quæ erat inhabilis defectu natalium, vt à Pontifice videmus ad suscipiendos Ordines dispensari cum nothis, qui propterea non censentur ad omnia iura legitimorum vocari, maximè ciuilia. 7

ARTICVLVS VI.

De ascendentium successione.

Ascendentes quomodo succedant iure Romano. 1.
Quid ferat ius Gallicum. 2.
De lege reuersionis bonorum ad parentes. 3.

1 Defectu descendentium ascendentes vocantar ad bona descendentium, & maximè parentes ad bona liberorum, quod ipsa ratio miserationis ac pietatis persuadet, *l. nam etsi 15. D. de inoffic. testam. l. iure successum, D. de iure dotium, l. scripto herede 7. D. si tabula testamentar.* non est tamen perpetuo mos idem obseruatus: nam antiquo iute XII. Tab. pater ad successionem liberorum vocabatur exclusa matre. Primus enim Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem. Demùm S C. Tertylliano imperante Adriano, de tristi successione matri non auiæ deferenda cautum est, modò ingenua ius haberet trium liberorum, & libertina I V. quam tamen conditionem trium aut quatuor liberorum propter periculum partus sustulit Iustinian. *lib. 2. C. de iure liberorum*; matri autem præferebantur liberi defuncti, qui sui siue suorum loco essent, siue primi siue vlterioris gradus. Frater autem consanguineus tam filij quam filiæ excludebat matrem. Soror consanguinea pariter cum matre admittebatur. Agnati consanguineis vlteriores non præferebantur quidem matri, auferebant tamen quadrantem propter antiquæ & legitimæ eorum hæreditatis prærogatiuam, quæ omnia demum sunt mutata per Iustin. vti late habetur, *Inst. de SC. Tertyll. & C. eod. tit.* fuereque aliæ deinde constitutiones in *Nou. de non eligendo, & non. de nuptiis 22.*

2 In Gallia variæ sunt consuetudines, vt refert Chopp. *lib. 3. de legib. And. cap. 3. tit. 3.* Hæc tamen in vniuersum certa sunt. Primò *vt ibid.* traditur, *n. 2.* parentes excludere omnes affines hæreditate deficientibus cognatis, atque ipsum adeo fiscum. Secundò regium edictum an. 1567. SC. Tertylliano derogat, & matres in bona filiorum succedere prohibet, quoad proprietatem, sed solùm quoad vsumfructum permittit: quod tamen non intelligitur de bonis mobilibus quæ in proprietatem matri contingere debent, vt in quinta Inquisitionum classe, togatis aliarum exedrarum sententiis, 5. Februari 1600. iudicatum à suprema Curia ait Chopp. *loc. cit. n. 4.* & Loüet. *lit. M. n. 22.* Tertiò hoc edictum non custoditur in Occitania Narbonensis Galliæ, decreto enim Tholosani Senatus vulgò addicitur matri iusta bonorum pars filij defuncti ex iure quiritum, siue testato, siue intestato decedat, vt recenset Maynard. *lib. 2. c. 84. 85. 86. 87.* Quartò Regium edictum non adimit ius succedendi in aduentitia bona nepotum, vel ab iis acquisita. Vnde & poterit capere quæ per extraneam substitutionem, hoc est, non iure paterno filio contigerant. Quintò constitutio principis solum in hæreditate filij intestati procedit, cum ex testati bonis delibetur portio legitima matri applicanda, quando maximè à filio vel coniux vel alius extraneus hæres nominatus est, decreto Senatus Paris. 28. Nouemb. 1579. Sextò mater non prohibetur testamentaria hæres esse reluctante licet consanguineo, quia principali edicto nemini præripitur sua de re testandi arbitrium liberum, ac solutum.

Septimò constantissima est moris Francici lex, propria non ascendere, *propre ne remonte*: hoc est bona propria non pertinere ad ascendentes liberis deficientibus qui à collateralibus seu à cognatis excluduntur, qua de regula consule Chopp. *lib. 3. And. leg. c. 1. tit. 4. n. 1. c. 2. tit. 4. n. 15. & lib. 1. de morib. Paris. tit. 1. n. 8. & lib. 2. tit. 5. n. 15.* Bacq. *tract. des droits de iustice. cap. 21. n. 304.* Sunt verò duo propriorum genera, aliud enim est naturale, originale, antiquum auitum, quod patrimonium dicitur, aliud contractu quæsitum, conuentionale & fictitium. Proprium auitum seu antiquum à maioribus proficiscitur, & illud filius ab auis per manus veluti accipit, vnde patrimonium vel gentilitium dicitur, vt exponit Chopp. *lib. 2. de morib. Paris. tit. 5. num. 8.* Tiraq. *de retract. lin. §. 32. glos. 1.* Dicitur etiam res paterna *l. princeps, de iis qua administrant, vel officia publica gerentibus distrib. sunt, vel donat. C. Theod. lib. 8. tit. 15.* domus paternæ *l. Caius Seius 86. de legat. 2.* Paternum patrimonium *l. 2. quando & quibus quarta pars, l. 10. C. res auita, l. in fundo 39. D. de rei vendicatione.* Romani dixere hæredium, Græci τὰ πατρῷα apud Aristophan. in Ranis. Hinc πατροῦχος filia vnica hæres apud Hesich. Iulium Polluc. *lib. 3. c. 3. n. 3.* Vocant etiam τὰ γονιαρχικὰ, Iustin. *edicto 3. de Armenor. success. & nouell. 21. de Armen. cap. fin.* Alij τὴν πατρῴαν, apud Theoph. *lib. 1. instit. tit. 5. de libert.* Hæc propria pertinent ad stirpem ex qua deriuata sunt, quare non ascendunt, nec transeunt in diuersam lineam. Proprium autem conuentionale, proprium non est nisi fictione, beneficio stipulationis; v. g. si parens dans summam pecuniæ filiæ in fauorem matrimonij, stipulatur vt fundi vices teneat, habeat vim proprij, tale proprium fictitium est, seu nascens, *naissant*: qua ratione omnia quæ dantur à patre vel matre liberis, si sint immobilia, propria appellantur; de hoc proprio non agit regula generalis allata: nam deficientibus liberis hæc redeunt ad parentes, aut auos non iure hæreditario, sed iure reuersionis, neque hæredes donatarij illa sibi vsurpare valent, etiamsi eam reuersionem non sit stipulatus pater, tacita enim stipulatio præsumitur à lege, & vi ipsa inest. Sic iure Romano dos aduentitia ad hæredem mulieris pertinet, & olim maritus eam lucrabatur. Profectitia autem quæ à patre profecta est ad patrem redit ipso iure *l. 4. C. soluto matrimonio.* Ita tradit Cuiac. *tract. 6. ad Afric.* Maynard. *lib. 6. c. 60.* nisi fortassis tabulis matrimonialibus stipulatus sit in fundos impendi dotem, quæ vicem proprij auiti obtineat, cum clausula omnium consuetudinum & municipalium legum derogatoria, tunc enim etsi cognati, seu collaterales non succedant nisi in propria auita, tamen vi stipulationis in istud proprium succedent exclusa matre. Si autem solùm destinatur summa illa dotalitia ad fundos coëmendos sine vlla stipulatione, censeretur quidem ea summa inter bona immobilia ratione talis destinationis, non tamen patrimonium in quod collaterales possunt succedere, sed inter bona acquisita, vt in Camera edicti 9. Aug. 1603. iudicatum ait Chopp. *lib. 2. consuet. And. p. 2. c. 2. tit. 2. n. 14. in addit.* Lex reuersionis non valet nisi filius institutus decedat, quamuis ex iis quæ accepit à parentibus non possit nisi ad quintã partem disponere 3

sicut

sicut neque de propriis antiquis. Itaquæ reliquæ quatuot partes ad patrem & matrem pertinent iure reuersionis. Quando verò filius nullos relinquit hætedes, patet etiam quoad propria materna excludit fiscum. Bacquet *tract. du dreict de destrance, c.4. n. 11.* Chopp. *lib. 3. in consuet. And.c.3.tit.2. n.2.* atque ita præses de Verdun in splendida purpura pronuntiauit 1611. mense Augusto.

ARTICVLVS VII.

De successione Collateralium.

Quinam collaterales succedant iure Romano. 1.
Quinam iure Gallico. 2.
Quid quando non sunt ex vtroque latere coniuncti. 3.

1 VBi deficiunt descendentes, succedunt ab intestato consanguinei collaterales; quondam soli agnati, id est consanguinei ex parte virorum succedebant ad decimum vsque gradum. Cognati autem seu ex parte fœminæ consanguinei non nisi ad 7. vsque, *§. vlt. Inst. de success. cognator. l. 1. §. hac autem. D. vnde cognati.* Hodie tamen sublata est differentia agnationis & coguationis, & æquè fœminæ ac mares succedunt, siue sint emancipati, siue non, *ex authentica de hæredib. ab intest. per totum.* & ad decimum vsque gradum, vt omnes communiter affirmant.

2 Iure autem Gallico seruatur constantissima ferè lex illa paterna paternis, materna maternis, nisi illi derogent leges municipales; de qua regula plurima dabit Louet. *lit. P. n.18. & 19.* est verò maxima lis, an vt quis succedat in fundum aliquem & hæreditatem, sufficiat proximè contingere sanguine illum de cuius successione agitur; an verò necesse sit oriri tãquam ex primo stirpis authore ab eo qui tale hæredium acquisiuir stirpi, *& en la personne duquel il à faict souche*, hoc enim vltimum videtur consuetudini conformius, res est omnino forensis notitiæ, vide Tiraquell. *tract. de retractu gentilitio, §. 14. gloss. 1. & 2.*

3 Alia quoque grauis est difficultas, an coniuncti ex vno tantum latere succedant, & quomodo qui ex vtroque, excludant alios, de qua Molin. *diss.* 164. Est verò latum discrimen inter ius Romanum & Gallicum hac in parte, nam Romanum non considerat regulam nuper allatam, paterna paternis, neque distinguit inter propria bona & acquisita, sed vniuersam successionem proximiori adiudicat, ita vt frater ex vtroque parente excludat omnino illum qui ex altero tantum coniunctus est, *non.118. de hæredit. ab intestat. venient. c.2. & 3.* vnde desumpta sunt authentica, *cessante post fratres, C. de legit. hæred.* & *non.84. de consanguin. fratrib. vnde authentica, itaque C. communia, de successione*, quibus abrogatur vetus ius quo frattes inuicem succedebant, etiamsi omnes eadem matre nati, *§. 1. inst. de legit. agnat. success.* quia ius istud non agnoscit nisi vnum patrimonium, nulla distinctione bonorum aut respectu ad stirpem & familiam ex qua bona promanarunt, vnius enim duo patrimonia non sunt *l. iurisperitos 33. D. de excusat. tut.* Et quamuis vnus & idem diuersis successerit, in illo tamen iuncta est hæreditas, & vnicum patrimonium, *l. sed si plures 10. §. filio impuberi, D. de vulgar. & pupill. substit.* Constitutiones quidem Iustiniani volunt in successione fratris & sororis discerni materna prædia à paternis, si fratres coniuncti non sunt ex vtroque parente, videlicet vt in maternis vterinus admittatur, & in paternis frater, vel soror eodem parte *l. de emancipatis 13. §. cùm enim, C. de legitim. hæred.* & *l. vlt. C. commun. de success.* Sed hæ leges non extenduntur deinceps ad gradus vlteriores, vt obseruat Cuiac. *consult.* 23. quod tamen Galliæ mores ad omnes cognatos protraxerunt; ex quo Pithæus *in cons. Trecensi art. 93. vers. les freres, ou sœurs.* Hinc fit vt non attendatur duplicitas vtriusque vinculi in hærediis, cùm quisque capiat ea quæ sunt sui lateris, & in bonis illis æqualiter succedunt, qui ex illo originem ducunt, siue sint vno tantum vinculo inter se coniuncti, seu duplici, quia ex antiqua Magni Caroli lege, antiqua hæredia sunt affixa lineæ, seu gentilitati; vide Chopp. *lib. 2 de morib. Paris. tit. 5. n.8.* & *lib. 3. de legib. And. tit. 1. c. 1. n. 18. 19. & 20.* Bacq. *tract. des droits de iustice, c. 15. n. 8.* In illis autem prouinciis quæ iure scripto reguntur, standum illi iuri pronuntiauit Senatus Paris. 18. Feb. 1610. vt refert Chopp. *lib. 2. cons. And. p. 1. cap. 2. titulo 4. numero 16.*

ARTICVLVS VIII.

De institutione hæredis.

Quinam institui possint. 1. 3.
Quotuplex sit institutio. 2.
Quid institutio captatoria. 4.

HActenus egimus de hæredibus qui potius succedunt quàm instituantur. De instituti igitur, & qui alioquin non succederent nisi vocarentur, pauca moneo. 1

Primò possunt institui plures modò non ita multi sint, vt fiat impossibilis aditio hæreditatis, aut in tot diuisa redeat in nihilum. Secundò aliquando instituitur vnus aliquis per se & alij deinde quidam simul, v.g. instituo Caïum & eius filios, aut fratres. Hi autem vel simul *collectiuè* instituuntur, vel distributiuè, si primo modo fiat institutio, dimidiam bonorum partem habet, & alia est diuidenda inter alios omnes hæredes, si autem distributiuè instituantur, qui primus nominatur, & per se quodammodo instituitur, non plus capere potest quàm alij singuli. *Ita Couarr. in c. Raynutius, §. 2.* Gomes. *tom. 1. c. 2. n. 3. & 4.* & alij vulgò.

Tertiò, institutio potest esse absoluta, vel conditionata, quando aliquis ex die vel in diem certum, & tempus instituit, manet absoluta & sine temporis restrictione, *l. hæreditas ex die, D. de hæredib. instituend.* quia talis decederet partim testatus, partim intestatus, non potest autem adire institutus sub conditione hæreditatem iure possessionis, sed solius administrationis, nondum impleta conditione. Quartò institutus in certa parte si sit alius cohæres vniuersalis, est tantum legatarius, si autem nullus alius sit institutus, iste verè hæres est, eiusque priuilegiis gaudet, neque aliud voluit Couarr. *c. Raynutius, de testam. §. 1. n. vlt.* 2

Quintò

3 Quintò posse quem animam suam instituere hæredem, atque illud validum fore testamentum, putat Molin. *disp.* 34. *n.* 3. eritque tota hæreditas in pias causas rependenda. Sextò an Religiosi professi institui possint, & an succedant etiam ipsi, & an monasteria, in Galliis, vide annotationes ad Louet. *lit. C. n.* 8. *lit. E. n.* 4. & alibi. Certè in primogeniis succedere nequeunt etiam initiati Ordinibus sacris, non vt homines à sacris auertantur, sed vt familia conseruetur, vt ait Sanch. *libro primo, de matrim. disputat.* 34. *numero* 14.

4 Saptimò institutio raptatoria nulla est, id est, quando quis hæredem instituit quem libuerit alteri designare, aut si alter voluerit, vt instituo Sempronium si Titius voluerit, *l. captatorias, D. de hæred. instit.* quia si ille nullum nominaret hæredem, testator decederet intestatus. Couarr. *c. cùm tibi, de testament. numerò* 1. addit captatoriam etiam esse eam voluntatem aut institutionem quæ fit sub spe reciprocæ institutionis, vt instituo Titium, si Titius me quoque instituerit, sic enim captatur hæreditas quibusdam illecebris, atque hanc solam dici propriè captatoriam, cum nempè fit institutio aut legatum spe allieiendi alterum, vt legatum quoque faciat, aut hæredem instituat, atque ea in iure reprobatur, ne retia parentur ad alienas hæreditates, aut legata adipiscenda, & ne sit libera vltima voluntas, sed coacta ex captione ambitiosa prioris testamenti. Non est autem captatoria voluntas quando inuicem se hæredes instituunt, causa tantum simplicis & mutuæ beneuolentiæ, potius quam mutuæ nuncupationis, qua de re extat nouella Valentin. *prima, tit. de testam. in C. Theodosian.* quando conditio de legato aut institutione illius quem instituo hæredem aut legatarium, est de præterito, non est captatoria voluntas, vt Titium scribo hæredem, si me iam ante scripsit, *l. ille, D. de hæred. inst.* quia nulla tunc captio proponitur. Denique si institutio in alienum arbitrium absolutè reiiciatur, vt si voluerit Mæuius, instituo Titium hæredem, non est captatoria institutio, vitiosa tamen ex veterum iudicio, quia testamentorum iura ab alieno arbitrio pendere non decet, *l. illa institutio, D. de hæred. instit.* Vide Cuiac. *in inst. de societate.*

ARTICVLVS IX.

De aditione hæreditatis.

Ad id opus est naturali apprehensione iure Romano. 1.
Quid sit necessarium iure Gallico. 2.
Ad quid obligetur qui sibi non debitam hæreditatem adiuit. 3. 4.

1 ADitur hæreditatis possessio per naturalem eius apprehensionem, alioquin enim non acquiritur possessio, *l. Pomponius, §. quæsitum, l. cum hæredes, l. qui vniuersas, §. quod per Colonum, D. de acquir. possess.* & *l. 2. D. de crimine expil. hæred.* Vbi id dicitur procedere etiam postquam hæres adierit hæreditatem, vt propterea nec tum possideat. Ratio est quia possessio hæredis est noua possessio, quia possessio defuncti morte finitur. Neque obstat *l. cùm miles, D. quibus ex causis maior. &c.* illa enim loquitur quoad vsucapionem implendam, respectu cuius continuatur possessio hæredis cum possessione defuncti, *l. nunquam in possessionibus, §. vacuum tempus*: & *l. cæptam, D. de vsucapion.* quare non transire hæreditatem ipso iure in hæredes nisi aliquo actu corporeo apprehendatur, non tantum certum est in hæredibus extraneis; sed etiam in suis, suitas enim facit quidem hæredem suum, sed non possessorem, vt ex plurimis latè probat Tiraquell. tract. *le mort saisit le vif*, 1. *p. declarat.* 3. *numero* 6. Ad acquirendam enim possessionem requiritur animus & corpus, vt aliàs diximus, *ex l. 3. D. de acquir. possess.* & *l. licet, C. eod.* Ipsius autem defuncti animus & voluntas ad hæredem non transmittitur, *l. sed si ita legatum, §. illi si volet, D. de legat.* 1. Vnde fit vt neque filius possit propria authoritate accipere possessionem suæ legitimæ, alio hærede instituto, nec ei competat remedium quoduis possessorium, sed eam debet capere ex manu hæredis. Distinguendum verò est dominium à possessione, illud enim transit ipso iure in hæredem aut legatarium, non tamen ipsa possessio, vt in aliis etiam contingit, *l. omnium, C. de testam.* & *l. vlt. C. de edicto diui Adrian. tollend.* & *l. cùm hæredes, D. de acquir. possess.* quare quando est feudalis hæreditas, etsi in filium Vassalli transeat ipso iure dominium, opus est tamen apprehensione possessionis, vt Tiraquell. *tract. cit.* 1. *declar. numero* 4. docet, quæ omnia intelligenda sunt quoties quis succedit alteri nomine hæreditario, non iure dignitatis. Possessio enim Episcopi nomine Ecclesiæ continuatur in successore, sine alia corporali apprehēsione, quia erat penes Ecclesiam, quæ non mutatur, licet Prælati mutentur.

Denique licèt iure communi non continuetur possessio defuncti in hæredes etiam suos, possunt tamen propria authoritate eam capere, modò non sit ab alio occupata *l. cùm hæredes, D. de acquir. possess.* iure tamen Gallico & constanti consuetudine *le mort saisit le vif*; hoc est, possessio defuncti ipso iure transit in hæredem, & in illo continuatur, sine vlla alia apprehensione. In quam iuris Gallici maximam, luculentum tractatum scripsit Tiraquell. quem adeas. Posse autem vi legis, aut statuti quæri possessionem etiam plenissimam ipso iure, nullo actu corporeo etiam per fictionem interueniente, docent innumeri Authores allati à Tiraquell. *tractat. cit.* 1. *p. declar.* 6. *numero quinto, & sexto, & sequentibus*: Vbi plures similes casus adducit. Ratio est quia quamuis possessio sit aliquid de iure gentium, modus tamen acquirendi pendet à iure ciuili. Quomodo autem vocanda sit possessio sic acquisita, sine vlla naturali apprehensione etiam per fictionem, lis est de nomine, aliqui dicunt artificialem, alij datiuam, quia datur vi solius legis & statuti, alij communiùs ciuilissimam. 2

Valet autem hæc regula in hærede vero, non ficto, quia verba statuti quæ derogant iuri communi sunt rigidè exponenda & propriè, & quamuis *l. si filius, D. si quis omiss. caus. testament.* dicatur hæredem fictum consequi omnia priuilegia veri, tamen statuta derogatoria iuris communis non recipiunt ab illo interpretationem. In quibus autem aliis valeat, adi Tiraq. citatum; ea enim sunt solius fori externi. 3

3 Si verò contingat aliquem adire hæreditatem sibi non debitam, & contra legitimum hæredem vbi id nouerit tenetur totam hæreditatem & fructus ita restituere, vt si bona fide possederit hactenus hæreditatem, non teneatur nisi ad quæ extant tum de ipsa hæreditate, tum de fructibos eius, aut ea vnde factus est locupletior ratione solius aditæ hæreditatis, non autem ad fructus consumptos, aut hæreditatem funditus deperditam, & ex qua nihil ipsi accreuit, seu honestè illam consumpserit, seu turpiter, quia non tenetur neque ratione rei acceptæ, quæ vt supponitur non extat; neque ratione iniustæ acceptionis, quia ea fuit iusta ratione bonæ fidei. Quod autem in hanc, aut aliam rem licitam aut illicitam expenderit, nihil refert ad inducendam obligationem restitutionis, si tamen lautiùs, ratione huius hæreditatis vixerit quàm antea fecisset, non debet illud detrahere de hæreditate, sed de suis bonis, *l. sed & si lege. D. de petit. hæredit.* & *l. illud quoque, ibid. & l. 1. & 2. C. eod.* Quod autem ex hæreditate aut fructibus eius donauit aliis quorum gratiam sibi demeruit, non censetur ob id factus locupletior, nisi aliquid fuerit ea de causa redonatum, tunc enim erit veluti vnius pro alio permutatio. Quare illud totum restituendum erit legitimo hæredi, etiamsi donaretur post restitutam hæreditatem ipsam, si autem res donata maneat adhuc integra apud donatarium, potest illam legitimus hæres tanquam suam repetere: si bona fide empta fuisset ab hærede existimato. & bonæ fidei pretium succedet loco rei venditæ in hæreditate *l. quod si in diem, §. vlt. l. si & rem & pretium, l. sed etsi lege, D. de petit. hæred.* Si denique velit hæres vt qui vendidit eam redimat tenetur id facere pretio æquali, aut minori si possit, non tamen maiori eo quod accepit, aut quidquam de suo addere. Non tenetur verò emptor legitimo hæredi, donec repetat, restituere. Possessor bonæ fidei censetur vsque ad momentum contestatæ litis, & tunc hæreditatem extantem, & fructus deinde perceptos tenebitur post sententiam reddere, nisi absque culpa possidentis aliquid pereat, debebit etiam deducere expensas, quas in illis rebus conseruandis, aut colligendis fecerit, & laborem quem adhibuerit compensare: præscribet aduersus petentem, vt hæredem legitimum, spatio tantum 30. ann. *l. hereditatis. C. in quibus non obiicitur longi temporis præscriptio, iuncta l. hereditatis. C. de petit. hæred.* si autem alio titulo possideret, vt emptionis, donationis & eiusmodi alio, præscriberet spatio consueto.

4 Qui mala fide possedit aduersus legitimum hæredem eam hæreditatem totam & fructus perceptos, siue extent, siue non, siue ex illis ditior euaserit, siue non, debet restituere, deductis nihilominus expensis in iis conseruandis & colligendis. Si aliquid etiam sine culpa perierit post litem contestatam tenetur reddere, nisi simili modo periturum erat apud legitimum possessorem, & si quidpiam vendidit illud ab emptore recuperare, si velit hæres, etiam maiori pretio quàm vendiderit, poteritque hæres illud ab emptore vindicare, cui venditor tenebitur de emptione, si id non exter tenetur ad valorem & pretium eius. Hæc omnia, Molin. *d. 146.*

ARTICVLVS X.

De renuntiatione hæreditatis & eius amissione.

Potest validè renuntiari hæreditati. 1.
An valeat renuntiatio futuræ hæreditatis. 2.
Quid iure Gallico. 3. 4.
An renuntiatio hæreditatis in fraudem creditorum valeat iure Gallico. 5.
An valeat iure communi. 6.
Quibus ex causis amittatur hæreditas. 7. 8.

POsse aliquem renuntiare hæreditati quæ sibi vel institutione vel successione obtingit, nemo dubitat. Atque ita si testator velit aliquem instituere, illeque nolit institui, tunc etiamsi prætereatur ita renuntians, aut exhæredetur, validum est testamentum, quia valida fuit renuntiatio, nisi filius in pretium huius renuntiationis aliquid acciperet à patre, quia tunc præsumeretur violenta renuntiatio, haberetque querelam filius ille mortuo patre inofficiosi testamenti *l. si quando. §. & illud. C. de inoffic. testam.* 1

Hinc etiam fit vt aliquis possit renuntiare iuri sibi, vt fideicommissi, competenti: v. g. Caius instituit hæredem Sempronium ea conditione vt si filios non habeat, tota hæreditas perueniat ad Titium, potest Titius illi iuri renuntiare, quia ea renuntiatio non est hæreditatis viuentis, sed defuncti, cui succedere dicitur nō Sempronio, quod adeo verum existimant aliqui vt si in tali renuntiatione læsus sit Titius vltra dimidium, aut minor 25. ann. non possit agere remedio *l. 2. C. de rescind. vendit.* neque etiam restitui in integrum, vt colligitur *l. de fideicommisso. Cod. de transact.* casus autem propositus habetur apertè in *l. 1. Cod. de pactis*, vbi filius grauatus restituere fratris hæreditatem, si ipse careret liberis, pepigit cum eo vt tali fideicommisso renuntiaret. Denique substitutioni pupillari qua quis pupillariter filio impuberi substituitur validè renuntiari posse, cum sit iuris præsentis renuntiatio, colligi videtur ex dictis contra Bald. *in c. cum autem contingat, de iureiurando in 6.* Et sanè cùm talis substitutionis venditio, & alienatio valida sit *l. 2. D. hæred. vel act. vendit.* non video cur non etiam renuntiatio sit valida.

Solùm igitur difficultas est, quando renuntiatio est futuri iuris & successionis, an ea valida sit, & an possit qui ita renuntiauit deinde succedere, vel ab intestato, vel contra testamentum: qua de re latè Couarr. *3. p. relect. in c. quamuis pactum.* Certè iure Cæsareo, *l. pactum dotali 3. C. de collationibus.* pactum quo filia dote comprehensa nullum ad paterna bona regressum habet improbatur, cuius constitutionis varias causas inquirit Couarr. *relection. in c. quamuis pactum, initio. num. 1. & 2.* Confirmatur tamen ea iuramento, alioqoin inualida renuntiatio, vt perspicuè definitur à Bonifacio VIII. *capit. quamuis pactum cit.* Vasq. tamen *opusculo de testament. capit. 6. numer. 12.* ait inualidum esse tale pactum in ratione contractus, licet iuramentum illi appositum, sit inuiolabiliter seruandum, vnde sequitur primò, vt mortuo qui renuntiauit, filij & succes- 2

sores

fotes ſui ius acquirant pto patre ſuo, cuius iuramento ipſi non obligantur, & quamuis renunrians teneretur ratione ſui iuramenti non acceprare hæredirarem, aut legirimam quam in grariam patris repudiauit, non tamen eius hæ1edes.
5 Quod tameo in ſua quoque ſententia tener Couarr. §. 2. *n*. 4. ſi quando quis renuntiauit patetnæ hæreditati prius decedat, quàm pater, & antequam ſit diuiſa hæreditas, quia ineſt tacira cond.tio, vt delatæ hæreditati renuntiet, quæ ob præpropcram mortem noo eſt impleta. Valet autem hoc ioramentum ex Couarr. primò etſi filia ſit minor 25. ann. modò ſit in pubertate, & licet legem ignoret, quia ius iuramenti non peoder ex legis notiria, & ſiue ſit emancipara ſiue non, §. 1. *n*. 3. Secundò ſi non tradatur adhuc ouptui filia, ſi tamen tunc accipiat dorem, confirmatur pactum iurameoto, §. 2. *n*. 1. immò & *n*. 6. etſi nihil accipiat, quia nihil eſt vnde iniquum appareat iuramentum, ex cauſa tamen rationabili poterit obtineri diſpenſatio. Tertiò ſi filia ingrediatur Religionem, valida erit 1enuntiatio, neque ſuccedet monaſteriom, ſi iuramenro firmata ſit. Vaſq. c. 6. *n*. 23. Couarr. §. 2. *n*. 3. Quattò ſi dolus aut metus interuenerit, diſpenſabile erit iuramentum aut etiam nullum ſi dolus ille conſenſum impedioit, ſed de ea re latè Couarr. §. 4. ſed de iuramento confirmatorio fuſiùs diſputauimus *lib*. 3. *ſuperiori*, vbi noſtram ſententiam aperuimus. Quintò renuntians paternæ hæ1editati, non excluditur à bonis quæ pater aut mater d.m tranſeunt ad ſecunda vota tenentur ſeruare liberis ex priori matrimonio ſuſceptis, quia hæc bona petit non iure ſucceſſionis, ſed pœnæ ad ſecunda vota tranſeunti impoſitæ: ſi etiam bona paterna ad fratrem deueniſſent, cui filia ſuccedat, ea obtinebit, non vt paterna, ſed vt frareroa quibus non renuntiauit, etſi adita nuoquam fuerit hæteditas à frarre. Couarr. §. 3. *n*. 1. 2. non excluditur etiam à bonis feudalibos niſi aliud cooſtet ex mente paſciſcentium, quia illa non numerantur in bonis paternis, quibus renuntiauit, & quæ iure ſucceſſionis etiam ab inteſtato non poterit obtinere. Couarr. *ibid. n*. 5. *&* 6. Sextò non poteſt etiam ille ſuccedete contta teſtamentum, qui validè renuntiauit, vnde enim peter annullari teſtamentum? Septimò ex conſenſu, diſpoſitione & teſtamento parris poteſt ſuccedere, qui etiam iuramento renuntiarat. Couarr. *iur*. 3. *p. relect. n*. 7. quia tale iuramentum ſolui poteſt ab eo cui præſtitum eſt, & *c. cum inter, de renuntiatione*, capax dicitur beneficij de conſenſu Capituli electus, quamuis priùs beneficium abiuraſſet, ſi tamen renuntiauit aliquis in faoorem fratrum, aut cum illis contractum de renunriando iniuerit, intaueritque, non poterit ex ſolios parris conſenſu ſuccedete, quia pater noo poteſt laxare iuramentum in gratiam aliorum liberorum præſtitum. Verùm hæc ratio docet omnino nunquam tale iuramentom ſolui poſſe à patre, cum reuera redundet in aliorum detrimentum, vt optimè vidit Vaſq. *opuſc. de teſtam. c*. 6. *n*. 42. niſi aut nulli eſſent filij, aut etiamſi alij ſint liberi, conditionata tamen fuit renuntiario, vt loco renuntiantis integrum eſſet patri quem vellet ſcribere, tunc enim nullam reliquis faceret iniuriam, etſi eum ipſum qui renuntiarat inſtitueret. Octauò qui renuntiauit paternæ hæteditati in gratiam liberorum aliorum, aut exiſtentium, aut quos ſpes erat fore, ſiue tacitè ſeu expreſsè, deficientibus deindè omnibus liberis tempore mortis patris ſuccedere poteſt, tum ab inteſtato, tum contra teſtamentum, quod poſtremum negat Couarr. §. 3. *n*. 4. quia liberam reliquit parenti teſtandi facultatem. Aſſerit autem Vaſq. *c*. 6. *cit. n*. 49. quia non reliquit niſi in gratiam fratrum aut ſororum eam libertatem patri. Semper autem præſumendum eſt factam eſſe talem renunriationem in fratrum commodum, niſi aliundè de renuntiantis intentione certò conſtet, vt ſi ad paupertatem Euangelicam ſectandam ſolùm renuntiaſſet. Statuit porrò Trid. *ſeſſ*. 25. *de Regular*. c. 16. omnem renuntiationem etiam iuramento firmatam, & quamcumque aliam obligationem inualidam eſſe, niſi de licentia Epiſcopi, aut eius vicarij fiat intra duos menſes proximos ante profeſſionem, & non ſubſiſtere, niſi profeſſione ſeqouta. Hactenus quid ſentiendum ſit iure communi & Cæſareo.

Iure autem Gallico renuntiatio quæ fit tabulis nuptialibus recepta & approbata eſt, etſi non confirmetur iuramento. Ita Cuiac. *conſult*. 1. *ſub fin*. & *ad lib*. 26. *de verb. oblig*. Maynard. *tom*. 1. *lib*. 4. *c*. 19. *& ſeq*. Guid. Pap. *q*. 598. Robert. *lib*. 2. *rer. iudicat. c*. 4. Chopp. *lib*. 2. *de mor. Pariſ. tit*. 3. *n*. 12. atque ita iudicatum 7. Septemb. 1532. & 13. April. &. refert Louet. *lit. L. num*. 17. & in addit. plura alia ſimilia decreta laudantur. Spectauit enim Gallia familiarum ſplendorem, & dubium ac incertum rerum euentum. Ita vt filiæ etiam minores, aut enormiter læſæ non poſſint quocunquæ prætextu in integrum reſtitui, habilis enim ad nuptias, habilis eſt ad omnia pacta congrua & ſolita. Immò neq; poteſt ſupplementum legitimæ poſtulare. Nequeunt etiam filij eius quæ renuntiauit auo ſuccedere non tantum iure repræſentationis, ſed neque ex ſuo capite aut iure ſuo, vt iudicatum 5. April. 1569. refert Rob. *lib*. 2. *rerum iudicatarum, c*. 5. & Chenu, *q*. 26. Communiter tamen. DD. id reſtringunt ſi auus prior decedat, tunc enim nepotes nequeunt illi ſuccedere propter renuntiationem à matre factam, ſecùs ſi mater prior auo abeat; nam nepotes ex ſuo capite ſeu iure ſuo ſuccedent, neque illis nocebit renuntiatio materna. Boër. *in conſ. Biturie. tit. de teſtam*. §. 6. Guid. Pap. *q*. 228. *n*. 2. atque in decreto an. 1569. nuper laudato ita contigerat.

Fallit hæc doctrina primò vbi ſunt leges municipales contrariæ, vt quod Andeg. apud quos 4 ignobilis nuptui tradita à parentibus minor. 25. ann. etſi aliquo dato, renuntiarit hæreditati, ad eam tamen redire poteſt, collatis iis quæ prius acceperat. Vide Chop. *lib*. 3. *de legib. And. titul*. 1. *cap*. 1. *à numer*. 5. Secundò ſi pater non ſit functus pietatis officio, ita vt huius conſuetudinis prætextu exhæredata potiùs quam honeſtè dotata fuerit filia, nulla eſt ea renunriatio. Tertiò hæc renuntiatio eſt tantum circa futuras ſucceſſiones, non autem circa bona quæ iam ipſi obtigerunt, quia in hoc poſtremo caſu ius illi certum eſt, in altero eſt tantum incertum. Vide Annæ. Robert. *lib*. 2. *c*. 4. vbi ita iudicatum ait 15. Mai. 1592. & aliud ſimile decretum 22. Feb. 1611. in addit ad Louet. *lit. R. n*. 17. habetur. Quartò aliquando hæreditati paternæ & maternæ renuntiat filia in gratiam parentum fratrum, & maſculorum quos ſuſcipient cum hac clauſula; *ſauf nouuelle & loyale eſcheute, telle que de droict luy pourrie appartenir*. Si parentes eius atque fratres, eorumque liberi maſculi prædecedant, poteſt ſolũ ſibi vindicare ſucceſſionem omnem collateralẽ,

non autem eam omnem quæ ad patrem pertinebat, vt iudicatum 21. Mart. 1570. *in notis ad Louet. lit. C.* dicitur. Quintò si renũciatione facta tabulis nuptialibus dote promissa, pater vel mater non consummato matrimonio, vel solutâ dote decesserint, rebus velut integris, existimant aliqui valere renunciationem, quia res non dicitur integra post perfectum contractum, nec tunc per dotis numerationem, sed conuentionem filia excluditur. Alij verò si filia renuntiarit tantum in gratiam futuri matrimonij, eo nondum secuto rem dicunt redire ad non causam, & copulatiuè vtrumque requiri, vt & dotata & nupta sit. Nam si obiit parens ante celebratas nuptias, ipso tempore coniugij, delata iam erat & acquisita patris successio, tabulæ autem nuptiales ad tempus consummati matrimonij referri debent, vt decidit Annæ. Rob. *lib. 2. rerũ iudicatarum, c. 4.* atque ita iudicatum in splendida purpura 23. Decemb. 1569. Bened. *in c. Raynutius vers. duas habens filias. n. 155.* aliter distinguit, aut enim statutum simpliciter excludit filiam dotatam, & tunc per solam dotis constitutionem, & simplicem assignationem, filia excluditur à successione, aut statutum filiam excludit dotatam & maritatam, & tunc illa duo copulatiuè requiruntur, neque alterum solum sufficit: quare verba consuetudinum & legum municipalium diligenter attendenda sunt.

5 Quando renunciatur hæreditati paternæ in fraudem creditorum, qui delata ad alium successione, non habent in bonis eius cui obtigerat hæreditas, vnde soluantur, nulla est renuntiatio quoad legitimam quæ in patris & matris bonis debebatur, vt 28. Mart. 1689. in 4. Inquisitionum exedra pronuntiatum ait Annæ. Rob. *lib. 3. rerum iudicatarum, c. 12.* vide Maynard. *tom. 1. lib. 4. c. 34.* Nullam quoque renuntiationem qua filius paternæ hæreditati cedit, in commodum propriorum liberorum, & damnum creditorum dixerunt Pr. Paris. 8. Iul. 1598 in quinta inquisit. apud Louet. *lit. R n. 21.* quod idem in linea transuersali valere 27. Ian. 1596. iudicatum fuerat apud eumd. Louet. *ibid. num.* 20. soror enim quæ in gratiam liberorum fratris successioni cesserat, damnata est, agentibus creditoribus, eam adire hæreditatem, periculo tamen creditorum, qui exhibita cautione se indemnem eam fœminam præstituros receperunt. Vide Chopp. *de morib. Paris. lib. 2. tit. 5. n. 10.* Tiraquell. *de iure primogen. q. 24.*

6 Iure tamen communi potest repudiari hæreditas, etiamsi fraudandi inde sint creditores, *l. qui autem 6. D. quæ in fraudem creditorum. Et qui repudiauit hæreditatem, vel legitimam, vel honorariam, vel testamentariam, non est in ea causa vt huic edicto locum faciat. Noluit enim acquirere, non suum proprium diminuere.* Et *ibid.* addit cessare quoque hoc edictum in repudiante legatum. Idem habetur *l. non fraudantur* 177. *D. de regul. iuris*; quia talis debitor ea repudiatione nihil alienat, cum nihildum acquisierit, quia ius ad hæreditatem non est in bonis nostris antequam adeatur, *l. pretia rerum, D. ad l. falcid.* sed desinit tantum acquirere. Idem valet in legato, quamuis enim dum est in specie, statim transeat in nostrum dominium à morte testatoris, neque expectanda sit aditio hæreditatis, ac proinde eius repudiatio videatur diminutio proprij patrimonij, illud tamen dominium est imperfectum, & veluti conditionatum, nisi repudietur. Vnde cùm repudiatur, fingitur non quæsitum dominium *l. 1. D. si quid in fraud. creditor.* quamuis enim legatum retro nostrum sit nisi repudietur, attamen cùm repudiatur retro nostrum non fuisse palam est, quæ explicatio valeret etiam in iure Gallico, in quo cùm possessio transeat statim ad hæredem sine vlla apprehensione naturali; quia *le mort saisit le vif*; eius repudiatio videbitur alienatio proprij patrimonij, ad omnes autem hæredes etiam suos extendi has leges, & respectu omnium creditorum, etiam fisci, & siue institutus hæres, aut legatarius sit solum debitor personalis, siue sua bona hypothecata habeat, siue fuerit damnatio ad summam pecuniariam, siue non, docet Sanch. *lib. 6. de matr. d. 4. n. 8.* Est etiam difficultas grauis iure communi an sit licita ea repudiatio hæreditatis in fraudem creditorum, maximè quando filij aut alij propinqui, ex quibus aliquod commodum sperari potest ex illa repudiatione, successuri sunt, & quidem quoad vtrumque forum tutum esse successorem constat, cùm nihil ipse capiat à repudiante, vt ait Couarr. *in 4. decret. 2. p. cap. 7. §. 1. num.* 12. Ac proinde etiamsi iniustè ageret cedendo, iste nihil ad id conferet, solum primus hæres tollit obstaculum, quo à successione alter, qui verè successurus erat, impediebatur, vt aduertit Molinæ. *in cons. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 41. num. 15.* Itaque tota quæstio est de ipso repudiante, quem Sanch. *disp. 4. cit. num.* 9. damnat peccati mortalis contra iustitiam, & alij multi ab eo relati. Molin. *d.* 435. ait saltem esse. P. M. contra charitatem, neque negat omnino esse cõtra iustitiam. Ratio est quia qui tenetur ad finem, tenetur ad media adhibenda, quando sunt ipsi facilia, qui enim obligatur ad sacrum, obligatur adire templum si possit, & pati vt eò deferatur si commodè id fiat, & qui parentes in extrema necessitate alere debet, si sciat artem aliquam qua conquirat ipsis alimenta, eam tenetur exercere si facilè possit, qui excusatur à sacro quia caret pallio, aut ab officio quia caret breuiario, si illi mutuò detur pallium aut breuiarium, templum adire, & horas recitare tenebitur, qui fame pereuntem proximum videt, si repudiet bona sibi oblata, quibus illi succurrere posset, peccat mortaliter contra charitatem. Et quamuis impotentia soluendi debita liberet ab obligatione, non tamen simpliciter liberat, *sed* tantum secundum præsententem statum, *alioquin* vbi pinguiorem fortunam nactus esset, non obligaretur. Immò plerique DD. putant ex iustitia teneri debitorem artem aliquam exercere, vt sua debita soluat, nisi nobilis sit, & quem ars mechanica prorsus dedeceat, vt ait Sotus *lib. 4. de iustit. quæst. 7. articul. 4. ad* 2. Hinc sequitur eum debitorem teneri ex quo repudiauit hæreditatem, qua fiebat soluendo ad lucrum cessans, & damnum emergens, ad quæ prius non tenebatur ratione impotentiæ, *licet* enim repudiata semel hæreditate tota ea impotentia maneat, tamen quia culpa dedit ei impotentiæ causam, quamuis modo non peccet non restituendo, tenetur tamen ad omnia damna sicut iniustus possessor. Quamuis non peccet ratione impotentiæ non restituendo. Ad damnum nihilominus cessans, & damnum emergens tenetur. Causidici etiam qui consulunt repudiare hæreditatem in fraudem creditorum, ad restitutionem ipsis creditoribus tenentur, quia illis iniusto consilio causa damni fuerunt. Leges autem tantum dicunt

non

non esse eas renuntiationes, alienationes, quæ prohibebantur illo edicto, & tantum denegant creditori actiones contra eas repudiationes, non tamen pronuntiant esse iustas, & sine peccato. Neque DD. qui in contrarium allegantur aliud spectant quàm forum externum. Hinc tamen vides æquitatem iuris Gallici quod omnes istas repudiationes & cessiones ,vt proximo iniuriaa damnat.

Quia verò repudiatio ista non est vera alienatio, colligit *ead. disp.* Sanch. *n.* 11. posse Prælatum absque solemnitate requisita res Ecclesiæ relictas hæreditate aut legato repudiare, teneri tamen ex propriis bonis damnum illud resarcire. Potest etiam Religiosus aliquid sibi oblatum reiicere sine facultate, quia sic non alienat nisi id faciat in fauorem alicuius, qui aliàs non esset successurus, tunc enim illa cessio est vera alienatio, & supponit priorem acceptationem.

Amittitur hæreditas variis ex causis, 1. si hæres interficiat eum à quo instituitur, *l. vlt. de bonis damnatorum*, aut si saltem culpa hæredis is cui succedit, moriatur; his enim casibus ad fiscum pertinet successio, ita vt si plures sint cohæredes portio interfectoris non accrescat aliis, sed fisco obueniat; quæ colliguntur *ex l. indignus, D. de iis quibus vt indignis*, & *l. Lucius, D. de iure fisci*. Si tamen is cui succeditur accepto vulnere parcat hæredi, quem pergit nihilominus instituere, iam ad illum pertinebit, non ad fiscum successio, vt ait Molin. *disp.* 178. *n.* 1. *n.* autem 3. addit ex communi sententia, neque etiam per immediatam successionem aliquid ex bonis occisi ad occisorem deuenire posse, v.g. non posse eum qui vxorem occidit succedere deinde filio quem ex ea susceperat, filiæ tamen cuius matrem in adulterio deprehensam occidit pater, & maritus succedit, vt 7. Iul. 1615. iudicatum ait, qui commentariis Loüet. illustrauit *in not. ad lit. S. n.* 20. Præterea iure Gallico non adiudicatur fisco quod ab indigno hærede auffertur, sed sequenti in gradu differtur, vt sæpius definitum tradit Ann. Rob. *lib.* 3. *rerum iudicat. cap.* 7. Secundò amittit hæreditatem qui non curat plecti publica authoritate interfectorem eius cui succedit, *l. si sequens* 15. §. 1. *ad Syllan. SC.* alioquin incidit in crimen inultæ mortis, vt notat Cuiac. *in parasitlis C. de iis quibus vt indig.* Dagobert. apud Aimon. *lib.* 4. *de gestis Franc. c.* 28. Sadragesilli Aquitaniæ Ducis filios paterna hæreditate priuauit, quod mortem patris sui vlti non essent, idem ait Carol. Aurelianens. ad Carolum VI. scribens, vt mortem Ludouici parentis opera Ioann. Ducis Burgundiæ, sibi vlcisci fas sit. Neque obstat hæredes rusticos esse qui nesciant se iure ad hanc vltionem reposcendam teneri, nàm iuris naturalis, quale hoc est, ignorantia neminem excusat *l.* 2. *C. de in ius vocand. l. si adulterium* 38. §. *si stuprum, D. ad l. Iuliam de adulteriis*, Tiraquell. *tract. de remit. pœnit. gloss.* 4. *n.* 7. De hoc autem peculiari casu de quo agimus, consule Chopp. *lib.* 3. *de priu. rust. p.* 3. *c.* 1. *n.* 2. Ita deniq; iudicatū 24. Iul. 1573. refert Loü. *lit. H. n.* 5.

Tertiò frater qui sciuit alium fratri insidiari, neque aperuit aut fratri aut iudici, eius hæreditate priuatur, ex Curiæ placito, quod refertur 13. Mart. 1608. in notis ad Loüet. *lit. S. n.* 20. Soror quæ fratris interfectorem domum suam receperat, illius successione caruit decreto 12. Febr. 1590. apud Annæ. Rob. *lib.* 3. *rerum indic. c.* 7.

Quartò non tantum qui alium inter fecit, eius hæreditate excluditur, sed etiam filij interfectoris ne ad bona scelere quæsita veniant, quod iudicatum 7. Aug. 1504. docet Loüet. *lit. S. n.* 20. Sic etiã feudum amissum ratione grauioris delicti, in alium quàm dominum commissi, vt ratione parricidij, vel fratricidij, non redit ad liberos vassalli, sed ad agnatos, si feudum fuerit paternum. Cur verò innocentibus liberis delictum parentum noceat, quærit Cuiac. *ad l.* 2. *defend. tit.* 2. & nos dicemus *lib. seq. c.* 2. neque alia videatur ratio, quã quod in liberis metuantur exempla paterni sceleris, magis quam in agnatis, qui non ex eo, sed ex superiori parente prodierunt. Magni autem interest dominis probos vassallos habere, & stirpis bonæ. Quinto qui aliquem testari prohibuerit, vt dicam statim. Sextò si institutus hæres in aliquo testamento, illud falsi accusauerit, & ad vltimam vsque sententiam sit prosecutus, *l. legatum, D. de iis quibus vt indignis*, *l. alia causa, C. eod. tit.* Hæc tamen omnia eum in pœnam infligantur, non obligant ante sententiam.

ARTICVLVS XI.

De exhæredatione & præteritione.

Quid præteritio, quid exhæredatio. 1.
Effectus præteritionis. 2.
Effectus exhæredationis. 3.
Causa exhæredationis. 4.
Quid si filius exhæredatus redierit in gratiam. 5.
Quid si causa iusta exhæredationis probari nequeat. 6.
Quid si ab alio quàm à patre causa exhæredationis afferatur.

DIstinguenda videtur hoc loco præteritio ab exhæredatione; nam præteritio est tantum omissio institutionis alicuius hæredis, qui tamen instituendus erat. Exhæredatio est eiusdem à successione & hæreditate reiectio, habentque diuersos effectus. Nam filio præterito ius est dicendi nullum testamentum infra 30. an. ex exhæredato autem tantum infra 5. vt colligitur ex *l. scimus, §. Illud, C. de inoffic. testamento*, & *l. licet, C. de iure deliberandi*. Quod quinquennium non est numerandum à morte testatoris, sed ab adita hæreditate, & si sit minor filius exhæredatus, quinquẽnium non incipit nisi ab eius an. 25. filius etiam præteritus habet ius petendi hæreditatem contra quemlibet possessorem, in multis tamen conueniunt præteritio & exhæredatio, vt ex dicendis constabit, immò quoties nominatur filius præteritus, & apponitur causa, præteritionis, æquiualere exhæredationi, tradit Couarr. *in c. Raynut. n.* 2. vt si dicat prætereo, omitto, non instituo filium meum Ioannem, quia me verberauit, cum enim est perspicua mens testatoris, non est quærenda verborum interpretatio. Vnde *l. si quis filiũ, C. de præter.* dicitur filius exhæredatus, de quo scripsit pater, *filius meus alienus mea substantia fiat.* Addit verò Vasq. *c.* 6. *n.* 7. etsi non exprimatur causa, quando tamen præteritio verbis allatis significatur, illam æquiualere exhæredationi, causa non apposita, de vtraque iudicandum eodem modo.

Præteritio igitur facit nullum testamentum, non ipso iure, inquiunt, sed quia filius præteritus habet ius dicendi testamentum nullum, *l. inter cætera, D. de liberis & posthumis*, aliisque

 locis,

locis, quæ latè adducit Couarr. *c. Raynutius, n.* 1. nisi validè renuntiasset bonis paternis cum iuramento, illi enim non debetur legitima in eiusmodi bonis, non potest igitur queri se præteritum: si tamen filius sit emancipatus, nullaque sit adiecta causa præteritionis, poterit nullum dicere testamentum, sicuti & filius suus, si autem causa fuerit inserta, non dicit quidem nullum testamentum patris, sed agit contra illud ex bonorum possessione contra tabulas, vt asserit idem Couarr.

3 Quod ad exhæredationem autem validum erat antiquo iure testamentum, etiam causa exhæredationis non expressa, nisi filius probasset, se gratum fuisse, *l. suis, D. de liber. posth. l.* 1. *D. de inoffic. testam. l. haredi, eod. tit.* atque filiis exhæredatis competebat tantùm querela contra testamentum. Deinde iure Codicis debuit pater exhæredando filium meminisse ingratitudinis, quam etiam hæredes probare tenebantur, *l. omnimodo, C. de inoffic. testam.* Denique recentiori authenticorum iure, testamentum in quo non inseritur causa exhæredationis, nullum statuitur. *Authent. vt cum, de appellat. cognosc.* & *Authent. non licet. C. de lib. praterit.* Et quamuis filius exhæredatus aut præteritus nulla inserta causa decedat ante patrem, manet tamen nullum testamentum iure ciuili, *l. si filius qui in potestate, D. de liber. & posthum.* vbi etiam additur per hoc non rumpi aliud prius, quod confectum erat, iure tamen prætorio conualescit morte filij, modo qui erant futuri hæredes ab intestato, in illo instituti sint, conceditùrque illis bonorum possessio secundum tabulas, *l. postumus præteritus, cum gloss. D. de iniusto rupto,* &c. Si verò sit apposita & probata causa exhæredationis, validum esse testamentum, quod idem contingit quando causa præteritionis apposita, probata est, omnino tenendum esse multis contendit Molin. ex variis iuribus *disp.* 175. *n.* 18. vt verò non censeatur quis præteritus, eaque præteritione non fiat inualidum testamentum, non sufficit si tantum illi quolibet alio titulo relinquatur, quantum asset eius legitima, nisi illum hæredem instituat, *ex Authent. vt cum, de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum.* Exhæredatio verò valida requirit, vt nomine proprio, aut alia indubitata nota, quamuis conuitio, designetur qui exhæredatur, *l.* 3. *D. de liber. & posthumis.* Fieri præterea purè debet nulla adiecta conditione, *l.* 8. *§. purè, D. de liber. & posthum. l. si quis Sempronium, D. de hæredib. Instit.* Tertiò fieri debet exhæredatio in totum, & non solùm in partem, *l. cum quidam. D. de liber. & posthumis.* poterit tamen relinqui legatum filio exhæredato. si filius aut filia dum conficitur testamentum in sui præteritionem aut exhæredationem consentiat, non potest dicere nullum testamentum, etsi nulla causa fuerit apposita; ea enim tantum exigitur quando quis inuitus exhæredatur aut præteritur. Quod idem dicendum est, si consentiat expresse, vel tacitè in testamentum post mortem patris, v.g. accipiendo legatum, sibi, aut filio, aut mancipio suo relictum, neque protestatus sit se idcircò non cedere iuri suo, *l. penult. & vlt.* & *l. nihil interest. D. de inoffic. testam.* quamuis qui testamentum probauit, ipseque hæres, si deinde falsitas appareat, illius falsitatem redarguere possit, & *s'inscrire en faux, l. Lucius Titius* 50. *D. de hæredit. petit.* Si tamen consensus in confectione testamenti, aut post mortem patris præstitus sit à minore notabiliter læso, conceditur ipsi beneficium restitutionis in integrum, qui etiam institutus est in minori portione, quàm sit sua legitima, & si eam recipiat, habet ius adhuc poscendi supplementum, nisi expresse pactus sit se ea fore contentum. Posthumus aut præteritus aut exhæredatus, si dum nascitur viuus statim obeat, reddit nullum testamentum: secus si per aborsum alio casu mortuus expuatur, *l. post nato, C. de bonor. possess. contra tabulas.* Quacunque porrò ex causa reddatur nullum testamentum, etsi ea tantum sit quod hæres noluerit adire hæreditatem, præteritio & exhæredatio etiam apposita causa, nulla quoque fit, *l. si patronus, D. de bonis libertorum, §. ex testamento;* absurdum enim esse dicitur in hoc tantum valere testamentum, vt exhæredatio vigeat, cum aliàs non valeat.

Causæ exhæredationis traduntur *in Authent. vt cum, de appellat. cognoscend.* & fusè exponuntur, quibusdam aliis additis à Molin. *disp.* 76. & Couar. *in c. Raynutius.* Primò si parenti manus iniecerit, impiè scilicet, nam si in patriæ defensionem id liceret, ex Couarr. *c. Raynutius, n.* 9. Secundò si grauem iniuriam intulerit. Tertiò si criminis accusauerit apud iudicem, excipe crimen diuinæ & humanæ maiestatis. Quartò si cum maleficiis vt maleficus versatus fuerit. Quintò si veneno aut alia ratione parentum vitam petierit. Sextò si nouercæ aut concubinæ patris se immiscuerit. Septimò si deferendo parentes ad iudicium, ipsis graue damnum crearit. Octauò si pro parente incluso noluerit ratione debiti aut personæ fideiubere & ad id erat idoneus, quod ad masculos restringitur. Nonò si prohibuerit parentem condere testamentum. Decimò si inuitis parentibus inter arenarios & mimos professus sit. Vndecimò si in filiam quā parentes collocare voluerant, maluerit vitam luxuriosam degere, nisi illa iam ad 25. ann. peruenisset, antea enim debuerat collocari. Duodecimò si filius aut filia contrahant matrimonia inuitis parentibus exhæredari possunt edicto Principis, cuius legis sanctitatem multis tuetur Molin. *disp.* 176. *à n.* 21. *ad* 31. & nos alibi fusissimè. Decimotertiò si parenti furioso non exhibuerint debitum obsequium, & ille ad sanam mentem redierit, potest eos exhæredare. Si autem nunquam fiat sui compos, & extraneus illius curam suscipiat, vbi ea de causa compellauit liberos, qui neglexerint, illi obtinget hæreditas. Decimotertiò si captiuum parentem liberare non curarint, alias causas addit Molin. *disp. cit.* circa quas. 4

Quæritur primò an si pater recipiat in suam amicitiam filium, quem prius confecto testamento exhæredauerat, ipsam etiam exhæredationem reuocarit. Nam si prius rediit in gratiam quàm conderet testamentum, certum est non potuisse exhæredari. Respondet Molin. *disp.* 176. *n.* 55. validum adhuc esse testamentum, exhæredato tamen filio competere ius petendi possessionem aduersùs alium hæredem, qui si obiiciat exhæredationem, excipiet eius causam abolitam; si vero tantum gerit pœnitentiam, & se ad meliorem frugem receperit, poterit adhuc in pœnam criminis olim ad missi exhæredari. 5

Quæritur secundò an si filius dedit causam exhæredationi, quam parens suo testamento inseruit, non potest tamen sufficiēter probari, an tuta conscientia possit possidere hæreditatem. Respondet Molin. *disp.* 175. *n.* 21. posse, quia exhæredatio est tantum permissa iure ciuili, si legitima 6

eius

eius cauſa inſeratur,& probetur. *Authent.non licet.C.de liberis præteritis.*

Quæritur tertiò an quando pater non exhæredauit filium,fas ſit aliis cauſam legitimam exhæredationis obiicere. Reſp. non poſſe, quia in illo authentico requiritur vt cauſa exhæredationis ab ipſomet patre inſeratur teſtamento.

ARTICVLVS XII.

De obligatione hæredum.

Tenetur ad debita realia. 1.
Quid ſi ſint plures hæredes. 2.
An in conſcientia teneatur ſupra vires hæreditatis. 3.
An teneantur ad vota realia. 4.
Ad quid teneantur hæredes vſurarij. 5.
An ſinguli hæredes in ſolidum ad onera. 6.
Ad quid teneatur hæres ſi res aliena, vel hypothecata, legata ſit. 7.
Quid in dubio tenendum ſit. 8.

1 TEnentur primò hæredes ad omnia debita realia defuncti, & non perſonalia, quia in iura realia,non perſonalia ſuccedunt,ita omnes. Secundò ad legata ſoluenda niſi per ipſummet teſtatorem ſoluta fuiſſent. Ita omnes *in l. Lucius, D.de legat.2.*

2 Tertiò quãdo ſunt plures hæredes ſimul inſtituti.alij paterni,lij materni,debẽt pro modo emolumenti ſoluere debita,non pro portionibus hæreditariis, aut ex ſemiſſe. Quidquid enim ſit de mente iuris Cæſarei *l.1.C.ſi certum petatur,& l.ex facto,§.vnde ſcio, D.de hæredib.inſtituend.* Vbi dicitur in duobus hæredibus inſtitutis,vno ex dodrãte,altero ex ſemiſſe,diuidendũ eſſe æs alienũ pro portionibus hæreditariis, id eſt, ex ſemiſſe, quia licet ex inæqualibus partibus commodũ ſentiãt, ex æquis tamen ſunt hæredes. Vnde ait Vlpian. ſi alicui inſtituto hæredi ex dodrante, nihil remaneat ære alieno deducto, inutilem fuiſſe inſtitutionem:iure tamen Gallico, vbi valet regula,paterna paternis,materna maternis,non debent niſi pro emolumenti modo, & non æqualiter onera diuidi inter hæredes maternos,& paternos,quia tunc non eſt vnum patrimonium,neque vna hæreditas & ſucceſſio, ſed duæ diſtinctæ, & origine ac ſanguine;atque ita docuit Tiraquell.*lib.de iure primogen.q.35.n.19.* Argent.*tract.de donat.n.198.* & iudicatum omnium exedrarum rogatis ſententiis 23.Aug.1586.ait Loüet. *lit.P.n.13.* Sed ea de re conſule Bacq. *traicté des droitz de deſerance. c.3.n.5. & tract. des droitz de iuſtice. c.21.num.24. n.-6.140.* Robert. *rerum iudicatarum lib.4.cap.13.* Chopp.*lib.2.de morib.Pariſ.tit.4 n.18.23.lib.3. de priuil.ruſtic.p.3.c.10.n.3.5.* Quando autem hypothecata eſt creditori res quæpiam, quæ indiuiſè ab hæredibus ante partitionem bonorum poſſidetur, ſequuta deinde partitione non poteſt creditor in rem ſibi hypothecatam niſi in ſortem ſui debitoris obtigerit,agere,transfertur enim hypotheca in alias hæreditatis partes, quæ debitori obuenerunt, modo ceſſet fraus & partitio non minuat debitum, atque ita ſeruari in Curia Pariſienſi tradit Louët. *lit.H.n.10.*& iudicatum 1581. & 2.Aug.1595.quod etiam obſeruat Robert.*lib.1. rerum iudicat. c.vlt.* vide Chopp. *lib. 3. de priuil. ruſt.p.3.c.3.n.5.* Licebit tamen ad diſſoluenda debita vnius cohæredis, diuendere partem quæ illi in aliquo fundo aduenier,neque neceſſe eſt expectare partitionem, vt iudicarunt PP.26.Mai.1551. ſicuti habetur in not.ad Loüet.*loc.c.* Reliqua de bonis hypothecatis quæ hæredi obueniunt dicta ſunt in opere de vſuris,vbi de hypothecis.

Quartò hærea qui bonorum indicem ſeu inuentarium non confecit antequam adiret hæreditatem, obligatur in foro externo ad omnia onera etiam vltra vires hæreditatis, non tamen in foro poli, quia leges externæ quando nituntur ſola præſumptione, ſi illa non ſubſiſtat, non obligant in conſcientia. Ita Sanch.*lib.4.in Decal. c.15. n.37.* vbi optimè addit nequidem obligari poſt iudicis ſententiam, quia ea ſicuti & lex nititur fraudulentæ bonorum occultationi, quæ hîc nulla reuerà fuit. Eadem habet Bonac. *diſp.3.de reſtit.q.vlt.p.vlt.num.3.* Salas *tract. de vſu.dub.43.* Clauis Regia *lib.3.c.7.* contra Couarr.*c.1.de teſtam. n.17.* & Molin. *diſp.217.* qui *n.12.* contrarium tenet quoad creditores; quoad legata verò ad hæret communi opinioni ſaltem ante latam à iudice ſententiam. Quæ diſtinctio creditorum & legatariorum hac in parte probatur à Couarr.*c.1.de teſtam.n.16.* Malè autem affertur à quibuſdam Emman. Sà *verb.hæreditas n.34.* ille enim addit expreſsè teneri ad omnia onera hæredem in furo exteriori. Diſtinctio autem Molin. addita eſt in poſterioribus editionibus. Rationem diſtinctionis affert Molin. quia antiquo iure tum DD. tum C. tenebatur hæres ad omnia debita defuncti, ad quæ ſe quaſi ex contractu obligabat creditoribus, à quibus vltra vires etiam hæreditatis cogi poterat & vſque ad incarcerationem,vt ex multis iuribus probat Molin.*diſp.216. n.2.* non tenebitur autem eadem ratione legatariis,vt ex iiſdem iuribus patet;quia ſicut teſtator non poterat vltra vires patrimonij legare,aut donare cauſa mortis,ita neque ſuum hæredem obligare. Deinde creditores certant de damno proprio,ſi debita non ſoluantur,legatarij verò ſolum de lucro,*l.vlt.C.de iure deliberandi.* ab hoc onere tantum exemit conficientes inuentarium, cæteros antiquo iuri permiſit, vt ex verbis allatæ legis colligitur, ac proinde tenetur ſicuti prius,vbi autem acceſſit iudicis ſententia, tenebitur etiam legatariis in pœnam non confecti inuentarij. Verùm non oſtendit Molin. ius antiquum obligaſſe etiam in conſcientia hæredes, vltra vires hæreditatis ad debita defuncti ſemel adita hæreditate, quare perſtandum eſt in ſententia communi. 3

Quintò tenetur hæres ad vota realia defuncti, 4
l.2.D.de pollicitationib. ſiue ea mandauerit exequi teſtator,ſiue non, immò licet ea noluerit impleri,quia ea obligatio cadebat in perſonam defuncti quatenus erat quorumdam bonorum dominus, quare obligatio ea tranſit ad hæredes cum tali dominio, ſicut obligatio ad ſoluenda alia debita. Secùs eſt de perſonalibus, quia obligatio tunc eſt merè perſonalis etiam ex parte rei promiſſæ, & actio quoque perſonalis eſt, neque poteſt ad eorum impletionem hæredem neceſſarium obſtringere, ſecùs eſt de extraneo, quem ſub hac conditione in ſua bona vocare placuerit. Cogi verò poterit hæres tum priuatione hæreditatis,tum cenſuris,ipſaque excommunicatione ad realia præſtanda, eo modo quo illa defunctus præſtare tenebatur, per ſe vel per alium, ſi vota ſint mixta partim perſonalia, partim realia, vt qui vouerit peregrinationem &

eleemosyoam, tenetur hærea ad solam partem
re alem,eleemosynam,v.g. & si tantum persona-
lis fuit expressa,ad nihil obligatur, v.g.ooo tene-
tur ad expensas peregrinationis, quam vouerat
defunctus. Religiosi tamen professi hæres, siue
monasterium, siue quis alius fuerit, non tenetur
ad eius vota etiam realia, quia verius est profes-
sione Religiosa omnia extingui. Eius autem qui
iu Societate IESV vota simplicia, seu priuata,seu
publica emisit,hæres,si Superior irritauit ea vota,
aut Religiosus commutauit vt poterat in vota
Societatis,hæres postea institutus ad ea nō tene-
tur, si vero successerat hæres in bona Religiosi
huius ante similem irritationem, aut commuta-
tionem,illis omnibus tenetur,vtpote cum hære-
ditate translatis, neque enim per subsequentia
vota Societatis extincta sunt,sed suspensa,vt ha-
bet *can.21. Cong.generalis 1.* neque ea iam Supe-
rior irritare potest. Hæc verò omnia non valent
in donatario etiam omnium booorum, quia iste
non repræsentat personam donaotis, sicut hæres
testatoris in cuius onera ex tacito quodam pacto
succedit aditione hæreditatis. Adde hæc onera
esse tantum Religionis nec iustitiæ, quæ sola ad
donatarium vnà cum bonis transire posse viden-
tur; quamquàm etiam illis non vinciri donata-
rium, videtur, licet ea donatione impotentem se
ad satisfaciendum donator reddiderit,nisi dona-
tarius rem hypothecatam receperit, quia dona-
tio pura & simplex à vero domino facta, valet
etiam in eo casu, donec reuocetur per iudicem.
Non obligant porrò, vt iam innui, vltra vires
hæreditatis, neque desumi debent ex toto cu-
mulo,& hæreditatis corpore, ita vt filiorum le-
gitima iure regni debita minuatur, sed tantum
ex ea parte de qua liberè potuit secundum leges
disponere testator, qui non potest ad pia opera
disponere, in præiudicium legitimæ liberorum,
vt multis docet Sanch. *lib. 6. de matr. d. 36. n.6.*
Omnibus tamen legatis piis, si funeris expensas
excipias, præferenda erunt hæc vota, sunt enim
hæc debita,alia vero merè voluntaria,illis tamen
debita ex iustitia præponenda, quia debita ex
toto cumulo hæreditatis extrahuntur, & mi-
nuunt legitimam, & vota sunt tantum implenda
ex bonis defuncti, cuiusmodi censentur illa so-
lùm quæ supersunt deducto ære alieno. Si verò
portio,cuius superfuit testatori libera dispositio,
non sufficiat implendis omnibus eius votis,exi-
stimat Sanch. *lib.4.in Decal. c.15.n.41.* teneri ad
illud quod constat esse de re meliori, quod si
vtrumque sit æquè bonum, aut saltem non ap-
pareat quodnam melius sit, prius emissum, esse
primò implendum,quia defunctus ipse cum hoc
ordine sua vota implere tenebatur; ergo, & hæ-
res qui defunctum repræsentat, & non alio mo-
do quam ille tenetur, si autem dubium sit quod-
nam fuerit prius emissum; vouentis quidem erit
eligere quod libuerit implere,etsi specie & quan-
titate differant. Deus enim qui vouentis credi-
tor est, æquè contentus est executione vnius vo-
ti,atque alterius, quando æquè bona sunt,neque
vlla ratio suadet, cur potius vnum quàm alterum
præstetur, cum vtrumque non possit. Hæredem
tamen putat Sanch. teneri pro rata diuidere, &
vtrumque illud votum secundum æquales partes
implere, quia illi quibus res vota debetur sunt
creditores quasi ex contractu inito cum hærede,
qui habent æquale ius; neque vlla est ratio cur
alter ex his lædatur in suo iure,quod maximè ve-
rum est, vbi eæ promissiones iam fuerant inti-
matæ,& acceptatæ ab iis quibus factæ erant. Tota
hæc doctrina de votis, est Sanch. *lib.4.in Decal.
c.15.n.25.ad 42.*

Sextò hæres vsurarij tenetur ad restitutionem, 5
si testator non restituit;si autem sint plures hære-
des,non tenentur singuli,nisi pro rata restituere,
non autem in solidum, si alij nolint. Ita Couart.
lib.3.variar.c.3. Rebell.*2.p.lib.8. q.16. sect.2. n.5.*
vbi optimè obseruat eum cui nihil de bonis de-
functi obtigerit, non teneri ad vllam restitutio-
nem. Less.*lib.2.c.20. n.175.* Caiet. *tom.2. opusc.8.
q.5.* Molin.*disp.332.* Sà *verb. vsura,n.14.* & alij, ex
quibus addunt aliqui, hæredibus non restituen-
tibus, non teneri ad id legatarios, aut donata-
rios causa mortis, si bona hæredibus relicta ad
eam restitutionem sufficiant, & ad portionem
ipsis iure hæreditatis debitam,quæ est quarta fal-
cidia,ad eam enim obtinendam possunt diminui
legata;sed de his plura diximus *opere de vsuris,
lib. 1.*

Septimò quod dixi non teneri singulos hæ- 6
redes in solidum ad restitutionem,valet etiam in
debitis legatis,& aliis oneribus hæreditatis,ad ea
enim tenetur tantum quisque pro rata,*l.pro here-
ditariis,C.de actionibus hereditariis.* & *l.legatorum,
D.de legatis 2.* nisi res debita,aut legata,aut resti-
tuenda ab vno possideatur, eam enim ille totam
tradere tenebitur,habebit tamen actionem in co-
hæredes pro ratione suæ partis hæreditariæ, vt
ait Sotus,*lib.6.de iustitia,q.1.art.4.ad 3.* Si tamen
obligatio esset omni pacto indiuidua, vt quia
est singulare aliquod factum, aut aliquid aliud,
tenetur quilibet in solidum, etiam aliis recusan-
tibus. Verùm de contractibus & obligationibus
indiuiduis,diximus nuper,*lib.3.*

Octauò si testator legauit rem alienam,aut hy-
pothecatam,cum plena eius scientia, tenetur hæ-
res eam emere, & liberare onere hypothecæ, at-
que legatario tradere. Quod si nolit dominus
eam vendere, aut maiori pretio quam par sit,
eius æstimationem debet legatario,quia non præ-
sumitur factum inutile legatum. Molin. *disp.201.
n.1.* si testator ignorauerit rem alienam esse, le-
gatum nullum erit, nisi fuerit persona testatori
coniuncta, vt vxor, aut propinquus; tunc enim
præsumitur testatorem tantundem legaturum
fuisse de suis bonis, si rem alienam esse sciuisset,
spectabit autem ad legatarium ostendere testa-
torem fuisse conscium rei alienæ, quam legauit.
Ita colligunt ex *l.cùm rem, C.de legatis,* & *§. non
solùm. Inst. eod.tit.* & aliis iuribus. Couart. *in c.si-
lius noster, de testam.n.1.& 4.* Molin. *disp.196.n.4.*
Quare examinandæ sunt variæ circunstantiæ vt
coniiciatur an si testator sciuisset rem esse alie-
nam, eandem summam de suis bonis legasset,
& deindè vtrum sciuerit, an ignorauerit rem esse
alienam. Si autem omnibus expensis dubia res
maneat, præsumitur ignorantia, nullumque est
legatum. Si legauit libertatem mancipio quod
suum credebat testator, valet legatum fauore li-
bertatis,& tenetur hæres illud mancipium emere
& manumittere,*l.Paulus,D.de fideicommissariis li-
bertatibus.* Si tamen constaret testatorem non
fuisse legaturum libertatem, si sciuisset esse alie-
num mancipium,putat Molin. *disp.196. n.6.* non
teneri in conscientia illud redimere. Si præterea
testator rem hæredis legarit,fit legatarij, *l. vnum
ex familia,§.si rem, D.de legat.2.l. si quis inquili-
nos,§.1.D.de legat.1.§.non solum. Inst. de legatis.*

Quòd

Quod rectè monet Couarr. *cap. filius noster, de testam. num.* 3. iotelligendum, si hætes sit institutus plusquam in legitima sibi debita, nam legitimæ nullum grauamen apponi potest; si vnius hæredum rem legauerit, ille non tenetur nisi ad partem illius pro sua rata, & alij cohæredes tenentur ad reliquarum partium æstimationē, *l. si ubi homo*, 86. § *si fundus* 3. *D. de legat.* 1. incumbit tamen legatario probare testatorem sciuisse rem fuisse alienam, vt illi cohæredes reliquas partes dare teneantur, alioquin solus hæres cuius erat res, tenebitur eius partem dare, & non integram rem, vt Molin. monet *disp.* 196. *n.* 2. hæc autem dispositio ioris ciuilis de solutione rei alienæ legatæ, valet etiam in conscientia, neque reprobatur à Greg. IX. *c. filius noster, de testam.* nam vult tantum Episcopum qoi rem alienæ Ecclesiæ suæ legatam retinebat, id oon posse quando hætes ob exiguam hæreditatem sibi relictam, non poterat rem illam alienam legatam soluere vero domino, quod tantom lex ciuilis vult, vt hactenos vidimus. Quod diximus autem de re aliena legata, valet in re quam possidere non potest legatarius, si enim nulla ratione possit, nullum est legatum, si possit possidere obtenta facultate, debet illam curare hæres; si testator illud impedimentum sciuit, & nihilominus legauit, debetur æstimatio; si ignorauit, nihil debetur, nisi ex variis coniecturis præsumatur illud æquale legatum relicturum fuisse.

8 Nonò si hæres dubitet, an testator mille, an quingenta tantùm legatit, aut vouerit, non tenetur nisi ad quiogenta, ex Sanch. *lib. 4. in Decal. c. 15. n.* 46. quoad vota, quoad legata etiam licèt pia sint ea sunt strictiùs interpretanda, vt probat *eodem loco, c.* 13. *n.* 8. quia præsumitur testatorem quam minimum grauare velle heredem, *l. nummus, D. de legatis* 3. *l. apud Iulianum.* §. *scio. l. si ita scriptum, D. de legat.* 1. *l. vnum ex familia. D. de legat.* 2. atque ita tradunt Molin. *disp.* 198. & Bonac. *disp.* 3. *de restit. q. vlt. p. vlt. n.* 7. contra Couar. *c. indicante, de test. n.* 5. Neque obstat *l. Titia*, § *Seia, D. de auro & argento*: quæ ait argenteam statuam soluendam esse, non æream, qua de re dubitabatur, cum enim eo in templo nullæ extatent imagines æreæ, coniectura fuit testatorem non legasse æream. Quando autem debitum certum est, solutio autem dubia, tenetur ad solutiooem, quia in dubiis melior est conditio possidentis. Et hoc casu possessio stat pro debito.

Decimò tenetur hætes ad funebres expensas & iis quæ debentur ratione sepulturæ Episcopo & Ecclesiæ, de quibus vide Molin. *disp.* 214. & 215. & nos *superiori libro.* In his etiam numero vestes lugubres viduæ & quæ ad eius famolitium ea de causa pertinent, vti iudicatum mens. Maio an. 1600. tradit Looet. *lit. V. n.* 11. vide Bacq. *tract. des droits de iustice, c.* 21. *n.* 38.

ARTICVLVS XIII.

De hærede ex inuentario.

Quodnam sit beneficium conficiendi inuentarij. 1.
De eo qui abutitur inuentario. 2.
Ad quid teneatur qui non fecit inuentarium. 3.

1 IMperator Iustinianus *l. scimus* 22. *C. de iure deliberandi*, ei qui suspectam habet hæreditatem ad quam vel ex testamento, vel ab intestato, vel ex asse, vel ex parte vocatur, concedit beneficium conficiendi inuentarij bonorum quæ fuerunt testatori tempore obitus, cuius inuentarij plurima commoda latè refert Molin. *tract.* 2. *disp.* 216. præcipuum est ne oneribus vltra vires hæreditatis grauetur. Quæritur an qui se hæredem simpliciter gerit excludat illum qoi tantùm ex iodice & inuentario hæreditatem adit. Certè iure Gallico in directa linea consanguineus gradu remotior excludit propinquiorem qui ex inuentario tantùm hæredem se gerit, teste Chassan. *in cons. Burgund. tit. des successions, rubric.* 7. § 13. *n.* 7. Boër. *consil.* 53. *n.* 15. & *in cons. Bituric. tit. de testam.* §. 6. *in 2. addition.* Rebuff. *Comment. in ordinat gloss.* 5. *n.* 80. & *in tract. de litt. obligatoriis, gl.* 2. *n.* 35. propter stylum Cancellariæ. In litteris enim in quibus conceditur hoc beneficio inuentarij vti, apponitur hæc clausula; *Pourueu qu'il ne se presente autre parent qui se vueille porter heritier.* Atq; ita iudicatum 3. Iul. 1571. & 2. Feb. eodem ann. 12. Septemb. 1587. refert Louet. *lit. H. n.* 1. In linea quoque collaterali hæres absoluiè & simpliciter, eum qui ex inuentario tantum excludit, vt habet Masuet. *tit.* 32. *de success. n.* 17. Tiraq. *tract. le mort saisit le vif*, 2. *p. declarat.* 12. *n.* 6. Hoc enim in laudem defuncti & commodum creditorum cedit.

Quando diuersi hæredes veluti specie & qualitate concurrunt simul, quorum alij sunt in linea directa, alij in collaterali, vt pater & mater, quoad mobilia filiorum absq; liberis decendentium, & fratres, aut alij consanguinei quoad propria, nunquam hæres ex inuentario excluditur ab alio simplici hærede, vt si in casu posito, pater velit vti eo beneficio, vt iudicatum 7. Septemb. 1569. notat Chopp. *lib.* 3. *de doman. tit.* 14. *n. vlt. in margine.*

Qui verò hoc beneficio inuentarij abutitur, 2
atque aliquid ex hæreditate auertit, aut occultat ad fraudandum creditorem, tenetur ad omnia onera & debita hæreditatis, etiam ex propriis, etsi sit minor 25. an. neque meretur restitutionem in integrum, Cuiac. *consult.* 31. *sub fin. nouel.* enim 1. *Iustinian.* abrogauit *l. fin.* §. *licentia. C. de iure deliberandi*, quæ iubebat duplum eius quod fuerat auersum, restitui. Abrogauit etiam antiquum ius quo nullus tenebatur vllo casu soluere debita ex sua substantia vltra vires hæreditarias, licet aliqoo casu de suo quadrante, id est, de parte quarta quam ex l. falcidia retinere debet, præstare tenetetur, *l. in ratiorem* 11. § *quod vulgò, in fine, D. ad l. falcidiam*, & *l.* 1. § *denique. D. ad Trebellian. l. successores.* 16. *C. ad l. falcidiam.* Quæ omnia vt dixi Nouell. 1. *c.* 2. *de leg. falc.* abrogauit.

Qui non confecit inuentarium, habetur pro 3
simplici & puro hærede, itaque seruari in Gallia tradit Argent. *in cons. Brit. Tit. des successions, art.* 514. *gloss.* 4. *n.* 2. contra plures alios qui solam dupli pœnam volunt, quibus accessit Bacq. *tract. des droits de iustice. c.* 21. *n.* 65. Huic tamen pœnæ non videtur esse obnoxius qui rogatus est de restituenda hæreditate, quamuis enim eum hæredem, fideicommissarium appellet, *l. quamuis* 51. §. 1. *D. de iudic.* & *l. postulante* 45. *D. ad Trebellian.* & fiduciarium *l. Seius* 44. *ad Trebell.* & hæredem effectu, *l.* 5. *D. quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur*, non obligatur nisi ad restituenda ea quæ defunctus habuit in bonis, non ad eius onera, in pœnam tamen partis hæreditaria auersæ, aut occultatæ, priuatur quarta illi debita ex

falcidia

falcidia *l.beneficio 59 D. ad l.falcidiam.* An verò hæres fideicommissarius omissum ab hærede inuentarium conficere teneatur, consule Hotman. *lib.5.obseruat.c.31. & cons.73.* maior autem est difficultas, an talis hæres commissarius defectu inuentarij amittat quartam Trebellianicam sibi debitam, cum inter has duas quartas falcidiam & Trebellianicam, nulla sit differentia ex nouo iure,& Trebellianica contineatur in Falcidia,vt ostendit Cuiac.*lib.8.obseruat.c.4.*& *consult. 35.in fin.* Cùm in quartæ deductione per omnia sint exæquata legata fideicommissis, quia tamen multum differunt legata & fideicommissa, ex quibus Trebellianica deducitur. Quoad inuentarij confectionem, defectus illius non habebit eandem pœnam in hærede fideicommissario,atque in alio,neque Trebellianicam amittet. Vide Maynard. *lib.3.c.62.* & alios relatos, in notis ad Loüet.*lit.H.n.14.sub fin.*quod attinet ad formam & solemnitates conficiendi inuentarij, res est solius fori externi, de qua plura dabit Molin. *tract.2.disp.218.*

CAPVT X.

De legitima, & partitione bonorum.

ART. I. *Quid & quanta sit legitima.*
II. *Quomodo facienda sit partitio bonorum defuncti*

ARTICVLVS I.

Quid & quanta sit legitima.

Quid sit legitima. 1.
Eius quantitas. 2.
Quibus debeatur. 3.
An collateralibus. 4.
In quibus rebus debeatur. 5.
An grauari possit. 6.

1 LEGITIMA est portio hæreditatis quibusdã personis debita tum iure naturæ,tũ ex lege,iure quidem naturæ debetur liberis in locum alimentorum, parentibus autem, & consanguineis ex lege,vt statim dicam.

Eius quantitas ex iure naturæ certa non est sed à lege statuta, eaque diuersa variis temporibus fuit,nam iure antiquo debuit pater relinquere liberis quartam partem, de reliquis autem liberè disponere poterat; *l. Papinianus 8.§.quarta pars, D.de inofficioso testamento, l.cùm quæritur 6. C.eod.titulo.* Deinde iure Authenticorum si quatuor erant filij, illis relinquendus erat triens, si plures quatuor habebant semissem, vt habetur *Authent.de triente & semisse,§.1.& 2.* & *Authent. nouissima,C. de inoff.testam.*

In Gallia pro diuersis legibus municipalibus,
2 varia est hæc portio:Certum vero est legitimam æqualiter diuidi inter liberos, neque ius vllum hac in parte præcipuum esse primogenito. *Authent.nouissima, C.de inoff.testam.* Neque parentes ea in re possunt vnum alteri præferre,vnde fit vt ius primogenituræ quoad dotem nullum sit,cum non detur titulo successorio, debeturque iure contractus tanquam liberis non hæredibus, & tanquam legitimis, atque expressè cauent hanc æqualitatem plurimæ consuetudines Gallicæ relatæ *in notis ad Loüet.lit.D.n.44.* Quare nullum etiam est ius accrescendi ratione dotis, si enim è quatuor liberis vnus portioni ex dote sibi contingenti renuntiet,ne cogatur conferre quæ iam à patre accepit, portio illa non accrescit reliquis tribus,sed redit ad patrem, qui dotem constituerat,quia dos locum habet legitimæ & alimentorum,in alimentis autem non est locus iuri accrescendi,finiuntur aut morte alimentarij,aut renuntiatione,quæ morte æquipollet:estque ea constans iuris regula, portionem repudiãtis accrescere portioni,non personæ,*l.si totam 81.D.de acquir.hered.* & *l.cum ex filio 139.D.de vulgar.substitut.* Id est secũdùm intellectum iuris communis,accrescit ipsi hæreditati & massæ successionis,illa igitur portio dotis,cui aliquis renuntiauit,non decrescit successioni paternæ,& per retroactionem quandam fuit semper ea portio patris iure non decrescendi. Debentur porrò fructus legitimæ à die obitus parentis,non autem à die solum,quo petuntur,vt iudicatum 2. Ian.1540.ait Loüet.*lit.F.n.7.*

Ascendentibus, patri nimirum & matri, iure 3
communi legitima debetur, & si præteriti sint, habent inofficiosi querelam, vt multis habent Ann. Robert. *lib.1. rerum iudicat. cap.* 1. Cuiac. *lib.8. obseruat.cap.23. l.1. l. pater 14. D. de inoffic. testam. l. cum filium 17. l. liberi 28. l. omnimodo 30. Codic. de inoffic. testam. Nouell. 1. Iustinian. de hered. & falcid. n. 89. quibus mod. nat. offic. legitim. Nouel. 123. de sanct. Epis.* Denique Papinian. ait, *lib. respons. titul. 44. de testament. in fine. Filius vel filia sine liberis morientes matrem sine falcidia præterire non possunt.* In Gallia quæ consuetudine regitur, nullam deberi legitimam ascendentibus etiam in immobilibus, sæpius iudicatum latè refertur in notis ad Loüet.*lit.L.n.*1. secùs verò in Gallia quæ iure communi,& scripto regitur.

Quoad collaterales, soli fratres consanguinei 4
& non vterini tantum habent querelam inofficiosi testamenti instituta turpi persona, *l. fratris 21. & l.fratres, 27. C. de inoffic. testam.* iis enim omnibus, qui habent querelam inofficiosi, videtur deberi *legitima ex Nouell.18.Iustinian.*

Debetur verò in corporibus hæreditatis, non 5
in æstimatione,*l.scimus,C.de inoffic.test.*iure tamẽ Gallico quando vnicum feudum est tota hæreditas, illud secari non debet, sed primogenito obtingit, & aliis summa pecuniaria datur vt nuper monuimus. Quia vero titulo institutionis,& hæreditatis relinquenda est, *ex Nou.115.§.3.* cadit in arbitrium familiæ herciscundæ, quare solius eius arbitri iudicio,ac prudentiæ committendum est assignare partem hæreditatis in cuiusque legitimam: ex cumulo verò bonorum ex quibus est desumenda legitima, deducenda sunt æs alienum, funeris expensæ, & libertates seu pretium seruorum manumissorum, vti de falcidia habetur, *l.Papinian.8.§.quarta autem, D.de inoffic.testam.l.in imponenda 6.C. ad l.falcidiam.l.penult.D. de religios. & sumpt.funer.*

Nullum legitimæ grauamen apponi potest, 6
neque conditio, dilatio,aut modus. Quamuis enim hæ appendices non concedant filio querelam inofficiosi testamenti,tamen ita se habent ac si nulla ratione forent appositæ, *l, quoniam in prioribus*

prioribus 32. *C. de inoffic.testam.* Et quamuis quis institutatur in maiori quantitate quàm illi debeatur,seu quà hæres,seu quà filius est,& ea de causa grauamen aliquod addatur,est inualida ea aditio quoad legitimam, valetque solum quoad incrementum, quod vltra legitimam suscipit, *l. scimus, §. cum autem, C. de inoffic.testam.* Addunt DD. apud Molinam *disp.*177. grauamen appositum in fauorem ipsius legitimæ ac filij,vt ne vsque ad 25.ann.distrahatur, inualidum esse,nisi filius liberè in eiusmodi conditionem consentiat. Non censetur porrò grauamen, quando parens vulgariter aut pupillariter alium hæredem substituit, vt instituo meum filium hæredem, qui si non fuerit hæres meus,volo illi substituatur Petrus, aut si filius quem hæredem instituo, ante annos pubertatis decedat, volo illi succedat Petrus,quia in his casibus testator vtitur iure suo,& prouidet sibi de hærede futuro in his euentibus, neque impedit quominus nominati hæredes transmittant ius suum totum ad successores, si quos haberent, quibus deficientibus iure sibi cauet testator. Legitima porrò tollit querelam inofficiosi aduersus testamentum,nam etsi sit minor legitima,quàm debeat,manet validum testamentum, neque annullari debet,peti tamen potest supplementum vsque ad integram portionem,vt habetur *in Authent. vt cum, de appellat. cognoscen. §. hæc autem disposuimus,& l.omnimodo, C.de inoffic. testam.* potest pater filio præter legitimam ex iis quorum libertam habet dispositionem, quod liberit largiri, sicut & extraneo,atque ita meliorare, vt loquuntur; qua de melioratione latè Vasq.*opusc.de testam.c.*7.*§.*1.2.3.

ARTICVLVS II.

De partitione bonorum.

Fit primò tabulis testamenti,vel extra. 1.
Falcidia detrahenda. 2.
Quid illa sit. 3.
De collatione bonorum. 4.

1 Hinc deduces quomodo facienda sit bonorum partitio. Nam si fiat à patre in tabulis testamenti,omninò tenenda est, estque ea antiqua consuetudo, cuius meminit Optat. Mileuit. *Sed quando terrenus pater, dum se in confinio senserit mortis, timens ne post mortem litigent fratres, adhibitis testibus voluntatem suam conferet in tabulas diuduraturas;etsi fortè post mortem inter fratres contentio nata sit, non itur ad tumulum, sed quæritur testamentum, & qui in tumulo quiescit, viuat in tabulis loquitur.* Hinc fit vt hæc partitio à parentibus facta non debeat exigi ad omnes regulas aliarum, sed tanquam valida à iure admittatur, *l.cum pater* 79.*§.euictis prædiis, D. de legat.*2.*l.parentibus* 8.*C.de inoffic.testam.l.si filia* 20.*§.si pater, D. famil. ercifcund. l. filij* 16. *l. quoties* 10. *l. si cogitatione* 21. *C.eod. tit. Nou.*18. *de triente & semisse.cap.& quod sæpe*,& ibi Cuiac.*iuncta Nou.*48. *de iureiur.à moriente præstito.* Ratio est quia parentes sunt instar iudicum & magistratuum inter liberos, quare à Græcis aliquando dicuntur ἄρχοντες. Inualida tamen esset ea partitio, si pater omnes liberos æquaret primogenito, qui ius præcipuum accepit potius beneficio legis municipalis, quàm patris iudicio, & magis iure filij quàm iure hæredis, vt superius monui,atque ita rescissam diuisionem bonorum à parentibus factam, quod contra municipalia iura primogenitus reliquis æquaretur,narratur in nor. ad Louet. *lit.P.n.*25.

Quando verò non est facta partitio à parentibus in tabulis testamentariis, deducendæ sunt in primis è bonorum cumulo impensæ funeris, & omne æs alienum, ac reliqua onera;tum quid iure præcipuo alicui è liberis competat,deinde legitimæ & falcidia hæredum; cum enim plurimi tam multis legatis suam hæreditatem onerarent, vt vix vllus eam acceptare nullo emolumento vellet,l. Falcidia lata à P. Falcidio Tribuno plebis, sub triumuiratu Augusti,cautum est, ne quis plusquam dodrantem bonorum suorum legaret, hoc est, nouem vncias. As enim seu tota hæreditas in duodecim vncias diuidebatur:quare tres vnciæ quæ supererant, & quartà hæreditatis partem conflabant, hæredi, aut hæredibus contingebant. Habet autem locum in singulis hæredibus,*l.in singulis* 77.*D. ad l.falcidiam.* Deducitur autem hæc quarta ex bonis quæ fuerunt defuncto tempore mortis, *l.in quantitate, D.ad l.falcidiam.* Nam ex eo censetur adita hæreditas, *l.omnia* 150.*D.de regul.iur.l.hæres* 54.*D.de hæred.instit.* Hac quarta pro hæredibus accepta,reliqua bona inter legatarios diuidentur per æs & libram, id est,pro rata legatorum. Si autem legata superent bona testatoris, solent primò deduci excessus legatorum supra hæreditatem, deinde quarta falcidia; ad id autem pro rata subtrahi quarta pars debet à quolibet legato. Si legata non superent quidem testatoris patrimonium,excedant tamen dodrantem, à quolibet legato aliquid pro rata subducendum erit,ita vt quarta pars integra maneat hæredi. Nomine autem legatorum, quoad detractionem falcidiæ, comprehendo etiam donationes causa mortis, *l. in donatione, C.ad l.falcid.* Vt beneficio huius partis gaudeat hæres, inuentarium conficere debet ante aditam hæreditatem.*Nouell.*1.*de hæredit.& falcid.* vt dodrantem & quadrantem facilius sit assignare, quod fiebat olim per arbitrum, qui assi constituendo, & dodrantis, quadrantisque partitioni præerat, *l.* 1. *§.cùm dicitur,D.si cui plus quàm per leg.& l.si debitor* 12. *D. ad l.falcid.* Non poterat tamen ille quemquam aut damnare, aut absoluere, *l.cùm fideicommissum* 7. *D. de confessis.* Quando duplices sunt tabulæ, quia testator non sibi tantum sed etiam filio impuberi hæredem instituit,siue primis, siue secundis, siue vtrisque tabulis leget,omnia legata ad dodrantem sunt redigenda comparatiuè ad bona testatoris tempore obitus, ex quibus omnibus vna tantùm falcidia subducitur,*l.in ratione* 11. *§.quod vulgò, D.de vulgar.substit.* iure veteri ex legatis piis, & Deo relictis falcidia detrahebatur *l.*1. *§. ad municipales, D. ad l. falcidiam.* Nunc verò integra & solido iure præstari debent,neque falcidiæ iure minui. *Authent. similiter, C.ad l.falcid.& Nou.*131.*de Ecclesiast.tit. §.si autem hæres*, & *cap. nos quidem.ext. de testam.* Vide Chopp.*lib.*2.*de morib.Parisi.tit.*4.*n.*19.

Hæc quarta falcidia capitur iure hæreditario, & proinde iure ipso fit hæredis, *l. paterfamilias* 14.*D.ad l.falcid.l.qui duos* 42.*D. de vulgar.substit.* & idcircò diminuitur legatum singularum rerum ipso iure pro quarta parte,*l. lineam* 26.*l.in quantitate* 73.*D.ad l.falcid.l.in imponenda* 16.*Cod.eod.* &

& denique res legata communis esse dicitur hæredis & legatarij *l. Plamius 49. D. ad l. falcid.* Iure autiquo falcidia habebatur tantum iure retentionis, *l. 14. §. 1. l. 15. §. 1. l. 93. D. ad l. falcid.* Hodie tamen est vindicatio ex constitutione Iustinian. *l. pen. C. ad l. falcid.* Et ideò legatario occupante vacuam possessionem rei legatæ sine voluntate hæredis, datur hæredi interdictum *quod legatorum*, vt recipiat rem legatam, sibique falcidiam seruet per retentionem, *l. 1. C. quod legat.* vel si per errorem hæres soluerit integrum legatum, datur condictio indebiti, *l. 1. §. si legatarius, D. ad l. falcid.* Qua de re latè Cuiac. *lib. 8. obseruat. c. 2.* Si autem cui plusquam licuerit, legetur, & iure dubitari possit an sit locum habitura falcidia, prætor subuenit hæredi, vt ei legatarius satisdet, vt si apparuerit eum amplius legatorum nomine cepisse, quàm ex l. Falcidia capere licebat, quanti ea res erit, tantam pecuniam det, dolusque malus ab eo absuturus sit, *l. 1. D. si cui plus quàm per l. falcid. licuerit, legatum esse dicatur.* Quod remedium ideò inuentum est, quia si sine cautione hæres legata soluat, videbitur agnouisse iudicium defuncti, nec falcidiæ beneficium poterit amplius implorare. Nun potest hæc quarta minui aut tolli à testatore, vt docet Papinian. *l. quod bonis 15. §. fin. D. ad l. falcid.* Ratio videtur quia iuri publico non derogant priuatorum pacta: nouella tamen Iustinian. 1. *de hæredib. & falcid.* distractioné falcidiæ prohiberi à testatore dicitur, si modo sui patrimonij quantitatem cognitam habeat, sufficere autem verba generalia, quibus mens testatoris declaretur, ait Molin *disp. 187. n. 24.* Imputantur in falcidiam omnia, quæ capit hæres iure hæreditario, non quæ iure legati, vel fideicommissi vel causa conditionis implendæ, vt ait Marcian. *l. in quartam 19. D. ad l. falcid.* & Caius *l. quod autem 74. eod. tit.* quare imputantur fructus cepti præterquam ex sua quarta. *l. quod in bonis 15. §. fructus. D. ad l. falcid.* Fructus tamen legati in diem, vel sub conditione relicti, & medio tempore percepti, in quartam non numerantur, *l. qui quadraginta 88. §. vlt. D. ad l. falcid.* vbi de vsuris idem prorsus traditur, vtrum quando hæres grauatus est ad fideicommissa particularia vel legata restituenda, in diem certum aut sub conditione, possit præter suam legitimam sibi debitam detrahere falcidiam, negat Couarr. *c. Raynutius, §. 11. n. 7.* affirmat Molin. *lib. de primog. c. 11. n. 9.* dubiæ quæstionis relinquit Molin. *d. 187. numer. 6.*

4 Ad bonorum partitionem præter substractionem de qua loquuti sumus, pertinet quoque collatio eorum quæ illi qui ad hæreditatem iterum vocantur, priùs accepere, qua de re est *tit. 6. l. 37.* DD. Cùm enim prætor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum his qui sunt in potestate bonorum paternorum, consequens esse credidit, vt sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna, *l. 1.* huius tit. Est autem collatio, rei propriæ in commune illatio, vt hæreditati communi permixta inter omnes hæredes æqualiter diuidatur. Hæc autem collatio æquissima est, cùm æqualitatem inter liberos pariat. In solis descendentibus locum habet collatio, non in ascendentibus, aut collateralibus, in quibus commutationis ratio cessat, quia nullus horum defuncto de cuius successione agitur, sed sibi acquisiuit. Quinam verò conferre debeant, quantum, & quid, res est multùm impedita, & solius fori externi, ac proinde à nostro instituto aliena. Consule Cuiac. *lib. 3. obseruat. c. 3. & 4.* Chopp. *lib. 3. de morib. And. c. 1. tit. 3. toto.* Louet. *lit. R. n. 9.* de filiabus quæ vbi dotatæ fuerunt, iterum vocantur ad hæreditatem testamento, valet enim per modum legati ea vocatio. *num. 13.* de iis quæ ab vxore conferri debent; & *num. 54.* Molin. autem *disp. 237. ad 246.* Vasq. *opusc. de testamen. capit. 1. §. 5.*

CAPVT XI.

De tutoribus & executoribus testamenti.

De tutoribus & curatoribus agit totus *lib. 26. & 27. DD. & lib. 5. Cod. à tit. 28. ad fin.* ex quibus nos pauca delibauimus.

ARTICVLVS I.

Quid & quotuplex sit tutela.

Quid sit tutela, quid curatio. 1.
Tutela quotuplex sit. 2.
Tutores testamentarij quinam. 3.
Quinam legitimi. 4. 5.
Quinam tutores datiui. 6.
Quid constituat ius Gallicum. 7.
Tutores honorarij & administratores. 8.

Tvtela est ius atque potestas in capite libero constituta ad tuendum eum qui præter ætatem sponte se defendere nequit, iure ciuili data, atque permissa, vnde tutores dicuntur, qui eam vim & potestatem habent. Cura verò seu curatio est vis ac potestas ad curanda bona minorum, vel eorum qui suis rebus præesse non possunt, iure ciuili constituta. Duplex est, altera legitima, altera datiua, prior illa dicitur à lege XII. Tabul. quæ furiosos & prodigos in legitima agnatorum cura constituit, *§. furiosi. Inst. de curat.* Datiua 25. an. minoribus præficitur authoritate Magistratus. *Inst. de curat.* Testamentaria verò cura nulla est veluti tutela, vt statim dicam, cùm testamento curator non detur, sed datus à prætore confirmetur, vt habet *Inst. cit.* quare affinis omninò est tutelæ curatio, & tutoribus curatores, in pluribus tamen differunt, vt exponit Modestinus, *lib. 7. differentiarum.* Et ex illo accuratè Cuiac. *lib. 17. obseruat. c. 7. & in l. 5. C. tit. 36.* tutores dantur impuberibus, curatores puberibus. Illi inuitis, hi extra litem tantùm volentibus, illi personæ præficiuntur, hi bonis, etiamsi personam, cui bona obtingunt negligere non debeant. Illi ad vniuersum patrimonium, *§. fin. Inst. de excusat. tutor.* hi ad singula negotia, singulasque causas, *l. non tantùm 7. D. de tutor. & curator.* & *§. 1. Inst. eod.* 1

eod.tit. Illi tutorem habenti non dantur, hi dari possunt, §.*interdum* 3. *Inst.de curator.*

2 Tutela in vniuersum duplex est, legitima & datiua, hæc posterior testamentaria est, vel Attiliana; nam & dati testamento datiui dicuntur, vt Vlpian. scribit *lib. Regul. tit. de tutor.* & dati à prætore, qui Attiliani appellantur, *Inst. de Attilian. tutor.* quia in Vrbe à prætore Vrbano & maiore parte Tribuno plebis, si cui nullus erat tutor, dabatur lege Attilia. In prouinciis verò à Præsidibus prouinciarum ex lege Iulia, & Titia, itaque triplex in vniuersum constituitur tutela: testamentaria, legitima, & datiua, à quibus tutores quoque testamentarij, legitimi, & datiui denominantur.

3 Testamentarij non tantùm testamento, sed etiam codicillo relinqui possunt, *l.3. D. de testam. tutor.* qui si conditiones necessarias habeant, reliquis omnibus præferuntur, etiam matri pupilli. *Authent. matri, & auia, C. quando mulier tutelæ officio.* & *in Authent. de hæredibus ab intestato*; & *Inst. de legitima agnat. tutela.* Non tenentur isti dare fideiussorem, vt cæteri tutores. *Inst. de satisdat. tut.* §.1. Non licebat porrò cuique testatori, tutorem dare, sed solùm iis qui habebant suos hæredes; quare auus, aut proauus, pater item suis hæredibus poterant tutores assignare, modo illi hæredes non redirent in potestatem, aut patris, aut aui, tunc enim nullus erat tutor §. *permissum est. Inst. de tutelis*, & *l.1. D. de testam. tutel.* Poterat dare posthumis liberis, quibus etiam dedisse censebatur, cum filiis tutorem dederat: quia illi nomine filiorum comprehenduntur. Poterat etiam filio exhæredato dare, *l. pater, D. de testam. tutel. l. de creationibus, C. de Episc. aud.* filiis quoque naturalibus, si licitè quidpiam illis aut donauit aut reliquit, *l. naturali, D. de confir. tutor.* Filio denique emancipato dati potest, sed hi omnes sunt à iudice confirmandi sine satisdatione & inquisitione an locuples sit, vt de tutore relicto à patre filiis naturalibus traditur *l. vlt. C. de confirm. tut.* de relicto filio emancipato, *l.1. D. de eod. tit.* & §. *vlt. Inst. de tut.* Quod idem dicendum est, quoties in testamento inualido, aut in minus solemni tutor nominatur, *l. qui à patre, & l.1. C. de confir. tut.* & *l. de creationibus, C. de Episc. aud.* Quando mater filium patre orbatum instituit hæredem plusquam in sua legitima, illi tutorem relinquere potest, qui tamen est à iudice approbandus & confirmandus, sine vlla tamen satisdatione, aut inquisitione, quantum ad id quod excedit legitimã. *l. mater. C. de testam. tut.* Quoad alia bona quæ habet pupillus tenetur inquirere iudex, longè tamen minori diligentia, quàm si non fuisset huiusmodi pupillus institutus. Si deniq; tantum mater relinquat legitimam filio tutoremque relinquat, debet illum probare iudex, vbi tamen inquisierit an idoneus sit. Neque tunc opus erit satisdatione, *l.1. & 2. D. de confir. tutor.* si minus aptum compererit, reiiciat omninò, & eius locum subeat tutor legitimus, aut datiuus: atque hinc intelliges cur *l. peto, §. mater. D. de legat.* 2. neget matrẽ dare posse tutorem filio, quem solum in sua legitima instituit, quia nempe eum non tenetur iudex approbare. Idem dicendum est de extraneo pupillos instituente, si enim pupillus alia bona nõ habeat, tutorem ipsi testamento relictum iudex confirmare debet sine vlla satisdatione, aut inquisitione, *lege si Patronus* 3. *D. de confirmat. tutor.*

Legitimi tutores deficientibus testamentariis, 4
pupillo quasi fiunt ipso iure, & lege tutores, iique sunt non cognati, nam cognatus lex non nouit, sed consanguinei fratres, vel alij agnati, qui proximi sunt ad hæreditatem pupilli ab intestato, id est, si pupillo parens non fecerit substitutionem pupillarem. Obseruat autem Cuiac. *in lib.5. Codic. titul.* 30. Attilianam tutelam non esse nisi quodammodo legitimam, seu esse legitimam non impropriè, non tamen propriè. Hæc enim duo propriè & non impropriè, longè diuersa dicit, *ex l.1. D. de suis & legitim. hæred.* Quia igitur sola lex tutorem facit, aut Senatus, aut Princeps, aut populi mos, non prætor, sed prætor tutorem dat iubente lege, vel Senatu vel Principe, vel more permittente: nec vllum extat prætoris edictum quo fiat tutor. Hinc fit vt qui à prætore vrbano, ex lege Attilia, aut à præsidibus prouinciarum ex lege Titia, & Iulia dantur tutores non sint legitimi absolutè, sed quodammodo, quatenus dantur iubente lege; nam legitimi simpliciter & propriè tales fiunt ipso iure & lege. Legitima tutela, alia directò ex lege descendit, vt quæ agnatis defertur; alia per consequentias hæreditatum, vt quæ patrono defertur, vel parenti manummissori, & quæ extraneo manumissori, id est patri fiduciario, cui pater naturalis filium mancipauit, vt liberaretur, quæ propriè tutéla fiduciaria dicitur, quia hac lege, fiduciaque cauta, filium pater naturalis mancipàt emptori, qui pater fiduciarius dicitur vt eum manumittat, & sic fiduciaria quoque tutela dicebatur, cùm pater naturalis in emancipatione manumissor existeret: puta contracta fiducia, vt emptor filium mancipatum sibi remanciparet patri naturali manumittendum. Hodie tamen fiduciarij tutoris nomen consistit non in patre manumissore, quia receptum est vt potius legitimus appelletur exemplo patroni, sublato iam patre fiduciario, sed in liberis eius fratribus pupilli manumissi. Rursus legitima tutela, alia est principalis, alia cessitia, id est, quam legitimus tutor fœminæ puberis, alteri cedit in iure, quæ extinguitur morte, & capitis diminutione cessici tutoris, vel eius qui cessit, vt mandatum quodlibet, itemque cessico tutore alij cedẽre tutelam, quia cessioni primæ renuntiasse videtur, & secunda cessio non valet, cessicus enim alium cessicum facere non potest. Tutela autem solùm legitima, non testamentaria in iure cedi potuit, sicut neque tutela masculorum, sed tantum fœminarum puberum, quæ erant in perpetua tutela, quoad marito in manum conuenissent. Quia verò lex Claudia sustulit tutelas legitimas fœminarum puberum, ne scilicet essent in perpetua tutela; hodie quoque cessat cessicia tutela, & impuberibus tantum fœminis, vt maribus legitimi tutores sunt consanguinei, vel alij agnati, *l.3. C. de legitima tutela.* & *l.2. Cod. Theod. de tutor. & curatoribus.*

Inter tutores legitimos cæteris omnibus præfertur mater si tutrix esse voluerit, sed promittere debet coram iudice se non transituram ad secundas nuptias, quin tutelam relinquat, & administrationis præteritæ rationem reddat, renuntiare item debet SC. Velleiano. *Authent. de hæredib. ab intestato*, §. *ex his.* & *Authent. matri & auia, C. quando mulier tut. offic.* Si ad secundas nuptias transeat, remouenda est à tutela. *Authent.* 5

Sacramentum, C. citato. Post matrem auia excludit reliquos tutores legitimos ex iuribus allatis, si paternus tamen auus superstit, cum ex iure communi nepotem in sua potestate habeat, non erit opus tutore, quia verò nouissimo iure differentia agnatorum & cognatorum sublata est, deficientibus ascendentibus collaterales seu per lineam masculinam seu per fœmininam tutores erunt, iique omnes si plures sint in eodem gradu, quia tamen non erit vtile omnes bona pupilli simel administrare, vnus aut plures coram iudice eligi debebunt, omnes tamen periculo tutelæ manent subiecti, & bona omnium tacitè hypothecata pupillo pro ea administratione, *Authentic. de hæredib. ab intestato, §. ex his. Authent. C. de legitim. tut. l. si plures, D. de legitim. tutor.*

6 Tutores datiui dantur à iudice vt iam monui deficientibus testamentariis & legitimis vnde vnde deficiant seu quia nolunt, seu quia propter aliquod impedimentum remouentur, seu quia legitima causa excusantur, seu quia non sunt: pertinet autem ad iudicem donatitij patris *l. vnde, C. vbi petantur tut.* Si mater aut quis alius qui ab intestato succedere debet pupillo intra annum à morte patris, ipsi tutorem non petat, & pupillus decedat ante pubertatem, amittit hæreditatem, *l. sciant. C. de legit. hæred. l. matris, l. cùm à matribus, C. qui petant tut.* Non tenentur tamen petere curatorem puberi, sed solum pupillo quando tutor est impeditus *l. 1. & 2. D. qui petant tutor.* quæ tamen leges non obligant ante sententiam latam, cùm sint pœnales, quare id temporis retineri poterit ea hæreditas, vbi desunt propinqui, qui pupillo petant tutorem, vicini & amici parentis id possunt, immò & iudex nullo petente ex officio suo id præstare tenetur.

7 In Gallia verò omnes tutelæ datiuæ sunt, vt obseruauit Argent. *in consuet. Britan. tit. de minoribus, art. 485. gloss. 1. n. 2.* Chopp. *lib. 2. de morib. Parisi. tit. 7. n. 11.* atque eiusmodi tutelæ consuetudinariæ instar legitimarum sunt, quare quamuis sit testamento relictus tutor, conuenire debent agnati & propinqui coram iudice, & tutorem eligere, quamuis plures mores municipales ferant, vt eligatur à testatore designatus, nisi sint graues causæ quæ iudicem alium à propinquis nominatum admittere cogant, cum præsumatur testatorem eas causas ignorasse, ita vt in Gallia etiam quæ iure scripto regitur, tutorem electum à propinquis testamentario præferendum esse iudicarint PP. Paris. decreto 8. Iul. 1587. Ita verò propinqui tutorem eligunt, vt suam sententiam dicant & calculo probent, aut improbent, non ita tamen vt onciti tutelæ subiaceant, aut tutoris sint veluti fideiussores, vt nuper ex iure Romano monebam, quare si non soluendo sit tutor, non tenentur qui eum elegerunt pupillo satisfacere, sic enim pronuntiatum à PP. C. supremæ Curiæ 14. Aug. 1587. in splendida purpura, & 14. Decemb. 1600. referunt Chopp. *lib. 2. de morib. Paris. titul. 7. numer.* 11. & Chenu. *quæst.* 21.

8 E tutoribus præterea alij sunt administrantes, alij honorarij qui tantum honoris causa interponuntur, suntque digniores quædam personæ quas pupilli præ reliquis reuereantur, & totius administrationis rationem obseruent. Atque huius tutoris honorarij meminit *lib. 26. D. de testam. tut.* & *lib. 3. §. 2. D. de administ. tutor.* vbi dicitur ad hos quoque tutelæ periculum redundare, & posse conueniri, excussis prius facultatibus eius qui gessit; dati sunt enim quasi obseruatores actus eius & custodes, imputabiturque eis cur si malè eum conuersari videbant, suspectum eum non fecerunt, secùs accidit in tutore subrogato ad inuentarij confectionem, aut aliquid aliud, ille enim non incurret idem periculum, cum tutore primario, vt pronuntiatum à Senatu Parisiensi 7. Septembr. 1604. habet Louet *lit. I. n. 13.* vbi vide notas.

ARTICVLVS II.

Quinam remoueantur & excusentur à tutela.

Minus idonei à tutela reiecti. 1.
Iusta excusationes à tutela. 2.

REmouentur à tutela & curatione tanquam minus idonei, etsi testamentarij essent. Primò 1
serui, *§. seruus autem. Inst. qui testamento tut. dari poss.* nisi consequantur eo ipso libertatem. Secundò mulier, *l. tutela, D. de tut.* & *l. iure nostro, D. de testam. tut.* Tertiò mutus & surdus *l. 1. & vlt. D. de tutel.* Quartò impos sui & minor 25. ann. Si tamen testamentarij sint, vbi ad se redierit furiosus & minor 25. ann. attigerit, possunt exercere tutelam, *l. furiosus, D. de tutel. l. si hæreditas,* & *l. quæro, D. de testament. tut.* Quod tamen de matre quæ ante 25. an. tutrix filiorum non videtur, intelligendum. Quamuis autem in Gallia Regij Notarij & Tabelliones maiores censeantur, neque possint ratione maioritatis petere restitutionem in integrum, vt multis ostenditur in notis ad Louet. *lit. G. num. 9.* non tamen vt possint esse tutores, & aliorum bona administrare, seu non censentur maiores in iis quæ aliorum dispendium spectant vt iudicatum 28. Feb. ann. 1611. dicitur loc. cit. Quintò Religiosus *Authent. de sanctiss. Episc. Authent. de presbyt. C. de Episc. & Cleric.* neque etiam Clerici aut Episcopi vt ibidem traditur. Sextò qui debet aut minori aut pupillo, neque tutor neque curator esse potest, sicut neque si ipse minor aut pupillus debeat. *Authent. minores, C. qui dare tut. poss.* & *Authent. vt ei qui obligatas se habere,* sed debitum aliquod graue esse debet, ex prudentis iudicis arbitrio, quod tamen intelligendum in solo legitimo & datiuo tutore, non in testamentario, & non in matre, aut auo, DD. vulgò docent apud Molin. *tract. 2. disp. 221.* Septimò qui sua bona tacitè Regi obligata habet, *l. vel cum fisco, D. de confirm. tut. l. autem coloni, C. de excusat. tut.* cùm ait, conductores prædij fiscalis non excusari à tutela, loquitur de eo cuius bona non manent obligata fisco. Octauo miles in bello occupatus, *l. militia, C. qui dare tut. poss. §. item in milite, Inst. de excusat. tut.* Nonò qui graues inimicitias cum parente à quo fuerat creatus tutor, gessit, *l. in confirmando, D. de confirm. tut.* Decimò maritus vxoris minoris, curator esse nequit, *l. maritus, Cod. qui tutel. dare poss.* in Gallia tamen contrarium viger, vt ait Argent. *in consf. Britan. titul. des mariages, art. 483.*

glos.

glos. 1. *numero* 1. 2. Chassan. *in cons. Burgund. rub. des droits & appartenances à gens mariés*, §. 3. *glos.* 1. *n.* 4 *ad* 8. Nequit tamen quaslibet actiones nomine vxoris indicere, sed solum mobiliarias & possessorias, non autem reales & petitorias sine eius consensu, sed si ea minor sit, dabitur ei curator alius ad actiones reales. Vide Louet. *lit. M. n.* 1. *& notas ibid.* Vltimò qui perpetuo aliquo impedimento tenetur, quo minus bona pupilli administret, tutor aut curator esse non potest.

2 Excusantur à tutela, qui iusta causa allegata, eam deprecantur, quia necessarium est tutelæ munus adeo vt suo periculo cesset tutor postquam datus est, nisi excuserur, quare de excusationibus agitur *l.* 27. *D. tit.* 1. causæ excusationum eæque iustæ traduntur, *l.* 2. *tit. cit.* Primò ætas, 60. aut 70. an. Secũdò *πολυπαιδία*, cuius varia priuilegia dabit Cuiac. *in l.* 2. *citatam*. Debẽt autẽ esse quinque liberi, omnes superstites legitimi, & non naturales tantùm & adoptiui. Nihil autem obest si emancipatus sit aliquis, aut si in militia obierit, aut si decedat post reiectam tutelam. Secundò numerus tutelarum, curationumve excusat, si enim tres iam habeantur tutelæ aut Curationes à quarta liberant. Tertiò professio philosophiæ, Grammaticæ, Rhetoricæ, Dialecticæ, Medicinæ & huius postremæ exercitium in patria, de quibos Cuiac. *ad l.* 6. Quartò dignitas, vt præfectura, Magistratus cum imperio, legatio. Quintò inimicitiæ cum patre pupilli, aut tutela inimicitiæ causa imposita. Sextò fortuna, vt rusticitas & paupertas tutoris, non pupilli, si fideiussores ob paupertatẽ inuenire non possit. Septimò absentia, tũ iusta, vt militiæ, tũ iniusta vt deportationis, exilij, desertionis. Octauò valetudo, vt morbus sonticus. Nonò priuilegium militum veteranorũ Athletarũ in sacris certaminibus coronatorum, qui tamen non excusantur aduersùs pupillos eiusdem ordinis, pistorum, mensorũ, frumentariorum, quia horum quotidiana opera respublica carere non potest; Iliensium quibus tanquam parentibus Romani plenissimam immunitatem concesserunt. Denique excusat lis, si nempe de hæreditate, aut aliis bonis inter pupillum & tutorem oriatur controuersia, non debet tamen esse inchoata tutela, sed solum delata, nam ab inchoatis & inceptis excusatio non datur; vbi igitur quis creatus est tutor, non appellat quidem vt fit in aliis publicorum munerum exceptionibus, sed intra 50. diem, quo illi innotuit tutelæ delatio, alioquin præscribitur excusationi, *l. testamento* 11. *C. de excusat. tut.* apud iudicem ordinarium pro tribunali sedentem ipse tutor, vel idoneus eius procurator excusationem proponat, aut viua voce, aut oblato libello supplici, nam per hunc excusare se nemo potest *l. excusare* 28. *D. de excusat. tut.* Ad audiendam autem, impugnandamque excusationem citandus est pupillus eiusque propinqui, aut dandus pupillo, ad hanc litem curator §. *fin. Institut. de Authorit. tutor.* §. *etiam*, *fin. Institut. de curatorib.* ne si minor parum idonèe deffensus sit tota cognitio coertatur. Hoc autem iudicium fauore pupillorum intra quatuor menses finiendum est, quo in iudicio si contra excusantem pronuntietur, tunc poterit appellari *l. tutores* 18. *C. de excusat. tut.* Si autem munus impositum adire cogatur, periculum cessationis sustinet *l.* 1. *D. si tut. vel curat. appellan. l.* 49. *tit. eod.*

ARTICVLVS III.

Obligationes tutorum.

Satisdare debent tutores. 1.
Præstare iuramentum rectæ administrationis. 2.
Conficere inuentarium. 3.
Quid facere debeant circa personam pupilli. 4. 5.
Quid circa bona. 6.
Reddenda ratio administratæ tutelæ. 7.

Satisdant tutores ac curatores rem minoris 1
ac pupilli saluam fore, nullumque eorum culpa, aut negligentia damnum passuram, alioquin fideiussorem quem dare tenentur, satisfacturum. *Inst. de satisdat. tut.* Satisdant autem tum legitimi tutores, etiamsi sit mater & auia, *l. legitimos, D. de legitim. tut.* tum satisdant datiui, nisi præuia inquisitione sint dati. Testamentarij autem non satisdant, vt nuper monui. Si autem is cui incumbit exigere satisdationem id non faciat, aut minus idoneam satisdationem recipiat, incurrit periculum tutelæ, & pupillos aut minor habet actionem aduersus illum, quantum ipsius intererat idoneam fuisse satisdationem, §. *sciendum*, *Inst. de satisdat. tut.* Bona tutoris ac curatoris tacitè hypothecata sunt, ita vt in illa actionem deinde habeat pupillus in quemcumque peruenerint *l. pro officio, C. de adm. tut.*

Tenentur quoque tutores ac curatores iurare 2
se bona pupilli & rem ritè administraturos, *l. in creatione, C. de Episc. aud.* & *Authent. vt hi qui obligatas se habere.*

Tenentur conficere inuentarium rerum pupil- 3
li & minoris *l. tutores* 2. *C. de admin. tutor.* Potest tamẽ remitti ipsi ea confectio indicis, *l. vlt.* §. *illo*, *C. arbitrium tutelæ.* Possunt enim testatores prohibere ne scribatur inuentarium, quamquam Couarr. *lib.* 2. *variar. c.* 14. *v.* 4. dicat posse etiam posita illa prohibitione testatoris iudicem iubere fieri inuentarium, si ad rem pupilli administrandam necessarium esse existimet; si autem immisceat se administrationi non confecto inuentario, neque remisso per testatorem, censetur illud dolo omisisse, & tenetur pupillo quantum eius intererat inuentarium fuisse confectum, immò & tanquam suspecti remouentur à tutela, & habentur infames, aliisque pœnis subiacent, vt habetur, *l. vlt. C. arbitrium tutelæ.* Quæ autem in inuentario scribenda sint docet *l. tutores* 24. *C. de admin. tutor.*

Tota administratio tutorum & curatorum 4
versatur circa personas & bona pupilli aut minoris, quamuis, vt monui, tutor detur maximè personæ, & curator bonis.

Quoad personam igitur pupilli spectat in primis eius educatio, quæ fit in loco designato à testatore aut à iudice, qui si ita expediat, alium locum quàm testamento iudicatum eligere poterit, *l.* 1. *D. vbi pupill. educ. deb.* Et ordinariò commodiùs non educatur, quàm apud matrem superstitem quæ ad secunda vota non transierit; tunc enim fortè non erit ipsi relinquendus, *l.* 1. *Codice vbi pupill. educar. deb.* Secundò iudicis est

taxare quantitatem ad alimonia pupillo, nisi testator id feecerit, aut si minus, aur maius quam expediat taxarit testator, id ad iustam mensuram redigere, si tamen sine vlla iudicis taxatione tutur vir bonus educarit pupillum, ea illi rependi debebunt, *l. quod plerumque, C. de alimentis pupill. præstand.* Debet autem ita moderatè prætor alimentorum modum statuere, ne in illo vniuersi pattimuuij reditus impendantur *l. 3. D. vbi pupillus educ. deb.* Si autem tutor plus æquo dedit, etiamsi vel à prætore statutum fuerir, quia non suggessit ipsi statum facultatum, vel à testature designatum fuerit, quia non adiit prætorem vt summam minueret, illum excessum de suo soluet, *l. 2. D. eod. tit.*

6 Quuad bona, tenetur tutur bona fide admioistrare, ea cura ac diligentia, qua paterfamilias sua: quæ cura singillatim describitur, *D. de administ. tutor. & C. eod. tit.* Pecunia in vtilitatem conuerti debet, & si prædia emenda noo occurrant, eam ad vsuras dare debet, *l. tutores 24. C. de administ. tutor.* quæ lex quoad vsuras abrogata est iure Christiano & Canonico, qua de re diximus opere de vsuris, *lib. 1.* Tenetur tamen ad houestum lucrum, & negotiationem, dare eas pecunias, alioquin tenebitur ad interesse. Nulla immobilia, neque etiam mobilia maioris momenti, vt argentea, & aurea vasa, gemmæ, &c. alienari à turote sine prætoris deereto possunt; quibus autem ex causis debeant permitti eiusmodi alienationes, rtaditur, *C. de prædiis minor. sine decreto non alienan.* Si tamen testator iussit bonum aliqood immobile sine iudicis decreto alienari, valida est alienatio, *l. tutelam, C. de admin. tutor. l. 1. C. quando decreto opus non est.* Non item si ea alienatio fiat à minore, qui veniam ætatis obtinuit, nam illa iudicis dectetum exigit *l. pen. C. de his, qui veniam ætatis impetrauerunt.* Potest pupillus sine tutoris authoritate alterum sibi obligare, non autem se alteri, quare elaudicat contractus vt loquuntur, vt habetur *Inst. de author. tutor.* & alibi sæpè, sensus est pupillum, si velit, recedere posse à contractu, etsi alter nolit, & si pupillus velit stare conttactui, alium eum quo contraxit non posse ab eo resilire, qui tamen non tenetur adimplere contractum, nisi pupillus quoque implere velit, & repellit pupillum doli mali exeeptioue, potestq; petere vt accedat tutoris authoritas, etsi ex sua parte contractum adimpleuit, nisi idem præstet pupillus, petit enim vt aut sua sibi res si integra sit, restituatur, aut rescindator contractus, aut authoritas tutotis accedat: si res data sit consumpta & velit à conttactu resilire, datur actio ciuilis aduersus eum, vt detur quantum ditior factus est ex re sibi collata, aot si quid eius dolo periit, nisi pupillus esset iofantiæ proximus; tunc enim non præsumitur dolus; in his tamen omnibus naturaliter obligatut pupillus. Quia verò non transfertur dominium, nudo pacto, nisi accedat traditio habilis ciuiliter ad eiusmodi translationem, ideo traditio minotis aut pupilli, sine tutoris vel curatotis authoritate oon transfert dominium, & debitum omne oaturale potest elidere pupillus, vtendo priuilegio restiturionis in integrum, tum antequam illud soluat, tum vbi soluit. Quando autem conttactus initus cum pupillo onerosus est, nullaque interuenit inæqualitas, neque dolus ac iniustitia, non tenetur contrahens cum illo ad restitutionem in conscientia, quandiu illud minut non repetit vtendo beneficiu restitutiunis in integrum, quia etsi non transferatur dominium, debitum naturale est, & cum iustitia, quamdiu nun eliditur per restitutionem in integrum, vt autem aliquis uon teneatur alteri restituere, quod eo consciu obtinet, satis est quod ex iustitia sibi sit debitum, neque alter repetat vtendu ptiuilegiu, quu gaudet, neque enim solum dominium excusat ab obligatione restitueudi, sed etiam ius aecipiendi & retinendi, quod quis habet. Ita Molin. *disput. 224. numer. 43.* Sed de his contractibus plura diximus *lib. 3.* vbi de restitutione in integrum.

Finita tutela reddenda est ratio administratiunis à turore, & omnes contractus, ac pacta, quoad hoc cum pupillo etiam iam maiore, non visis & dispunctis rationibus inita, nulla sunt iure Gallico. Maynard. *tom. 1. lib. 2. c. vltim.* Chopp. *lib. 2. de morib. Parisi. titul. 7. numer. 8.* Ratio est quia eæ transactiones dolosæ præsumuntur ratione tutoris, qui cùm omnia instrumenta penes se babeat, certus est an debitor sit minori, an non. Atqui transactio fit tantùm de re dubia, & lite incetta, adeò vt fingi lites non debeant, vt hoc colore transactiones fiant, *l. 1. l. cum ij quibus 8. §. si cum lis, D. de transact.* Paul. *lib. 1. sent. tit. 1. §. vlt.* Item non valet transactio quando alterius partis instrumenta celantur, *l. tres fratres 36. D. de pactis.* Denique qui pet fallaciam cohæredis, iguorans vniuersa quæ in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione interposuit, non tam pasciscitur quàm decipitur, inquit Vlpian. *l. qui cum tutorib. 9. D. de transact.* Quod vetius multò erit in transactione cum pupillo, quo cum agere debet tutor exuberanti quadam bona fide: nisi tamen maiot intra decimum annom à sua maioritate, non petat restitui contra transactiones, & pacta inita eum suo tutore, etsi nullam ille suæ administrationis rationem reddiderit, non amplius audietur, ex edicto Lodou. XII. ann. 1510. art. 44. & edicto anni 1539. artic. 234. Qui omnes contractus etiam inter tutores & minores actos comptehendit, vti sæpiùs iudicatum refert Chenu. *quæst. 22. 23. 24. 27. 28.* quamquam Maynard. aliud sentiat *lib. 2. cap. 99.* atque ita veteres iurisperitos censuisse, colligitur ex quibusdam arrestis relatis à Chenu. *q. cit.* quia tutor est veluti depositarius personæ & bonorum pupilli. Atqui depositarius nullo tempore præscribit. Quoad reliquos omnes contractus de consensu turotum initos, nisi intra 10. ann. à sua maioritate illos rescindi postulet minor, valent omninò, vt iudicatum ait Louet. *lit. C. numer. 11.* 2. April. 1595. Si liberauerit se tutor onere reddendæ rationis aliquo dato pupillo, illud repetere nequit, potest tamen in suis impensis numerare, quia præsumitur non daturum fuisse quidpiam torotem, oisi se debitorem sciuisset, sicque iodicatum 29. Decemb. 1609. refertur in notis ad Louet. *litter. R. numer. 3.* Si verò ratione reddita transegerit tutor cum minore quoad aliquas lites inde orituras, valet transactio, neque priuilegio restitutionis aduersùs eam gaudebit minor, habebit tamen actionem quoad ea quæ omissa fuerint in computatione;

tenetur

tenetur tutor ad interesse, quod incurrit pupillus ob subhastationi subiectum fundum sibi hypothecatum, si illi subhastationi non se opposuit. Vide Louet. *lit. D. num.* 32. cum notis. De donationibus à tutoribus factis pupillis, aut à pupillis & minoribus factis tutoribus & creditoribus, diximus aliàs.

CAPUT XII.

De legatis, fideicommissis, & substitutione.

ART. I. *De legatis.*
II. *De fideicommissis & quarta Trebellianica.*
III. *De substitutionibus.*

HÆc materia fusissimè tractatur à iuris interpretibus, & magnam partem ad forum externum pertinet. Nos pauca libabimus ne nihil dixisse videamur, contenti iis quæ ad forum animæ pertinent. Indicabimus tamen fontes ex quibus haurias, si paucis istis contentus non fueris.

ARTICULUS I.

De legatis.

Legatum quid & quotuplex. 1.
An falsa demonstratio vitiet legatum. 2.
Conditiones variæ legatorum remissiuè. 3.
Quando debeantur legata. 4.
An debeantur fructus rei legata. 5.
Quomodo debeatur res legata indeterminata. 6.
Quid quando eadem res legata est duobus. 7.
An res futura legari possit. 8.
Quis legare possit. 9.
Quis possit esse legatarius. 10.
Legata pia. 11.
An collegatarij teneantur ad inuicem de euictione 12.
An idem possit esse hæres & legatarius iure Gallico. 13.
Quid faciendum quando legatarius est incapax, aut incertus 14.
An possit ex parte acceptari legatum. 15.
Quinam priuentur legato. 16.
An Princeps possit legatis derogare. 17.

1 LEgatum est donatio quædam à testatore relicta ab hærede præstanda, vt habetur, *l. legatum est* 16. *D. de legatis* 2. de his donationibus agit lib. 30. 31. & 32. & sequentes aliquot DD. Potest legatum relinqui etiam solo nutu à testatore, vt ait Couarr. *in c. cum tibi, de testam. n.* 3. In tanta porrò rerum sylua quatuor tradam. Primum conditiones legatorum. Secundum res ipsas legatas. Tertium quæ pertinent ad legantem. Quartum tandem quæ ad legatarium. Sunt omnia omninò legata aut pura, aut conditionata. Pura, vt *lego Titio centum.* Conditionata sunt aut in diem certum, vt *lego Titio centum in diem Paschatis*: aut sub modo, *lego Titio centum vt hoc, aut illud faciat*; aut sub conditione, *lego Sempronio* 20. *si nubat*; aut sub causa, vt *lego nepti mille quia nupsit Sempronio.* Aliàs legata fiunt absolutè, vt *lego* 20. aliàs sub demonstratione, quando rem aliquam certam, quam legat designat ex suis circumstantiis. Circa purum legatum nulla est difficultas, sed solum circa conditionata, sed solues facilè ex iis quæ diximus de conditionatis donationibus. Si enim legatum sit in diem, vel ille certus est vel incertus, si certus potest solui ab hæredibus ante illum diem, quia apponitur in fauorem hæredis; si verò incertus, vt quando nubet, videtur apponi in fauorem legatarij, quo inuito non poterit ante illud tempus solui legatum, & transit tunc dies in conditionem: quare non poterit etiam legatarius cogere hæredem vt ante illud tempus soluat.

Demonstratio falsa non vitiat legatum, neque reddit illud inualidum, v.g. lego Sempronio fundum quem emi à Titio, validum est legatum, *l. demonstratio falsa. D. de condit. & demonstrat.* Ratio est quia demonstratio semper est accidentalis, si enim cadetet in rei substantiam, essetque falsa, nullum redderet legatum, v.g. lego Titio pecuniam quam habeo in illa arca, si nulla est pecunia, nullum est legatum. Si autem dicat, lego centum aureos Titio, quos habeo in tali arca, valet legatum, quia demonstratio est tantùm circa circunstantias. Aliqui ita distinguūt pecuniam legatam, vt corpus, aut in genere, in primo casu falsa demonstratio annullat legatum, non in secundo. Hinc si testator legauit triticum quod habet in suo horreo, & postea illud consumpsit, nihil deberi legatario nisi aliud triticum loco consumpti repofuerit. Ita Molin. *d.* 203. 2

Idem dicitur de causa quæ etsi falsa sit, vitiat legatum, nisi constaret eam fuisse mentem testatoris, vt si sciuisset non subsistere talem causam, non fuisset legaturus, vt lego Titio centum, quæ mihi debet, si nihil debeat, nihil legat.

Conditiones omnes tum præsentes, tum futuræ, tum præteritæ, tum possibiles, tum impossibiles, seu physicè, seu moraliter, atque etiam plures singulares, v.g. si castè vixerit, si vidua permanserit, si nupserit, aliæque similes fusiùs à nobis expositæ sunt *lib.* 3. *c.* 2. *art.* 2. per varias quæstiones, & singillatim *q.* 7. neque quidquam addendum videtur, itaque primum caput propositum de conditionibus legatorum, expeditum est. 4

Sequitur ipsa res legata, de qua pauca dicenda sunt, & quando ad legatarium pertineat. 5

In primis igitur non debentur legata ante aditam hæreditatem, immò si nullus ex hæredibus testamento institutis, eam adeat, irrita sunt omnia legata de iure communi, quamuis deinde alij succedant ex intestato, vt docet Molin. *disputat.* 181. quia testamentum eo ipso nullum est, *l. nemo* 1. *D. de testament. tutelar.* & *l.* 1. *§. aditam, D. si quis testamento liber esse iussus fuerit.* Nisi ea legata pia sint, quæ hæres ab intestato soluere tenebitur, aut fuerit apposita clausola codicilliaris, aut æquiualens testamento; aut si noluit hæres adire hæreditatem, quia prohibebatur à testatore detrahere falcidiam, vt obseruat Couarr. *c. cum Raynald. de testam. §.* 3. *n.* 8. *&* 9. vbi autē aditus hæreditas,

legatarius comparat dominium rei legatæ, etsi id ignoret, & iuris fictione censetur tale dominium acquisiuisse à morte testatoris, integrum tamen illi est legatum repudiare, euius etiam iuris fictione, censebitur nunquam fuisse dominus: hoc autem dominium transmittit legatarius ad suos hæredes, modo ipse ante testatorem non obierit, tunc enim legatum nullum esset. Ratio autem cur non debeantur legata ante aditam hæreditatem, est quia hæreditas, inquit Molin. *disp.* 195. *n.* 6. dum est iacens repræsentat defunctum, qui legata non debet, neque vlla alia est persona à qua petere possint. Hæres dum adit hæreditatem subit onera implēdi legata, vt dixi superius, quare ab hærede peti debent, vbi aut hæreditas, aut maior eius pars existit, *l. vnic. C. vbi fideicommissum peti possit*; aut vbi hæres habet domicilium, *l. quod legatur, D. de iudiciis, l. cum res, §. sed si res. D. de legatis* 1. Quando etiam res certa legata soluenda, est in certo loco, ibi etiam peti poterit, licèt in eo non sit maior hæreditatis pars; neque hæres domicilium habeat, vt ait Molin. *disp.* 195. *n.* 9. soluitur vbi soluendum voluit testator, aut si de eius mente non constet, vbi res quæ in indiuiduo, & determinatè legata est, neque tenetur hæres eam aliò asportare neque legatarius alibi recipere, nisi forte culpa hæredis aliò fuisset translata. Vide Molin. *disp. cit. n.* 10.

5 Secundò debetur res legata cum fructibus omnibus à morte testatoris perceptis, & quos tunc habebat, quia fructus rei, eius comitantur dominium, quod legatarius, vt dixi, fingitur à iure accepisse à morte testatoris. Fructus autem ante mortem testatoris, etiam post conditum testamentum, non cedunt legatario nisi contrarium constet de testatoris voluntate, aut illi fructus ita rei legatæ accrescant, vt vnum cum illa efficiant. E contrario autem si quid eidem rei decrescat, legatario perit. Sic si gregi legato accrescant noua capita, legatarij sunt, si autem minuātur quacunque ratione, damnum est legatarij eiusdem, *§. si grex, Inst. de legatis, l. si grege, D. de legatis* 1. Idem de decremento & incremento peculij habetur, *§. peculium, Inst. de legatis, & l. peculium, D. de legatis* 2. vbi idem de legata familia seruorum vrbanorum, aut rusticorum traditur. Idem de fundo qui alluuione seu alia ratione perit aut crescit, de domo cui columnæ marmoreæ adiectæ sunt, de statua cui additum brachium argenteum, & aliis eiusmodi. Vide *l. si statuam, D. de auro & argento legat.* & *l. cùm fundus, D. de legatis* 2. quam latè exponit Couarr. c. 2. *pract. qq.* Si autem testator rem legatam alienauerit, aut liberali donatione, aut titulo aliquo oneroso, nulla ductus necessitate, censetur reuocasse legatum, quod etsi rem eandem denuo acquirat testator, non reuiuiscit *l. cùm seruus* 15. *D. de adimendis legatis.* Si autem necessitate compulsus rem alienauit, aut pignori, hypothecæque subiecit, non censetur reuocasse legatum, nisi eam fuisse eius mentem hæredes probent, *l. fideicommissa* 11. *D. de legatis* 3. *§. si rem suam* 12. Domus legatæ exustæ aut destructæ area debetur legatario *l. si grege D. de legat.* 1. etsi reparata fuerit, sicut & nauis quæ animo reficiendi dissoluta est à domino, *l. si ita, §. si domus, D. de legatis* 1. & *l. qui res, §. aream, D. de solutionibus.* Atque vniuersim loquendo partes rei legatæ eiusdem rationis, separatæ, cuius erant coniunctæ suo toti, debentur legatario, etiamsi totum perierit viuente testatore, secùs autem si partes post sui totius destructionem, alterius rationis sint, vt partes animalis non cedunt legatario, si periit totum viuente testatore; quia totum legatum cum omnibus illius partibus integrantibus periit, antequam legatarius eius dominium acquireret, vt habetur *l. mortuo boue, D. de legatis* 2. Si autem perierit totum mortuo testatore, partes illius cuiuscumque rationis pertinent ad legatarium, vt corium animalis, quod nulla culpa hæredis periisse pono, quia earum dominium vti & totius iam acquisiuerat sibi legatarius. Quando res legata est in diem certum, si dies sit appositus in gratiam hæredis, fructus intermedij temporis sunt illius, si autem in fauorem legatarij, quia v. g. puer est, aut timet ne id temporis legatum consumat, fructus sunt legatarij, *l. si ita relictum* 43. *§. Pegasus, D. de legatis* 2.

Tertiò quando legatur res aliqua indetermi- 6
nata, has regulas seruandas tradit Molin. ex variis iuribus, & DD. *disp.* 198. Prima si res indeterminata sit in genere generalissimo, v. g. legatur animal, nullum est legatum, quia illi satisfieret dando muscam; secùs si in genere subalterno, vt si legetur pecus, quia illa vox in iure certi generis animal sonat. Secunda si res indeterminata sit specie infima, & habeat terminos à natura, vt equus, bos, seruus; si illa res sit in bonis testatoris, pertinet eius optio ad legatarium, qui tamen nequit eligere, aut optimum, aut seruum, à quo tota domus administratio pendet; non tamen tenetur infimam capere, sed potest mediocrem postulare, *l. legato generaliter, l. si seruus legatus. §. non bono, D. de legatis* 1. Si autem testator habebat tantum vnam rem quam legauit indeterminatè, eam ipsam legasse censetur, aut saltem aliam æquè bonam, si enim cum haberet tantum vnum seruum, illum non expressit, sed seruum indeterminatè legauit, censetur liberum reliquisse hæredi, vt illum retineat & alium soluat. Tertia si duas tantum res eius speciei, cuius indiuiduum indeterminatum legauit, testator habebat, poterit legatarius eligere meliorem. Si autem dicatur, dabitur Seio vnum mancipium, vnus equus, quia execmio mandatur hæredi, illius erit electio, non legatarij, secus quando verba ad legatarium diriguntur, vt lego Petro bouem. Si denique rem determinatam in indiuiduo legauit, dubium tamen est quænam illa sit, electio pertinet ad hæredem, quia illa potiùs est declaratio, quàm electio. Quarta quando res legata indeterminata est in indiuiduo, terminos à natura habens, non reperitur in bonis defuncti, ad hæredem pertinet electio, qui nec optimam dare potest, neque vilissimam, sed mediocrem. Quinta quando res indeterminata in indiuiduo fines tantum & terminos habet ab arte, aut humano placito, si sit immobilis, vt fundus, domus, eius electio ad hæredem pertinet, si plores eiusdem speciei relinquit testator, nam si vnam tantum habuit, illa tradenda erit, si nullam, legatum inutile est, neque tenetur hæres domum v. g. emere, aut eius valorem tradere legatario, *l. si domus* 71. *D. de legat.* 1. Si verò hæc res sit mobilis, vt vestis, tabula, si multas reliquit eiusdem generis & speciei testator, optio pertinet ad hæredem, quod etiam valet in legatis piis, & de rebus quæ in pondere, numero & mensura consistunt. Si autem lege e pecuniæ

summam

summam, neque pecuniam designauit, de communi illius loci exponendus est Sexta qui semel el.git ex rebus legatis, non potest deinde ab ea electione resilire, nisi ex aliqua circumstantia electio esset nulla, aut nondum completa: si res legata soluenda sit ex bonis testatoris, si res omnes illius speciei perierint, totum legatum perit legatario, si è tribus lancibus quas habebat testator, dicat se relinquere minorem, non est danda minima, sed mediocris. Denique quando è duabus rebus inæqualis valoris vna vni, altera alteri legatur indeterminatè, qui primo loco constitutus est legatarius, debet eligere meliorem.

7 Quartò quando res vna determinata in indiuiduo duobus coniunctim legatur, diuidenda est æqualiter, si duobus autem coniunctim, & tertio alicui diuisim ab illis, tunc illi tertio dimidium è duobus aliis alterum dimidium dandum fuerit, si autem diuisim omnino legetur pluribus, si testator voluerit discedere à prioribus legatis, debetur tota res vltimo legatario, qui si incapax sit, non propterea debebitur aliis, si autem constet singulis rem in solidum legatam fuisse, rem illam indiuiduam vni debebitur, & alteri pretium eius, *l. si pluribus, & l. planè, D. de legatis* 1. cum gloss. Si vbi primo legatario petenti tradita est res eiusmodi, pereat, nulla hæredis culpa, seruus v.g. legatus moritur, non tenetur eius pretium alteri legatario deinde poscenti soluere, *l. Titia textores §. vlt. & l. filiusfamilias §. vlt. D. de legatis* 1. quia res determinata singulis debetur, & non eius æstimatio, nisi quatenus vtrique illa res dari non potest, prout est legata, quare si res perit, legatario perit.

8 Quintò res quæ nondum existit, futura tamen speratur, legari potest, vt partus ancillæ vel animalis, *l. quod in rerum, D. de legat.* 1. Inest tamen tacita conditio si existat, *l. 1. D. de condition. & demonstrat.* potestque ea res ad hæredes legatarij transmitti, *l. cùm illud, §. vlt. D. quando dies legat. cedat. l. conditiones, D. de condition. & demonstrat.* si vni & eidem pluries legetur ab eodem testatore, semel tantum debetur. Vide latè Molin. *disp.* . 01. *à n. 2.* hæc enim omnia sunt externi fori, sicut & quæ tradit reliquis quatuor disputationibus consequentibus.

9 Tertium caput de propositis initio huius art. spectabat ipsum legantem, de quo nihil aliud habeo dicere, quàm eum omnem & solum legare posse qui potest testari, *l. 2 de legatis* 1. legata enim aut testamento, aut codicillo relinquuntur, is autem omnis & solus qui testamentum condere, codicillum etiam facere potest, *l. diuus §. codicillos. D. de iure codicillorum.*

10 Quartum caput legatarium contingit, & in vniuersum quidem, iidem autem qui hæredes institui possunt, possunt & legatarij, *§. legari, Inst. de legat.* Quæritur verò an mendicantes & præcipuè Franciscani possint constitui legatarij, qua de re diximus alibi, vbi de dominio. Non possunt enim habere pensitationes perpetuas, aut redditus, possunt tamen alia legata. Causa tamen alimentorum relinqui possunt Religiosis omnibus legata, & redditus perpetui, vt obseruat Benedict. *in c. Raynutius. vers. & vxorem. n. 162. & vers. si absque liberis, in 2. tract. de fideicommiss. substitut. n. 7. & 8.* quia alimenta cuilibet incapaci etiam deportato & damnato in metallum relinqui possunt, *l. 1. D. de his quæ pro non script. l. is qui annua 12. D. de aliment. & cib. leg.* & Bart. *in l. seruos, eod. tit.* Gloss. *l. non distinguemus. §. sacerdotio, D. de receptis arbitris.* Adeò vt obligatio alimentorum cùm naturalem præstationem habeat, capitis diminutione perseueret, *l. eas obligationes, l. pen. D. de cap. minut.* Quare legatum relictum à matre in alimenta duobus liberis quorum alter Benedictinum, alter Prædicatorum Ordinem professus erat, confirmatum est à suprema Curia 14. Aug. 1584. vt refert Chopp. *lib. 3. de sacra polita, tit. 1. n. 18. & lib. 2. monast. tit. 1. n. 20.* Robert. *lib. 4. rerum iudicatarum c. 3.* Charondas *lib. 7. respons. c. 1.*

Secundò legata in opera pia possunt commit- 11
ti alicuius fidei & dispositioni, etsi non designentur in testamento. Atque ita tria millia aureorum relicta Ioanni Pelletario Parocho diui Iacobi *ad Macellum*, vt in opera pia sibi à testatori declarata, & quæ prohibebat ab illo diuulgari, sicut & cogi ad rationem impensarum, pronuntiarunt partes in splendida Purpura legitimè legata, & testamentum suo iudicio firmarunt 23. Decemb. 1580. vti refert Chopp. *lib. 3. consuet. And. c. 2. tit. 4. n. 5.* & Robert *lib. 1. rerum iudicatarum, c. 4.* Ioann. Gall. *q.* 65. aliud arrestum an. 1585. habet, quo dispositio Theobaldi Dozereau, qui in dispositione vxoris suæ quam dicebat scire suam voluntatem, posuerat residuum bonorum suorum, & quam ad hoc executricem solam fecerat, erat valida. Quæ omnia innituntur *l. Theopompus 14. D. de dote prælegata*, in quam vide Alciat. *lib. 2. parerg. c. 19.* Chopp. *lib 2. de morib. Paris. tit. 4. n. 19.* quare hæres, cui testator mandauit, vt faciat quod imponet Confessarius, id omnino debet, vt ait Sà *verb. testam. n. 32.* & Bonac. *disp. 3. de restit. p. vlt. n. 5.* & quamuis nihil simile mandatum sit testamento, si tamen suam mentem expressit testator aliqua singrapha quam exhibeat Confessarius, illam omnino ad pias saltem causas exequi debet hæres. Emman. Sà *verb. legatum, n. 51.* Couarr. *c. relatum 1. de testam. n. 12.*

Tertiò hæredes ex diuisione inter eos facta te- 12
nentur inuicem de euictione, non autem collegatarij, quando non sunt nec re nec verbis coniuncti. Quare legatarius contra legatarium euictionis nomine agere non potest, sed hæres contra cohæredes, aut legatarius contra hæredes, hæresque contra legatarium; atque ita decreuerunt PP. 20. Mart. 1607. apud Louet. *lit. L. n. 20.*

In Gallia ex generali regni consuetudine, idem 13
non potest esse hæres & legatarius, vt omnes pragmatici passim asserunt, & habetur in magno consuetudinario *lib. 2. tit. 43. de successión. art. 5. & 24.* Chopp. *lib. 2. de morib. Paris. tit. 4. n. 11. & lib. 3. de legib. And. c. 1. tit. 2. n. 2.* Ratio videtur quia titulus vniuersalis hæreditatis absorbet particularem legati, & cùm ex eiusdem generali regni lege, hæres à morte testatoris mittatur in possessionem, *le mort saisit le vif*, si legatum ipsi factum subsisteret; idem eodem instanti debitor, & suiipsius creditor simul esset. Est porrò hæc consuetudo Francica iuri Cæsareo contraria, nam hæredi potest prælegari, vt valeat legatum pro aliis portionibus, non pro ea parte qua quis hæres est, vt *in l. Titia 35. §. Lucius Titius, D. de legatis 2. l. 3. §. quidam liberis, D. ad Trebellian. l. ex parte 22. l. alteri 25. de adim. legat. l. duos 70. D. de condition. & demonstrat.* Paulus *lib. 3. sentent. tit. 7. de leg. §. 1.* quia prælegatum non censetur iure hæreditario capi, sed præcipuo iure hæredi relinquitur. Ergo non confertur, legatum autem est delibatio hæ-

reditatis,vnde hæredi à semetipso legari non potest. Plures tamen leges municipales iuti Cæsareo hac in parte cosonant, & eundem patiuntur esse hæredem,& prælegatarium circa mobilia & acquisita in linea directa & collaterali, ita vt hæc prælegata non sint obuoxia collationi in partitione bonorum, maximè quando testator id expressit, & tunc hæres potest huiusmodi prælegata breui manu,recta via,& propria authoritate sibi sumere, neque debet à cohæredibus poscere aut expectare, donec ipsi bonorum possessionem adierint, vt iudicatum in cousuetudine Engolismensi,9. Aug.1604. refert Chopp. *lib.3.de priuileg. rust.parc. 3. c.7.n. vlt.* Cùm tamen iure communi legatarius propria authoritate,sibi rem legatam aut eius partem occupans, illam amittat, *l. non est dubium, C. de legatis*, nisi id concesserit testator seu expresse, seu tacitè, vt ait gloss. *in l. Titia,§. Lucius,vers. non sic interpretandam, D. de legatis* 2. An verò legatarius teneatur ad debita defuncti,dixi cum de donatario idem quæreretur.

Quartò legatarius incapax tempore conditi testamenti, si deinde tempore mortis testatoris capax sit,valet legatum, vt *ex l. seruus eius, D.de acquir.heredit.*colligit Molin.*disp.*195.*n.*5.

14 Quintò cùm non constat quis sit legatarius, quia v.g. plures eodem nomine vocantur, neque aliunde deprehendi potest quis designatus sit à testatore, aut si duobus legauit testator,& deinde legatum reuocauit, neque sciri potest vtri illorum ademerit,nullum est legatum, *l.si fuerit,l.si quis pluribus, D. de rebus dub. l.3.§.si quis duobus, D.de adimen.legat.l.duo sunt Titij,D.de testam.tutel.* Molina tamen putat in conscientia, atque etiam in foro exteriori legatum esse diuidendum inter eos de quibus dubium est, *d.*197. n.2. quia non apparet, vnde debiti onere liberetur hæres,sicut non excusatur à restitutione qui nescit cui determinatè sit facienda. Et de legatis piis idem docent Panormit, *c. indicante, de testam.* & Couarr. *ibid.n.*2.habetque apertè *Authent.de Ecclesiastic. tit.§.si quis.*

15 Sextò legatum non potest pro parte acceptari, & pro alia repudiari, sed vel integrum acceptandum est,vel repudiandum, *l.legatarius, D.de legat.*1. acceptando autem partem, censetur reliquum acceptare, *l.si ex asse, D. de acquir.haredit.* Quando autem duæ res legantur, & efficiunt diuersa legata,alteram repudiare licet, *l.4.& 5.D. de legat.* 2. & ex ea quam retinebit tenebitur ad falcidiam.Poterit etiam repudiare partes,quæ ex aliorum legatariorum repudiatione sibi accrescebant *l.vnic.§.vbi autem,C. de caduc. tollend.*Si tamen legatarius obeat ante acceptatum legatum & relinquat plures hæredes,poterunt singuli partes quæ sibi obueniebant repudiare, *l. legatarius, D.de legat.*1.

16 Septimò legatarius testatorem graui iniuria afficiens,vt si eius viduam constupret,legato excidit.Em.Sà *verb.legatum,n.vlt.* expectandam tamen iudicis sententiam,ait Molin.

17 Denique legatis & testamentis derogare posse supremos principes ex iusta causa, tradunt omnes,quia ex eadem causa posset aliqua bona subditis subtrahere, atque in Reipub. commodum applicare. Posse etiam Pontificem pium legatum in alium vsum pium conuertere tradunt Azor. 1. *p.lib.*11.*c.*6.*q.*4.Reginald.*lib.*33.*c.*17.*n.*239. addit Bonac.*disp.*3.*de restit.q vlt.p.vlt.n.vlt.* idem posse Episcopum ex iusta causa si consentiat hæres, & locus pius cui legatum relictum fuerat, & tunc esse tutum hæredem in conscientia. Immò & ipsum sine authoritate Episcopi posse quando legatum non est sufficiens ad opus ad quod est destinatum,commutare in alium vsum,ex Cardinali Tusch. *conc.*273. poterit. Porrò in Gallia vniuersas lites testamentarias pertinere ad forum laïcum latè ostenditur in notis ad Louet, *lit. N. num.*5.

ARTICVLVS II.

De fideicommissis, & quarta Trebellianica.

Fideicommissum quid. 1.
Quomodo fiat. 2.
Quotuplex sit. 3.
Quomodo restituatur. 4.
Detrahitur pars Trebellianica. 5.
An quilibet hares eam detrahere possit. 6.
An fructus percepti computandi sint in illa quarta. 7.
Quid cùm pluribus instituti sunt grauati restituere. 8.

FIdeicommissa dicuntur,quæ fidei hæredis alteri restituenda demandantur, vnde & nomen accepere, & licèt primis temporibus infirma essent, quia nemo inuitus cogebatur præstare id de quo grauatus erat,tamen Augustus motus seu gratia personarum, seu quia quis rogatus per ipsius salutem diceretur,ad iuris necessitatem traxit,quod tam æquũ visum est,vt paulatim etiã prætor proprius crearetur,qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant, §.1.*Inst. de fideicommiss. haredit.* ait enim Pompon.*in l.2.§.deinde, D.de origin.iur. Sexdecim pretoribus ab Augusto constitutis,duos Diuus Claudius adiecit, qui de fideicommissis ius dicerent, ex quibus vnum, D.Titus detraxit.*

Fideicommissa fiunt verbis precariis erga grauatum,qualia sunt, *rogo,peto, mando,fidecommitto, §.vlt. Inst.de singul. reb. per fideicommiss. relict.* & hinc nomen, vt dixi, sumpserunt, quòd in sola fide,pudoreque hæredis consisterent. Hinc Tertull.*lib.de prascr. Sicut Apostoli cauerunt, sicut fideicommiserunt, sicut abiurarunt, sic teneo.* Legata autem fiunt verbis directis, & imperatiuis: fideicommissum aliud est vniuersale,aliud particulare, prius quo totum patrimonium seu hæreditas restituitur,vt, *peto à te Luci, vt cum primum poteris hereditatem meam adire, eam Caio Seio reddas, restituas.* Singulare est,quo rogatur hæres partem hæreditatis restituere,vt,*rogo te Luci,vt vbi hereditatem meam adieris, fundum talem Caio restituas.* Hoc autem fideicommissum singulare vix differe à legatis, vt habetur §. *sed non, Inst.de legatis*, & hinc tituli DD. de legatis inscribuntur de fideicommissis,& clarè id asserit Vlpian. *l.*1. *D.de legatis* 1. Quod enim aliqui subtiliùs disquirunt cum Alciat.an si fideicommissis legata exæquentur,sequatur legatis fideicommissa vicissim æquari, inutile videtur. Certè ab eiusmodi fideicommissis particularibus,quæ vicem legatorum obtinent,non detrahitur trebellianica, de qua statim dicemus.Relinquitur fideicommissum tum testamento, tum ab intestato solo codicillo quem valere

lere etiam inualido testamento diximus aliàs, immò tantum ait esse fauorem fideicommissi codicillo relicti Cuiac.in *aot.ad lib. 2.Institut. de fideicommiss. hæredit. in fine* ; vt omninò præstetur ab hærede, qui fateatur se rogatum, etiamsi nullus fuerit adhibitus testis, & si inficietur, iurare compellatur, & iurare recusans pro confesso habeatur. Hæreditas igitur, seu quota illius quam hæres vniuersalis, aut in quota institutus rogatur, seu grauatur restituere, dicitur fideicommissum, fideicommissaria hæreditas, atque etiam fiduciaria: hæres autem de cuius manu accipi debet hæreditas seu quota eius, qui directò institui debet, dicitur hæres grauatus, aut rogatus, ille autem cui fideicommissum restituendum est, appellatur fideicommissarius, qui non est hæres defuncti, cui non coniungitur immediatè successionis iure, cum fuerit verus hæres interpositus, vnde licet sit fideicommissarius vniuersalis, non dicitur nisi quodammodo hæres, & haberi loco hæredis, vt pluribus docet Tiraquell. *tract. le mort saisit le vif,2.p. declarat.*11.*n.*10. Appellatur etiam fideicommissarius Trebellianus, *l.etiam* 15. *D.vt legatorum seu fideicommissorum seruandorum causa caueatur.* Ita nomine fideicommissarij interdum quoque hæres fideicommisso grauatus, vocatus reperitur, *l.*51.*D.de iudiciis.* Porrò fideicommissarium acquirere dominium non modò vtile sed etiam directum tradit optimè Couarr.*c.Raynutius*,§.10.*n.*4.ex Molinæo *in consuet.Parisi.tit.*1. §.27.*q.*37. quod saltem post acceptum fideicommissum verissimum est.

3 Fideicommissa relinquuntur aut pura aut conditionata, & aut statim post aditam hæreditatem restituenda, aut in diem certam, aut sub modo & ex causa quapiam, quæ omnia de donationibus, & legatis explicuimus. Quæ iterum obseruanda erunt hoc loco, vt qua ratione facienda sit restitutio fideicommissaria ab hærede grauato explicetur.

4 Potest autem fieri restitutio tum re, tum verbo solo, re quidem tum tradendo hæreditatem, tum patiendo animo restituendi vt fideicommissarius eam vel eius partem possideat, animo item accipiendi suum fideicommissum, aut si non fuerit tunc ille animus, deinde ratam habendo eiusmodi possessionem; tum si hæredis nomine ab alio tradatur, aut fideicommissario, aut eius vices gerenti. Verbo etiam fit per epistolam aut internuntium, quæ omnia habentur *l.restituta.D.ad Trebellian.* Si pupillo restituendum est, modo infans aut absens non sit, ipsi quidem facienda erit restitutio ex authoritate tutoris, quæ etiam requiritur, si ipsemet pupillus sit hæres grauatus restituere. Censetur autẽ ipso iure facta restitutio, quoties hæres grauatus, aut noluit hæreditatem adire, aut lite contestata se contumaciter abdidit, aut vbi fuerat requisitus, decessit è vita, quod etiam verum est si fideicommissarius grauatus alteri restituere, vt fieri potest, decedat, si tamen fiat verbalis tantum restitutio, non comparat nisi dominium, nondum autem possessionem ante realem traditionem, *l.facta* 63.*D.ad Trebellian.* An verò iure Gallico fideicommissarius sine reali traditione acquirat possessionem, disputat Tiraquell.*tract. le mort saisit le vif.2.p.declarat.*11. Hæres grauatus cogi potest adire hæreditatem vt continuo eam restituat. Quod verum est etiam quando hæres ab intestato & codicillo fuit grauatus, *l.recusare,per totam.*6.*D.ad Trebellian.* Hærede grauato in delictum incidente si eius bona applicentur, applicabitur & ipsa hæreditas restituendas vsque ad diem restitutionis *l. Statius Florus,§.Cornelio,D.de iure fisci*, nisi testator suæ hæreditatis alienationem aut transitum ad aliam personam prohibuisset. Hærede eodem grauato profitente Religionem, non admittitur ad hæreditatem fideicommissarius, vsque ad diem restitutionis, aut mortem naturalem hæredis, vt tradit Molin.*disp.*86.*n.*3.excipit tamen Societatem nostram, & Minoritas cùm neque in communi neque in particulari harum Religionum professi quidquam dominij iure possidere possint; vnà porrò cum hæreditate transeunt ad fideicommissarium, omnes actiones, siue actiuæ siue passiuæ, quæ aut ipsi hæredi aut creditoribus, & legatariis aduersus hæredem ratione illius hæreditatis competebant.

Quia verò videbatur inutile nomen hæredis, 5
fideicommisso maximè vniuersali grauati, & plerique huiusmodi hæreditates adire recusabant; idcircò concessum est hæredi, vt non restitueret integrum fideicommissum, sed ex eo quartam partem sibi detraheret S. C. Pegasiano, cùm autem plurima ab eo S.C. statuta deindè reiecta fuerint, illud tamen de detractione huius quartæ ex fideicommissis retentum est, & insertum statutis à S.C. Trebelliano, à quo tota res fideicommissorum perspicuè tractata est. Idcircò hæc quarta retinuit nomen Trebellianicæ, vt habetur § *sed quia stipulationes* 7.*Inst.de fideicommiss.hæredit.* Eandem quartam sibi retinere possunt hæredes ipsius hæredis grauati, post cuius mortem fit restitutio, *c.Raynaldus, & c. Raynutius, de testam.* Si tamen testator voluisset suum hæredem retenta aliqua parte quam designat, reliquum hæreditatis restituere alteri, non posset hæres præter partem sibi relictam à testatore, etiam detrahere Trebellianicam, sed tota reliqua eius hæreditas, eiusque actiones omnes fideicommissario restituendæ erunt in solidum, & res quæ manet apud hæredem sine vllo onere hæreditario apud ipsum manet, quasi ex legato ipsi acquisita: cùm verò quarta parte retenta rogatus est hæres restituere hæreditatem, & restituit, scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium; pro quadrante remanent apud hæredem, quod verum est etiamsi ex testatoris mente, pars percepta ab hærede sit maxima hæreditatis portio; nam etiam tunc transferuntur actiones in solidum, & secum deliberare debet ia cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui §.*si quis vna* 9.*Inst.de fideicommiss. hæredit.l.*1. §.*si hæres* 16.*D.ad Trebell.* Si pars retenta non pertingeret ad quartam, eius complementum retinere poterit hæres, & quoad illud solum complementum diuidentur actiones & onera hæreditaria inter ipsum & fideicommissarium. Hanc quartam non potest detrahere fideicommissarius grauatus cuipiam tertio eamdem hæreditatem quam ab hærede accepit restituere, oportet enim quasi hæredem rogari *l.*1.§.*inde Neratius* 19.& *l.mulier* 22. §. 5. *D. ad Trebellian.* quod pluribus confirmat Molin.*lib.*1.*de primog.c.*11.*n.*30. Si tamen hæres noluisset ex mera liberalitate quartam deducere cum restituit fideicommissario, posset ille deinde eandem Trebellianicam tãquam sibi ab hærede donatam seruare, dum alteri fideicommissario redderet, vt habetur *citato* §.*inde Neratius.* Atque in dubio præsumendum est hæredem qui non detraxit Trebellianicam, voluisse illam donare. Ex quibus

vides

vides hæredem grauatum non posse detrahere duas portiones ex hæreditate restituenda, nimirum quam ipsi præcipuam reliquit testator, & Trebellianicam, sed altera contentum esse debere, nisi computare velit quod accepit à testatore in ipsa quarta.

6 Quæritur verò an filius seu quilibet alius primi gradus descendens vel ascendens grauatus restituere hæreditatem, præter legitimam sibi debitam, in qua nullum potuit apponi grauamen, licitè retineat Trebellianicam.

Resp. Couarr. *c. Raynutius, de testam.* §. 11. *n. 5.* Molin. *lib. 1. de primog. c. 17. n. 4.* & noster Molin. *disp.* 187. *n. 5.* Less. *lib. 2. c. 19. n. 90.* si statim facienda sit restitutio ab adita hæreditate, non posse detrahi duas portiones simul, si autem fiat tantum restitutio impleta aliqua conditione quæ suspendit eam in futurum, aut in diem certum, neque simul sint duæ portiones deducendæ, posse successiuè detrahi, quod etiam volunt valere in ascendentibus quoties ipsis legitima debetur, atq; ita *c. Raynald.* & *c. Rayn. de testam.* Quæ duas portiones detrahi permittunt, cũ iure ciuili conciliant, dicuntque sententiam esse commonem.

7 Quæritur secundò an fructus percepti, sint computandi in Trebellianica?

Resp. fructus perceptos viuente testatore, aut eo moriente pendentes, vt segetes & poma partes esse hæreditatis, & vnà cum illa restituendos, aut si seruentur, computandos in Trebellianica. Idem dico de fructibus mortuo testatore, ante aditam hæreditatem perceptis, accrescunt enim hæreditati, *l. ita tamen* 27. §. 1. *D. ad Trebell.* Restringit tamen Molin. *disput.* 187. *numero* 12. ad hæredem extraneum, hæres enim suus ante aditam hæreditatem, dominium illius compatat, ac facit proinde fructus suos ac si illam adiisset. Quod verius erit in Gallia vbi *le mort saisit le vif*; & hæres fine aditione teali mittitur in possessionem hæreditatis. Fructus percepti post hæreditatem aditam, vel percepti sunt iudicio testatoris, cuiusmodi sunt, qui collecti sunt interea dum aduenit dies restitutionis præfixus à testatore, aut impletur conditio quam ipse apposuit; vel percipiuntur fine iudicio testatoris, qui purè grauauit hæredem restituere absque temporis præfinitione: si igitur testator non iussit restitui fructus, aut expressè aut saltem tacitè, quia, v.g. distulit hæreditatem in fauorem fideicommissarij non hæredis, fructus testatoris iudicio percepti computari debent in quarta, qui si illam non æquent, aliunde complenda erit, si supetent, seruat etiam illum excessum, *l. in fideicommissariam*, *l. mulier*, § *si hæres*, *D. ad Trebellian.* Fructus non percepti iudicio testatoris, negligentia aut absentia fideicommissarij non petentis hæreditatem, non restituuntur, neque numerantur in quarta, quam præterea deducit. Cùm enim hæres sit verè dominus hæreditatis, facit fructus suos nisi sit in culpa & mora restituendi hæreditatem. Excipit tamen Molin. nisi Ecclesiæ aut minori 25. ann. fideicommissum restituendum sit, nam adueniente tempore restitutionis, hæres censetur esse in mora nisi minori etiam non petenti restituat. Quoties autem hæres est in culpa & mora restituendi, fructus in quarta nomeret necesse est, & si quid superfit, reddat, vbi autem facta est restitutio seu re seu verbo, fructus omnes fideicommissarij sunt. Excipiuntur ab hac fructuum computatione in quartam hæredes qui sunt de liberis primi gradus, & quibus legitima portio in bonis testatoris debita sit, ad illos enim tunc pertinent omnes fructus, donec sint in mora restituendi *l. iubemus, C. ad Trebellian.* Et communis sententia docet apud Couarr. *c. Raynutius, de testam.* §. 11. *n.* 4. Molin. *lib. 1. de primog. cap. 17. n. 32.* Omnibus verò hæredibus etiam proximis primo gradu inter descendentes prohiberi posse à testatore deductionem Trebellianicæ, cum communiori sententia docet Molin. *disp.* 187. *n.* 23.

Cùm plures sunt instituti, si vnus suam partem restituere grauatur, debet etiam quod ipsi accreuit ex cohæredum decessu reddere, quia illud totum accreuit portioni hæreditatis, & non personæ institutæ io vniuersa hæreditate reddenda: non permanent iura sepulchrorum defuncti, permanent enim apud hæredem & non transeunt in fideicommissariũ, *l. quia perinde* 42. *D. ad Treb.* Loquimur autem de iuribus sepulchrorum familiarium, quæ habent omnes qui sunt ex eadẽ familia, & non proueniunt ex hæreditate, quæ dicuntur hæreditaria, quæ negamus transire vnà cum hæreditate ad fideicommissarium: qua de re adi Molin. *lib. 1. de primogen. c. 14. à n.* 35. vbi etiam dicit idem de iure patronatus. 8

ARTICVLVS III.

De substitutione.

Quid sit substitutio. 1.
Quomodo fiat iure Gallico. 2.
Quotuplex sit. 3.
Vulgaris quid. 4.
Pupillaris. 5.
Exemplaris. 6.
Fideicommissaria. 7.
Breuiloqua. 8.
Compendiosa. 9.

Hæc materia latissimè patet & ferè pertinet ad forum contentiosum, quare pauca tantum perstringemus ex Couarr. *in cap. Raynutius de testam.* §. 4. *& seqq.* & Molin. *à disp.* 182. *ad* 191. 1

Reiecta Accursij definitione dicentis substitutionem non aliud esse quàm sequentem institutionem, vt strictiore, cum non conueniat fideicommissariæ substitutioni, Couarr. §. 4. *in cap. Raynutius, n.* 1. ait esse cuiuscumque rei in posteriorem personam collationem. Posterior autem persona dicitur illa quæ priorem aliquam, cui ius ad eandem rem competebat, præmittit, *l. in duobus reis.* Dici etiam potest vnius vel plurium, in locum alterius aut plurium ad aliquam rem facta vocatio, atque vt ad rem testamentariam & ad dispositiones vltimas arctemus, est vnius vel plurium ad aliquam rem testamento vel codicillis, aliâve vltima voluntate relictam, in locum vnius, vel plurium vocatio.

Dixi ad rem testamento, vel codicillis relictam, quia aliquæ substitutiones fieri possunt solũ testamento, aliæ possunt & codicillis, vt de substitutione fideicommissaria dicemus, omnis tamẽ ex iure cõmuni fit per dispositionem aliquã vltimæ voluntatis. Iure verò Gallico fiunt etiã aliquæ per contractũ maximè matrimonij, cũ enim Gallicis moribus non solũ testamẽto, sed etiã in contrãctu matrimonij hæres institui possit, vt nuper dixim*, poterũt etiã substitutiones dispositionib. aliis quã vltimarum 2

vltimarum voluntatum, & vocantur substituti omnes cotractuales, aut conuentionales, vt habet Benedict. *in cap. Raynutius. verf. duas habens filias, numer.* 198. & consonat constitutio Aurelian. art. 59. & Molinensis art. 57. æqualis autem efficacitatis sunt com restamentariis quoad excludendam impediendamve alienationem, ita vt creditor non possit in hypothecam accipere dona substituta etiam conuentionali substitutione, & à debitore possessa. Vt iudicatum 6. Mai. 1589. in summa Classe seu Exedra, refertur in notis ad Louet *lit. S. n.* 9.

3 Substitutiones aliæ dicuntur directæ, aliæ obliquæ, directa substituto hæreditatem defert sine alterius ministerio, & restitutione. Indirecta seu obliqua hæreditatem defert substituto ex alterius ministerio, vt contingit in fideicõmissaria. Hæres enim institutus grauatur alicui tertio hæreditatem restituere. Sex numerantur species; vulgaris, pupillaris, exemplaris, fideicommissaria, breuiloqua, seu reciproca, & compendiosa, quibus addunt aliqui militarem.

4 Vulgaris substitutio est qua quiuis iure non prohibitus, potest substitui à quouis testatore, & idcirco dicitur vulgaris, quia omnibus & ab omnibus fieri potest. In ea subintelligitur duplex conditio, si hæres institutus noluerit, aut non potuerit esse hæres; tunc enim substitutus succedit. Appellant iurisperiti caput impotentiæ & voluntatis. Fit hæc substitutio verbis generalibus, vt instituo Caium & ei Sempron um substituo. Secundò verbis specialibus, Caium instituo, & si is non erit hæres, substituo Titium: vel verbis singularibus, instituo Titium, & si is noluerit esse hæres, substituo Caium. Sempronium instituo, si is non potuerit esse, substituo Scæuolam. Hæ conditiones intelliguntur in verbis generalibus; & quando exprimuntur specialissimè, & veluti in indiuiduo, dicitur fieri substitutio per verba indiuidua. Quando autem exprimitur vnum tantùm caput seu conditio in vulgari substitutione, extenditur ad aliud, vt ait Couarr. §. 4. *n.* 5. *in cap. Raynutius.* Si enim Sempronium quis instituerit, & si noluerit esse hæres, substituerit Caium, erit locus substitutioni, etsi Sẽpronius non potuerit esse hæres morte præuentus aut aliunde impeditus fuerit, *l. Gallus, §. & quid si tantũ, D. de liberis & posthumis.*

Hæres cui aliquis vulgariter substituitur est transmittit suam legitimam nondum aditam iore sanguinis, ad descendentes, & iure suitatis ad quoscunque suos hæredes, modo illam non repudiauerit. Quare in legitima hæredes erunt præferendi substituto. Ita Mol. *disp.* 83. *n.* 11. ex aliis. Quia legitimæ neque conditio, neque grauamen vllum apponi potest. Addit *n.* 13. ipsam hæreditatem non aditam iure sanguinis ad quoscunque descendentes, & iure deliberandi ad quoscunque ipsos hæredes trãsmitti, etsi sit datus substitutus vulgaris, in aliis autem casibus hæreditatem pertinere ad substitutum. An verò quando testator multos instituit hæredes, quibus aliquem substituit, & vnus desinat esse hæres, illius portio reliquis accrescat an pertineat ad substitutum, pendet ex voluntate testatoris, quæ ex verbis colligi maximè debet.

Substitutio vulgaris, cessat vbi per verom hæredem adita est hæreditas, *l. post aditam 5. C. de impuber. & aliis substitutionibus*, qoia hæc substitutio conditionara est, si is qui datus fuit hæres, non fuerit hæres, seu quia noluit, seu quia non potuit. Si ramen alia substitotio cum vulgari implicata fuerit, vt est sæpe pupillaris, extincta vulgari, alia connexa, vt pupillaris, non idcirco statim extinguitur. Deinde si substitutus decedat antequam conditio sub qua erat substitutus, impleatur, substitutio expirat, neque ius & spes illius transit ad hæredes, *l. sed si plures 10. D. de vulgar. & pupill. substitut.*

Substitutio pupillaris est sobstitutio directa quæ 5 liberis impuberibus in potestate testantis constitutis, nec eios morte in alterius potestatem recasuris intra pubertatem fit. Cùm enim ante pubertatis annos nequeat valide condi testamentum. Parer aut anos qui habet impuberem in sua potestate, loco eius condit testamentom illi; vnde in hac pupillari substitutione duo esse quodammodo testamenta, alterum patris, alterum filij, taoquam si ipse filius sibi testamentum condidisset, traditur §. *igitur. Inst. de pupill. substit.* Debet autem impubes esse in potestate testatoris, quare mater non potest substituere pupillariter, neque pater filio emancipato, neque vllus alicui extraneo, aut filio naturali, quia illegitimus non censetur in potestate patris, aut etiam consanguinei collateralis. Debet etiam post mortem testatoris non recidere is cui substituitur, in alterius potestatem. Quare auus nõ potest pupillariter substituere nepoti viuente patre, quia mortuo auo recidet in potestatem patris, & pater non potest substituere filio, viuente auo in cuius potestatem mortuo patre recider. An verò debeat esse in potestate testatoris eo momento quo conditur testamentum, an sufficiat vt sit moriente testatore, controuersia est. Hoc postremum tenet cum Barthol. & communi sententia, Molina *disp.* 184. *num.* 5. vbi obseruat in Lusitania standum Bartholo, vbi neque communem opinionem, neque Accorsij glossam contrariam habent. Cooart. tamen §. 5. *in c. Raynutius. n.* 8. aliud cum omnibus iunioribus docet, & requirit vt impubes sit in potestate testatoris dum condit testamentum. Conditionata est hæc substitutio, si in ætate pupillari decesserit impubes, & tacitam etiam vulgarem, nisi aliud constet ex testatoris voluntate, contioet. Fit aut verbis generalibus aut specialibus, si meminerit ætatis pupillaris, aut specialissimis, instituo Titium filium meum impuberem, & si in ætate pupillari decesserit post mortem meam substituo illi Seium, expirat si ante pupillum substitutus decedat. Deinde statim atque pupillarem ætatem excedit pupillus. Tertiò dum fit sui ioris viuente testatore, cui illi pupillariter substituerat, si v.g. pater coodito testamento, & substituto aliquo filio impuberi profiteatur in religione, etsi decedat ante pubertatis annoa filij, qui etiam impubes decedat, bona eius ad hæredes ab intestato pertinent, non ad substitutum, quia filios erat egressus patriam potestatem.

Substitutio exemplaris ea est qua quis filio 6 amenti vel prodigo aot alia ratione prohibito testari, aliqoem substitoit; dicitur exemplaris, quia ad exemplum pupillaris inuenta est. Potest fieri à patre, matre, auo, aoia, vide Couarr. §. 6. *in c. Raynut.* & Mulin. *disp.* 185. Expirat si filius ad sanam mentem redeat, aut ad bonam frugem, nec fit periculum recidiuæ.

Substitutio fideicõmissaria obliqua est, seu indi- 7 recta, qoa hæres grauator alicui hæreditatẽ restituere, vel eius partẽ aut quotam, dicitur indirecta quia per eam defertur hæreditas aut eius pars ad fideicõmissariũ, non directè à testatore, sed alterius ministerio, quare fieri potest per codicillum, non reliquæ, quia codicillo nullus potest directè institui

institui hæres, quod fit in omnibus directis substitutionibus, quæ sunt secundæ quædam institutiones, poreſt ıamen grauari aliquo onere hæres per codicillum, quale grauamen est hæc substitutio, quamquam ex benigna iuris interpretatione etiam directæ substitutiones codicillis factæ, valere solent, potest verò hæres sic grauatus detrahere sibi quartam Trebellianicam, vti superius diximus de fideicommissis, quibus nihil addendum hoc loco superest.

8 Substitutio breuiloqua, & reciproca est per quam hæredes sibi inuicem substituuntur, vt *instituo filios meos hæredes, quos sibi inuicem substituo*. Illa plures continet substitutiones, tum quoad personas saltem duas, tum quoad res ipsas, si sint aut vulgares aut pupillares, aut fideicommissariæ, vt si fiant codicillo aut testamento, rogetur hæres, vt qui prior decesserit, alteri restituat hæreditatem.

Substitutio compendiosa plures substitutiones comprehendit, quoad diuersa tempora. 9 Instituo filium meum Caium, & ei substituo quandocumque morietur Sempronium. Si enim Caius aliqua ratione non fiat hæres, ei succedit Sempronius vulgari substitutione, si moriatur in ætate pupillari, succedit Sempronius substitutione pupillari. Si moriatur Caius post ætatem pupillarum, succedit ei Sempronius ex fideicommissaria, si incidat in amentiam Caius, succedet illi Sempronius substitutione exemplari.

Infinitæ porrò quæstiones, quæ circa has omnes substitutiones, excitantur à iuris interpretibus nostri instituti non sunt, vt vides; quare ab illis petere poteris, & non à nobis expectare.

LIBER

LIBER SEXTVS

De obligationibus ex delicto, & quasi delicto.

VO quadam veluti summa obligationum genera constituit Imperator §. 2. Instit. de obligat. quod etiam dixerat Caius in l. 1. D. de obligat. & action. Primum est earum quæ ex contractu, vel quasi contractu nascuntur; Alterum quæ ex delicto, vel quasi delicto contrahuntur, atque vt loquuntur Basilica αἱ ἐνοχαὶ ἀπὸ συναλλάγματος ἢ ἀπὸ ἁμαρτήματος τίκτονται. Ex mente sine dubio Aristotelis, qui lib. 5. Ethicorum cap. 5. quod monuimus lib. 1. huius operis cap. 1. art. 1. n. 6. diuidit omnia συναλλάγματα in ἑκούσια voluntaria, & ἀκούσια inuoluntaria: priora illa continent conuentiones omnes, & contractus, atque pacta quæ voluntatem & consensum contrahentium requirunt, quæ nomine commerciorum designamus. Posteriora synallagmata inuoluntaria, sunt ea omnia quibus quoquo modo violamus, & iniuria vel damno proximum afficimus, vt adulterium, homicidium, furtum, rapina & similia, quæ licet sint voluntaria committenti, non tamen voluntaria sunt iniuriam patienti, vti sapienter respondet S. Thomas lect. 4. in lib. 5. Ethicorum. Priora illa συναλλάγματα, & commercia hactenus toto hoc opere explicuimus, atque obligationes & iura quæ in contrahentibus pariunt, neque tamen adhuc amplitudinem vocis συναλλάγματος apud Aristotelem assequuti sumus, restantque nobis explicanda συναλλάγματα ἀκούσια, quæ alia non sunt quam delicta, quibus alteri iniuriam facimus, vel damnum creamus, ex quibus nascuntur quoque obligationes reparandi iniurias & damna allata, quæ obligatio tum naturalis est, tum ciuilis, quam adiungit lex obligationi naturali, vt ex ea nascatur actio ad cogendum delinquentem ad eiusmodi damni reparationem: reiiciunt enim passim Doctores glossam in §. ius autem gentium, Instit. de iure naturali gentium & ciuili, vbi negant ex maleficio naturalem obligationem oriri defectu consensus, in delinquente. Falsum siquidem est hanc obligationem naturalem oriri necessariò ex consensu, oritur siquidem ex æquitate naturali, quæ postulat, quod sæpius diximus, neminem ab altero lædi, & si ab eo lædatur, læsionem eiusmodi reparari; quia verò plerique non satisfaciunt huic obligationi naturali, addidit lex obligationem ciuilem ex qua eiusdem legis concessione nascitur actio, vt delinquens & reus cogatur à publica potestate implere obligationem, quam ex maleficio contraxit, sicut dantur actiones quibus contrahentes suas obligationes implere compellantur. De illis obligationibus, non ex pactis & conuentionibus, vel commerciis, sed ex maleficiis & delictis prouenientibus, disputabimus hoc loco, vt omnia quæ pertinent ad συναλλάγματα, ex mente Aristotelis, explicata habeas; neque videri debet à nostro instituto aliena ista disputatio, quasi ad solum forum externum, cuius tricas, & ambages aliis explicandas vel abrumpendas relinquimus, pertineat: nam non sola hoc loco ciuilis attenditur obligatio, sed etiam naturalis, quæ seclusa omni lege positiua, ex naturali æquitate sequitur, & quam omnino forum internum considerat. Deinde cùm hæc naturalis obligatio quoad quantitatem & qualitatem sæpius incerta sit, neque satis liquidò definiri queat, pendeatque ex prudentum arbitrio, non aliunde certius dignoscetur, quàm ex legis & iuris positiui definitione, & iis quæ de eiusmodi obligationibus præscribit, atque actionibus quas eam ob causam concedit, quamuis enim illæ actiones pœnales, vel vt loquitur Fabius lib 7. cap. 4. pœnariæ sint, & nemo teneatur pœnam, maleficio quod commisit, à lege impositam subire, atque in seipsum exequi, ante sententiam saltem declaratoriam criminis, ex ea tamen actione, ac pœna grauitas obligationis tum ciuilis, tum naturalis, quæ per eam vrgetur, vel plectitur, innotescit. Non possumus igitur ab hac disputatione de obligationibus ex delicto siue maleficio, abstinere, nisi doctrinam de synallagmatis, & omni genere commerciorum, vti vulgus vocem illam, quamuis perperam, quod quondam monuimus, reddit, imminutam esse velimus.

CAPVT I.

Doctrina vniuersalis de obligationibus ex delicto.

ARTIC. I. *Quid & quotuplex sit delictum, & obligatio ex delicto.*
II. *Quid sit damnum, & noxa, & quid actio noxalis.*
III. *Qualis & quanta sit obligatio ex delicto.*

CVM plurima ex iure tota ista intricatissima disputatione de delictis & obligationibus ex illis consequentibus afferenda sint. Præcisis tamen pro more nostro, tricis omnibus forensibus, nonnulla ex eodem iure præmittenda sunt, ne quarundam vocum ignoratione, vel in perpetuis versemur tenebris, vel eadem sæpius cùm lectoris nausea repetere, & importunè obtrudere cogamur.

ARTICVLVS I.

Quid & quotuplex sit delictum, & quasi delictum, quidve obligatio ex delicto, & quasi delicto.

Quomodo differat obligatio ex contractu, & quasi contractu. 1.
Quid sit obligatio ex delicto. 2.
Quid sit obligatio ex quasi delicto. 3.
Diuisio delictorum in priuata, & publica. 4.
Differentia illorum inter se. 5.
Alia diuisio delictorum. 6.

1 SVpposita illa summa & primaria diuisione obligationis in eam quæ ex contractu, vel quasi contractu, & eam quæ ex delicto vel quasi delicto nascitur, statim apparet ex hactenus toto hoc opere disputatis, obligationem ex contractu nasci ex aliquo negotio inter contrahentes mutuo consensu gesto, siue re, siue verbis, siue litteris, siue nudo consensu contrahatur. Obligatio verò ex quasi contractu nascitur ex iuris præsumptione, inter ignaros, aut etiam inter inuitos. Itaque perpetuum est illud inter contractus, & quasi contractus discrimen, vt contractus non fiant nisi inter scientes, consentientes, & volentes, *l. 1. D. de pactis*, quare voluntariorum illis nomen tribuitur *l. 4. C. de vsufructu*, at verò quasi contractus inter inuitos vel ignorantes nullo tractatu habito, & expressa voluntate, sed sola præsumptione, & intellectu iuris præsumitur, malè verò tacitam conuentionem vocant nonnulli, nisi addatur inter ignorantes ex iuris præsumptione, alioquin omnis tacita conuentio quasi contractus esset, quod quantum abhorreat à vero, inde patet, quod innumeræ tacitæ conuentiones, veri contractus, qui etiam iuris præsumptione fieri intelliguntur, & non tantùm quasi contractus existant. Sic in omnibus contractibus quod tacitè inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l. 5. D. de reb. credit.* Datur tacita quædam societas cùm duorum vina voluntate ipsorum confusa sunt, *leg. 7. §. voluntas. D. de acquir. rerum dom.* Mandatum tacitum cùm quis pro se fideiubere patitur, *l. qui patitur* 18. *D. mandati.* locatio & conductio tacitè contrahitur cum post exactum locationis tempus idem conductor perseuerat, *l. idem quaeritur, 13. §. vltimo. D. locati,* & in aliis similibus; in quibus omnibus vides interuenire aliquem consensum, voluntatem, & scientiam contrahentium, quod non contingit in quasi contractibus in quibus ignorans, atque aliquando inuitus, & absens obligatur, licèt non interueniat consensus vtriusque, lex siquidem quasi pro altero consentit. Eiusmodi quasi contractus quinque enumerat Imperator *Instit. de obligation. quasi ex contractu.* Primus negotiorum gestio, quando quis aliena negotia in alicuius absentia, sponte, & sine mandato suscipit, & vtiliter gerit. Secundus est tutela, quia tutor & pupillus inuicem obligantur circa administrationem bonorum pupilli, cuius tamen consensus non requiritur, cùm ignoranti, & inuito pupillo tutor dari possit, *l. necnon 6. D. de tutoribus.* Tertius est communio rerum, non quidem ex societate quæ expresso consensu contrahatur, sed præter spem & propositum, forte quadam, cum inter ipsos nihil ad illius rei acquisitionem actum aut conuentum sit, v.g. Titio, & Mæuio simul eadem res legata vel donata est, & forte Titius solus ex illa re fructus collegit, aut Mæuius impensas in eam rem necessarias fecit, vides ex æquitate naturali oriri obligationem ad diuidendam rem communem, diuidendos fructus, refundendas impensas, vbi neque fuit proprius contractus, neque delictum, dabitur igitur ex quasi contractu actio communi diuidundo. Quartus aditio hæreditatis propter quam inter cohæredes datur actio familiæ erciscundæ, cùm nemo inuitus in communione manere cogatur: aliqui adiungunt actionem finium regundorum, quatenus præstationes personales complectitur. Pertinet huc quoque obligatio inter hæredem, & legatarium cum inter illos nihil actum sit, aut delictum admissum. Quintus denique actio indebiti per errorem soluti, quibus alia quædam adiungi possent. De his omnibus actionibus egimus, vel suo commodo loco acturi sumus. De negotiorum gestione, *lib. 1. cap. 3. art. 6.* De tutela & hæreditate ac legatis inferiùs vbi de testamentis. De indebita solutione per errorem facta hoc libro dicemus. De communione rerum vbi de dominio. Quibusnam verò modis impleantur istæ obligationes, docemus, dum illas in singulis contractibus, & quasi contractibus explicabimus, & in vniuersum modos generales quibus tolluntur obligationes hoc ipso opere *lib. 5.* vbi de solutionibus.

Alterum genus obligationum dicebamus cum Iustiniano oriri ex delicto, vel quasi delicto, quæ ex aliquo facto alteri nociuo & malo, siue maleficio, absque vlla præuia conuentione expressa, vel tacita, nascuntur, vnde Imperator *Instit. de obligation. quæ ex delicto*, sapienter hoc discrimen inter obligationes ex contractu, vel quasi contractu, & obligationes ex delicto vel quasi delicto, constituit, quod priores illæ contrahantur re, verbis, litteris, & aliquando nudo consensu, quod in variis contrahendi modis hactenus, *lib. 3. & 4. huius operis, & in opere de vsuris* fusiùs ostendimus. Ideoque earum obligationum est quadripartita diuisio, quod dixit quoque Caius in *leg. 1. de obligation. & action.* At verò obligatio- 2
nes

nes quæ ex maleficio nascuntur vnius generis sunt, vt pote quæ re tantum consistunt, id est ipso maleficio, vt inquit Caius *in leg.4. D. eodem*, quæ verba retulit ipse Iustinianus, & sanè furtum, rapina, damnum, iniuria, re fiunt, non solo animo aut voluntate, vt enim ait Vlpian. *l. si quis* 52. §. 13. *D. eod. Verbo aut scriptura sola, quis furtum non facit sine contrectatione rei alienæ, quare & opem ferre, & consilium dare tunc nocet cum secuta est contrectatio.* Et Paul. *leg. cum æs.* 20. *D. eod. Cum æs pignori datur etiamsi aurum esse dicatur, furtum non fit*: quamuis Sabinum aliud sensisse testetur Aulus Gellius *lib.* 11. *cap. vltimo.* Neque dicas iniuriam fieri verbis, vt conuitio, contumelia, calumnia atque etiam litteris, vt famosis scriptis, nam verborum & litterarum obligatio in illa quadripartita diuisione Caij, & Iustiniani obligationum ex contractu, non eam significat, vti etiam monuimus alias, quæ quibusuis verbis aut scriptis contrahitur, sed per verba quædam solemnia, nempe stipulationem, & per scripta & litteras quibus contrahitur obligatio, intelligunt tabularum nomina, de quibus diximus nonnulla in opere de vsuris *lib.* 1. *cap.* 3. *art.* 1, *à numer.* 13. Nomen quoque rei in eadem diuisione non significat sine consensu, aut verbis contractum perfici, ex eoque manare obligationem, sed potius non fieri contractus aliquos solis verbis aut consensu, nisi res ipsa de qua contrahitur, exhibeatur actualiter, vt vides in mutuo, commodato, deposito, donatione & aliis, quæ omnia obseruauimus nuper *lib.* 3. *cap.* 1. *art.* 1. at verò obligationes ex delicto in ipso tantum maleficio, atque re consistunt, vt dicebat Caius, vbi rei nomine ipsa delicta, & facta significat, est enim hæc rei vox vniuersalior, & velun transcendens, vt inquit Gotofredus in notis ad *leg.* 1. *D. de rebus creditis.* Vide Francisc. de las Caldas, *in repetit. leg. si minorem. v. res, Cod. de in integrum restitution. minorum.* Dicitur & hæc obligatio *ex facto* ab Vlpiano *leg.* 25. *D. de obligation. & action. Quoties ex eo teneri quis incipit quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit, vel damnum dedit.* & Modestin. in *leg.* 52. §. 8. *D. eod. Ex peccato obligamur cum in facto quæstionis summa consistit.* Dicitur denique obligatio, vti iam monuimus, ex maleficio, quia illud factum malum, alteri damnosum & noxium est, quamuis enim hoc nomen ex vulgari quoque consuetudine iam inde à Constantini temporibus, ad magicas, & illicitas artes restrictum sit, & maleficus dicatur, qui vt loquitur *l.* 7. *C. de malefic. & mathematic. magicis carminibus*, vel vt habet *l.* 6. *C. Theod. tit. eod. contaminibus adsuetus est*, & vt loquuntur Gratian. Valentin. & Theod. *in leg.* 6. *C. Theod. de indulgent. crimin. qui noxiis quæsita graminibus, & diris immurmurata secretis, mentis, & corporis venena componit*: commune tamen est maleficij nomen ad quoduis delictum, flagitium & crimen, *leg.* 52. §. *vlt. & leg.* 54. *D. pro socio, & leg.* 5. §. *heres. D. de obligation. & action.* Sic dicitur maleficij particeps, qui partus subiecti fuerat particeps, *leg.* 2. *D. de carbon. edict. maleficij societas*, *leg.* 57. *D. pro socio*, maleficiorum fideiussorem accipi non posse, *l.* 70. §. *vltimo. D. de fideiussoribus*; diuersa esse maleficia furis, & eius qui deteriorem seruum fecit, *leg.* 11. §. *quamuis*, *D. de seruo corrupto, & alibi*, hæc significatio maleficij vt pote natiua, atque ipso ethymo deducta passim occurrit in iure.

Quia verò facta aliis mala damnosa & nociua fiunt aliàs cum nostra culpa, & peccato, ac delicto; aliàs sine nostro peccato, nobis tamen imputantur ex alieno facto, propter aut negligentiam, aut imperitiam, aliamve similem culpam; aliqua maleficia dicuntur delicta, alia quasi delicta, quamuis si rigidè loquamur delinquere sit quid minus, quàm peccare, delinquere enim est quidpiam prætermittere Festo, & vt obseruat Scaliger apud veteres deficere. *Tubero num delinquit, aut superest aliquid tibi.* Cœlius in historita; *Delinquere frumentum, Sardiniam hostes tenere.* In sacris quoque litteris peccatum à delicto differre certum est, cùm *capit.6. Leuitici*, tractetur de hostia pro peccato; & *in cap.* 7. de hostia pro delicto, & hoc posteriore loco dicitur lex vna fore, id est similis hostia pro peccato, & pro delicto, *v.* 7. *Sicut pro peccato offertur hostia, ita & pro delicto*, idcircò multi sunt interpretes in assignando discrimine inter peccatum & delictum, quod diligenter præstitit Ribera, *lib.* 4. *de templo, cap.* 6. Lorin. *in Leuitic. cap.* 7. *v.* 1. Vatabl. & Origen. *homil.* 5. *in Leuit.* peccatum esse aliquid grauius, delictum aliquid minus. peccatum esse commissionem, delictum omissionem, dixere Augustin. *q.* 20. *in Leuitic.* Gregor. *homil.* 21. *in Ezech.* Hugo Victor. 1. *miscellan. c.* 185. & alij. Alia discrimina tradunt alij. S. Thomas 2.2. *q.* 79. *art.* 4. *ad* 1. vult delictum communiter significare quamcunque omissionem, strictè verò omissionem eorum quæ pertinent ad Deum, aut omissionem cum scientia & contemptu eius quod quis facere debet: peccatum autem supponit esse commissionem S. D. Discrimen quoque inter πλημμέλειαν & ἁμαρτίαν statuunt Græci, πλημμέλεια est delictum per incuriam & incogitantiam admissum à πάλιν μελεῖν, quod posteriore cura sit sarciendum. Alij deriuant ab ἄμελος quasi sit inconcinnitas quædam, & sic πλημμελὴς inconditus, & inconcinnus contra modulationis normam, παρὰ τὸ πλὰν & μέλος, quæ inconcinnitas est vitium quoddam & culpa: ἁμαρτία verò & ἁμάρτημα, est peccatum, error, & Hyeronimus ait esse peccatum, cùm ad ipsum facinus peruentum est, & παράπτωμα quid leuius, cum videlicet tantùm cogitatum aut susceptum est facinus, & nondum perfectum: passim tamen hæ omnes voces tum apud Latinos, tum apud Græcos confunduntur, & pro iisdem vsurpantur. Illud certum est in iure delictum distingui, à crimine, quo nomine capitalis fraus aduersus rempublicam intelligitur, vt cædes, falsitas, adulterium; delictum est priuata noxa qua priuatus quisque læditur, vt furtum, iniuria, quod significat Vlpian. *l.* 17. §. 16. *D. de ædilitio edicto.* quamquam & idem Vlpianus aliquando delicta priuata crimina nominet, vt *l.* 1. §. 1. *D. de pœnis.* Itaque non sunt semper ita religiosi Iurisconsulti in his vocibus vsurpandis.

Frequentius tamen in delicto significant inesse dolum & fraudem, ideóque à culpa distinguunt, quam interpretantur desidiam, negligentiam, segnitiem, est denique Græcis ἡ ῥαθυμία. Inde est culpa lata, quæ est magna, & dissoluta negligentia, dolo proxima, & proximè ad dolum accedens. Culpa leuis cui diligens custodia opponitur, culpa leuissima, quæ exactissimam diligentiam desiderat, quæ omnia facilè foret ex innumeris iuris locis ostendere, sed in re adeò trita minimè videtur immorandum, quare maneat delictum hoc loco esse

cum aliquo dolo, aut fraude. At verò quasi delictum, inquit Hotman. est culpa sine dolo malo contracta, quæ nulla lege per in factum actionem vindicatur *leg. 5. §. 4. D. de obligat.* Alij nominatum dicunt quasi delictum, quia aliquando obligamur ignorantes ob alterius culpam & ex facto alieno; exemplum habes in §. 1. *Instit. de obligat. quasi ex delicto*, de Iudice qui per imprudentiam & non ex dolo malo litem suam fecit, tunc enim neque ex contractu, neque ex maleficio, quia non ex dolo malo egit, obligatur, quia tamen per imprudentiam malè iudicauit, caussam eius secundum quem malè pronunciauit, suscipere cogitur, eamque quasi suam defendere, dicitur litem suam fecisse & quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni iudicantis videbitur, pœnam sustinebit. Ratio verò propter quam quasi ex delicto obligatur, est quia per imprudentiam fecit, imprudentia verò species culpæ est, culpa autem pars quædam delicti, ideo quasi ex delicto tenetur, & prætor in factum actionem aduersus eum dabit, perinde quasi ex delicto obligatus fuisset; & pœna damnato sic imponitur, ac si deliquisset, cum tamen eius factum propriè delictum appellari non possit, cum ab eo dolus omnis absit, solaque imprudentia reperiatur, ideóque in hoc casu mulcta, iudicantis arbitrio permittitur, eiusque erit illam ad damnum illatum commensurare.

4 Delicta alia priuata sunt, alia publica quæ crimina dicuntur, vt aliàs monui; priuata delicta sunt de quibus priuatum, publica de quibus publicum iudicium constituitur; dicitur verò priuatum iudicium quod rei priuatæ causa institutum est, neque ad rempublicam directè pertinet, quia in illo iniuria duntaxat, homini priuato illata, quatenus singularis persona est, & non pars aliqua reipublicæ quæ in illo violata est, vindicatur. Publicùm iudicium est quod eius iniuriæ causa susceptum est, quam respublica lege aliqua lata ad se pertinere statuit, & semper in crimine aliquo cognoscendo versatur, quæ fuit Platonis mens *lib. 6. de legibus*, vbi duo rerum iudicia constituit, alterum cum quis priuatus à priuato quopiam se iniuria affectum queritur, eumque in ius ducens de ea iniuria disceptari postulat. Alterum cùm aliquis rempublicam à quopiam læsam existimat, & persequitur in iudicio; priùs illud rei priuatæ, posterius reipublicæ nominauit Cicero. Quænam verò sint iniuriæ, siue crimina quibus respublica lædi censeatur eiusdem reipublicæ est pro arbitrio definire, vti existimat Hotman. quare non modo peculatus, repetundarum, & alia similia crimina, si respublica velit, publica dicentur, & eorum quæstiones ac iudicia publica, sed etiam furti, rapinæ, damni iniuria dati, iniuriæ & denique omnia quæ non sua sponte, sed prudentum interpretatione maleficia atque etiam quasi delicta nominantur, ad iudicia publica spectabunt. Probat Hotman. ex lege Lætoria aduersus eos qui minorem 25. annis circumuenissent, per eiusmodi enim legem ea causa, quæ semper priuata fuerat, publica facta fuit, quod testatur Cicero *lib. 3. de nat. deorum. Inde iudicium publicum rei priuatæ lege Lætoria.* Hoc est iudicium publicum rei, quæ semper hactenus priuata habita fuerat, ante legem Lætoriam, quæ illam publicam, & ad iudicium publicum pertinere voluit. Cum igitur Iustinianus §. 1. *Instit. de publicis iudiciis*, illud iudicium publicum esse dicat, cuius cuiuis è populo executio plerumque datur, & dum scripsit quoque Vlpianus in *l. palam 43. §. 4. D. de ritu nuptiarum*, publico iudicio cuiuis ex populo experiri licere, nisi cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas, est definitio per effectum, non enim hæc iudicia publica idcirco sunt, quia cuiuis de populo agere licèt, sed è contrario, quia causæ illæ publicæ sunt, & quiuis de populo læsus est, cuilibet de populo iniuria facta est, & denique vniuersa respublica læsa est, idcirco licet cuilibet de populo, quasi pro sua virili parte, suam atque reipublicæ iniuriam persequi; nam ad vnumquemque singulatim, & publicè ad vniuersum populum eiusmodi pertinet; quare vbi crimen aliquod esse statuitur, eo ipso datur vnicuique ciuium potestas de eo accusandi. Sic Theodosius *leg. 4. C. de heretic.* voluit, *heresim publicum crimen esse, quia*, inquit, *quod in religionem committitur in omnium fertur iniuriam.* Aristoteles *lib. 1. Rhetoricorum cap. 13.* ait omnia crimina ad commutantem aut ad priuatum referri: πάντα τὰ ἐγκλήματα ἢ πρὸς τὸ κοινὸν, ἢ πρὸς τὸ ἴδιον εἶναι: nam qui militiam detrectat, aut locum in acie deserit, vniuersam rempublicam lædit, qui adulterium facit, aut occidit, certum quempiam, & definitum hominem offendit, in quo tamen ius Romanum ab Aristotele dissentit, adulterium siquidem & homicidium inter publica crimina numerat, quæ Philosophus inter priuata censebat. Obseruat porrò Maioragius in comment. Aristotelem eo loco ἐγκλήματα crimina, non ἀδικήματα iniurias dixisse, quia quis vocatur aliquando in iudicium, etiamsi nemini fecerit iniuriam, vt cùm quis inuitus & per imprudentiam peccauit, ἔγκλημα porrò est quodcunque crimen, ἀδίκημα verò peccatum contra Iustitiam commissum: & sanè certum est omne delictum non esse contra iustitiam, ex omni tamen delicto nascitur obligatio, quam nos vnam attendimus, siue illa sit obligatio iustitiæ, siue alia quæpiam: quamuis quia ista delicta afferunt aliquod damnum proximo, & ea fere solùm adducantur in iudicium, habent aliquam iniustitiam, saltem materialem, & pariunt obligationem ex iustitia reparandi damnum, aut satisfaciendi pro iniuria, vt dicemus inferiùs; ideóque hæc delicta non sunt tantùm ἐγκλήματα, sed etiam ἀδικήματα.

Ex quibus vides hanc distinctionem delictorum aut criminum in publica & priuata, constitutam esse à lege, & non esse talem ex natura rei, cùm quæ priuata delicta sunt, possint fieri publica, & vicissim publica, priuata censeri ex prudentum quoque sensu, & quæ alicubi priuata sunt, alibi publica habeantur. 5

Hinc etiam sequitur delicta priuata & publica non differre essentialiter, sed accidentario duntaxat ex aliqua circunstantia extrinseca, quòd de publicis quisque agere in iudicio possit, de priuatis autem soli priuati, & quorum singulatim interest, prout leges facultatem prosequendi in iudicio illa delicta singulis faciunt aut negant. Differunt etiam grauitate, quòd delictis publicis tota communitas & respublica lædi censeatur, atque adeo singuli offendi, quatenus sunt partes reipublicæ violatæ; at verò delictis priuatis singulares tantùm personæ offendantur; atqui iniuria quæ pluribus fit, censetur grauior, saltem extensiuè illâ quæ vel vnum tantùm, vel saltem pauciores afficit.

Inde quoq; crescit aut minuitur obligatio, quæ ex delicto contrahitur emendandi damnũ & reparandi

randi iniuriam cum pluribus vel paucioribus satisfaciendum est, diuersis quoque modis impletur eiusmodi obligatio, cum aliter satisfiat priuato, eiusque damnum reparetur, aliter communitati, & denique facilius est singulari personæ, quam toti reipublicæ satisfacere; ex quibus tandem sequitur longè aliter de obligationibus ex delictis publicis quam ex delictis priuatis contractis arbitrandum esse; qua etiam de causa diuersi isti delinquentes, diuersa pœna puniuntur, cum delicta priuata via alia quam pecuniaria pœna, publica verò etiam capitali nonnunquam plectantur. In his tamen omnibus tum leuitas, tum atrocitas delicti pensanda erit, atque etiam qualitas, an Ecclesiastica, an sæcularia, an vero mixta sint, maximè quoad obligationem ciuilem ex illis contractam.

6 Cum verò, vti nuper exposuimus, omnia delicta nociua & damnosa sint, eiusmodi sunt vel delinquenti, vel aliis; quia non modo culpa quæ in eo delicto committitur, nocet delinquenti, sed etiam, quia actio illa damnum aliquod ipsimet affert, vt cum quis seipsum interficit, aut mutilat. Aliis nocemus vel mente & animo tantum, v. g. concupiscentia aut inuidia, vel corpore nostro aut alieno, nempe actione aliqua externa damnosa, quam vel nos ipsi, vel alij nostro iussu, consilio, suasu adhibent. Nos quidem per nos ipsos nocemus lingua, manu, &c. per alios verò, per seruos, familiam, per institores, ministros nauis, cauponæ, stabuli, per turbam, corpus, collegium, quadrupedes, pecudesve. Deinde alteri nocemus ἀμέσως vel μέσως; ἀμέσως, cum eius animum vel corpus corrumpimus & lædimus, vnde homicidia, veneficia, incantationes, maleficia, parricidia, adulteria, stupra, raptus, priuati carceres, iniuria facto constans. Μέσως lædimus primò alterum cum eius famam violamus, hinc iniuriæ verbales, conuitia, famosi libelli, calumnia, præuaricatio, falsa accusatio, falsa testimonia. Secundò lædimus aliorum liberos, hinc plagia. Tertiò seruos, vnde tituli de seruo corrupto, de fugitiuis, de receptatoribus. Quartò aliorum animalia, hinc abigeatus. Quintò denique res aliorum inanimatas violamus, vel generaliter, quò referas concussiones, & crimina receptatorum, effractorum, expilatorum, stellionatum, & falsi crimen, vel specialiter, putà terminos, sepulchra, parietes, ædificia, res hæreditarias, res naufragij, balnei; eodem referunt crimen repetundarum, annonæ, peculatus, sacrilegij, ambitus, quæ omnia ostendit ex iure Gothofredus in notis ad *l. 1. D. de priuatis delictis*; vbi dum quædam sapienter monet, primum iure canonico omnia delicta esse publica, ex glossa *in cap. infames 6. quæst. 1.* Alterum est, constituta iure Romano circa hanc criminum delictorumque diuisionem in priuata, aut publica, & personas quibus accusare liceat, subinde variis in locis diuerso vsu & moribus mutata esse, ac proinde mores illos potiùs seruandos, quàm ius antiquum sequendum videri.

Denique obserua aliquando in vnum factum & maleficium plura delicta concurrere, indeque multiplicem nasci obligationem, sicut & actionem, cum vna non impediat aliam cum qua concurrit, & singulæ pœnæ singulis delictis ita imponantur vt vna aliam non consumat *l. nunquam 2. D. de priuatis delictis. leg. 27. D. ad l. Aquil. l. 11. §. 2. D. de seruo corrupto*, atque alibi sæpius. Atque ita qui hominem subripuit, & occidit, furti, & lege Aquilia tenetur, qui rapuit, & occidit, tenetur vi bonorum raptorum & Aquilia, & sic de aliis. Ratio aperta est quia vnum delictum non minuit aliud: an verò pluribus concurrentibus actionibus vti liceat, multiplicem & confragosam quæstionem esse dixit Hotman. *qq. illustri q. 19.* quam definire nostrum non est, adi eundem Hotman. nobis sufficit vbi diuersæ sunt causæ diuersarum obligationum, diuersas quoque concedendas esse obligationes, vt in furto, & cæde eiusdem serui ab eodem dicebamus. Atque ita videmus vel crescere, vel multiplicari pœnas ex pluralitate delictorum quæ in vno eodemque facto reperiuntur, huc pertinent quæ diximus 1. 2. & in scientia nostra canonica de multiplicatione tum numerica tum specifica peccatorum in eodem actu.

ARTICVLVS II.

Quid sit damnum, noxa, & actio noxalis.

Quid damnum. 1.
Quotuplex damnum in iure. 2.
Damnum sine iniuria. 3.
Damnum iniuria. 4.
Noxa quid. 5.
Quid actio noxalis & quotuplex. 6.

DAmnum in vniuersum est quæcunque patrimonij diminutio *leg. 3. D. de damno infecto*, quocunque modo fiat siue iniuria inferentis siue sine iniuria; quo modo furtum etiam & rapinam comprehendit, quia fur & raptor hoc sensu damnum infert. Secundò damnum sumitur strictè pro corruptione & deterioratione rei, quod obseruat glossa *in l. qui occidit 30. §. in hac, v. fecisse, D. ad l. Aquiliam.* Vt si fruges pecus corruperit, si capræ arbusta, aut vites adroserint, *l. si conuenerit 23. D. communi diuid.* si quis arenam in meum frumentum miserit, aut vinum spurcauerit vel effuderit, *l. si seruus 27. §. inquit, & §. seq. & §. si quis. D. ad l. Aquil.* nam si quis alienum vinum aut frumentum consumpserit, quoniam proprietate naturali vsus est, damnum dedisse non intelligitur, *l. qui occidit 30. §. si quis. D. ad l. Aquil.* sicut neque si pecus alienam glandem consumpserit. *l. qui seruandarum 14. §. vlt. D. de perscript. verb.* & in hac strictiori significatione non comprehendit furtum & rapinam quæ cum amotione rei fiunt, damnum verò cum corruptione, vel diminutione rei. 1

Damnum prætereà aliud infertur cum iniuria, & vocatur damnum iniuriæ, vel iniuria, quod nullo iure, sed dolo, culpâue hominis infertur *leg. 5. §. 1. D. ad l. Aquil. l. 1. D. de iniur. §. 2. Instit. de l. Aquil. & l. nemo 151. D. de regul. iuris.* Itaque hoc loco non accipimus iniuriam pro contumelia, sed damnum culpa datum, estque alio actio iniuriarum, alia actio damni iniuria dati *ex l. Aquil.* Tertiò damnum est vel in corpus liberum, vel in rem, primum dicitur nocitum, licet & aliquando dicatur damnum *l. 5. §. hac autem, D. de his qui deiecerint.* Damnum in rem est cum aut seruus, aut quadrupes, aut quid aliud è bonis corruptum est *leg. 1. §. hac autem, D. eod.* 2

4. Damnũ aliud iam factum & illatum est, aliud 3

nondum illatum, sed quod futurum veremur, diciturque damnum infectum, *l. 2. de damno infecto.* Denique damnum infertur vel ab animali, vel ab homine, vel à re inanimata, ab animali quidem vel ex lascinia & feruore quodam contra naturam sui generis agente, vel iuxta naturam suam, vt si bos depascatur herbam, quare damnum ab animali illatum triplex faciunt, pauperiem, damnum, pastum, *l. qui servandarum* 14. *D. de perscript. verb.* & Paul. *lib.* 1. *sentent. tit.* 15. pauperies quidem in vniuersum est damnum sine iniuria facientis datum, neque enim potest animal quod sensu caret, hoc est *προαίρεσιν*, nocendi & iniuriandi, inferre iniuriam, quare nocumentum illud quod affert, iniuria non est, sed damnum merum & pauperies, quia & pauperiem facit & diminuit *leg.*1. §. *pauperies, D. si quadrupes. & leg.* 3. *D. de damno infecto.* strictius tamen pauperiem interpretatur Hotmannus, cædem aut vulnus animali inflictum siue bruto, & seruo, siue etiam homini libero *ex leg.* 3. *D. si quadrupes*: damnum dicit Hotmannus cum quid inanimatum corruptum fuit, veluti fruges, quare si equus indiligentiùs custoditus segetem fuerit depastus aut capræ vitem adroserint, damnum fecisse dicuntur.

Pastum denique vocat cùm pecudes pastu naturaliter sunt vlæ vt si sus glandem depasta est, bos pratum alienum, hæc tamen omnia pauperies comprehendit in iure XII. Tabular. vt statim referemus.

4 Damnum iniuria quia ab homine infertur siue seruo, siue libero, est illud quod nullo iure, sed dolo culpave hominis infertur, & denique à re inanimata damnum inferri dicitur, cum ex quopiam deiecto aut effuso in via & itinere alius damnum cepit, quæ omnia damna siue ab animali, siue ab homine, siue à re inanima data fuerint; quia reparanda sunt, ad eiusmodi reparationem obtinendam variæ concessæ sunt actiones, præter alias, quæ ex furto, rapina, & iniuriis, quæ nomine damni in strictiore iuris significatione non comprehenduntur.

5 In his est noxalis actio quæ non ex contractu, sed ex noxa & maleficio seruorum instituitur aduersus dominos, vt aut dominus damni quod petitur æstimationem præstet, aut seruum & noxam præstet, vt ait Caius *l.*1. *D. de noxalibus action.* & inferiùs explicabimus: quia verò etiam aliquando ex aliis maleficiis, quam seruorum, conceditur, idcircò eius aliqua notitia priusquam de maleficio illo singulari seruorum agamus, præbenda est. Dicitur hæc actio à noxa, noxam verò dicit Iustinian. *Instit. de noxalibus action.* ipsum corpus quod deliquit, noxiam autem ipsum maleficium, vt furtum, rapina, iniuria, damnum. Apud Festum verò noxa est culpa, noxia peccati pœna: verùm hæ significationes perpetuæ non sunt, nam noxa apud veteres authores est vitium, vel damnum ex aliqua re contractum, hinc apud Columellam dicuntur serui ex nimio labore noxam capere, concipere, contrahere. Et apud Liuium antiqua est illa formula, noxam nocere, noxius qui noxam nocuit, id est qui damnum intulit, & eam ob caussam obnoxius est, pœnis scilicet, aut reparationi noxæ illatæ. Colum. *lib.* 3. *cap.* 3. *Nam vt amplissimas impensas vinea poscant, non tamen excedunt septem iugera, vnius operam vinitoris, quem vulgo quidem paruo aris, vel de lapide noxium posse comparari putat.* Noxius igitur, siue obnoxius qui pro noxa commissa tenetur, noxis vero solutus qui liber & solutus est omni obligatione quæ ex noxa contrahitur, quare ex ædilitio edicto ait Vlpian. *Certiores faciant emptores, quis fugitiuus erróve sit, noxaue solutus non sit: leg.* 17. *D. de ædilit. edict.* quo loco idem Vlpian. ita noxam & fraudem distinguit, vt noxam ad priuata delicta, fraudem ad publica crimina referat. Varro *lib.* 2. *de re rustica, cap.* 5. agens de stipulatione adhiberi solita in emptione boum; *illosce boues sanos noxisque S. præstari spondet*, nempe solutos, & liberos noxis, ac vitiis. Denique noxæ & noxiæ discrimen, vt noxia sit omne delictum, vt ait Caius *leg.* 238. §. 2. *D. de verb. significat.* noxa autem pro effectu delicti, nempe obligatione ad pœnam, atque ita ad culpam luendam, non est perpetuum, cùm & noxam, & noxiam pro ipsamet culpa veteribus vsurpatam videamus, quod fusiùs obseruant Grammatici, nobis duo dumtaxat hoc loco monenda sunt. Primum est quod Iurisconsulti passim vsurpant, noxæ dedere seruum aut animal quod nocuit, & noxam fecit, id est tradere propter damnum & nocumentum, quod intulit illi cui intulit, quam locutionem Hotman. vult præcisam & imperfectam esse, ac veteri consuetudine subintelligi *nomine*, nempe *noxa nomine*, videlicet nomine illati damni. Sic *Verrina V. Aliquid lucri & accessionis dare, dixit Tullius*: & in *Topicis*, *Si quis in pariete communi demoliendo damni infecti promiserit.* In quibus subauditur nomine lucri, accessionis, damni. Liuius verò; *Obrui Ætna ignibus, ac mergi freto, satius illi insula esse, quam velut dedi noxa inimico, consili.* Hinc Hotman. *in Instit. de noxalibus actionibus*, inuehitur in Tribonianum, *tanquam animal Latinæ Linguæ imperitissimum*, qui existimauerit noxæ deditionem, esse plenam locutionem, & pro serui aut corporis deditione vsurpatit, ideoque noxæ nomine authorem maleficij, noxiæ autem, maleficium ipsum interpretatus sit, quod totum & falsum & nugatorium esse contendit Hotman. cum etiam in iure noxa & noxia promiscuè vsurpentur, *leg.*1. *D. de noxal. act.* sicut & noxam nocere, & noxiam nocere *leg.* 2. §. *vlt. D. eod.* & denique noxæ, & noxiæ dedere. Noxæ igitur dedere vult esse genitiui casus Hotman. & non datiui, neque simile est quod dicimus dare pignori, commodato, fœnori, mutuo, doti, quia dari etiam dicuntur quæ aliquando repetuntur. Dedendi autem verbo, id non competit. Itaque omnia quæ dantur, non statim deduntur; deinde quæ dantur pignori, mutuo fœnori, &c. vsum præstant pignoris & commodati, propter quem vsum dantur. At verò stoltum foret seruum aut quadrupedem deditum, vt apud eum cui noxa datur, noxa sit & noxæ vsum præstet. Subaudiendum igitur est vt noxæ & pœnæ nomine dedatur; quare deditij dicebantur qui defectionis nomine dedebantur. Hæc tamen omnia Hotmanni argumenta leuia videri poterunt, deduntur enim noxæ seruus & quadrupes quæ damnum intulit, vt sit apud eum qui noxam cepit, in reparationem damni illati: quare alij volunt vocem, *noxæ*, esse datiui casus in solemni locutione, *dedi noxæ*, & significare mancipium aut animal viuum pro damno dato, in pœnam tradi: vnde glossarium Basil. *νόξαν δέδωκεν εἰς κόλασιν ἐκδοθείς.* Et aliud glossari. Noxam dedit, *εἰς κόλασιν δέδωκεν τινάς.*

Ex his tandem omnibus fit actio noxalis, & in-
glossar.

glossar. *νοξαλὶν βλαπτικοί*, & *νοξαλία ἀγωγὴ ἐκδεδον ξετῦσα τὸν ὑφορώμενον.* In qua actione licet vt dixi, deditione ipsius corporis quod deliquit, siue man-
5 cipium, siue animal fuerit, vitare ipsius damni illati æstimationem.

6 Hæ porrò actiones directæ non sunt, sed in harum potius locum succedunt, *l. electio 26. §. si is qui, D. de noxalib. action.* quia non dantur in authorem maleficij, sed vtiles sunt in eum qui non deliquit; videlicet in dominum mancipij aut animalis; *§ omnis Instit. de noxalibus action.* quamquam & directæ dici queant respectu domini, respectu cuius directò agitur, *citatu l. electio, §. 2. & 4.* Deinde non purè, & absolutè, sed alternatiuè concipiuntur huiusmodi actiones, nimirum vt dominus vel damnum illatum præstet, vel corpus noxæ dedat. Tertiò sunt in solidum *l. 5. D. de noxal. action.* quoties plurium seruus deliquit, neque enim seruus dedi potest noxæ pro parte, sed in solidum duntaxat *l. heredes 25. §. si vnus. D. familiæ erciscundæ. l. in executione 85. D. de verb. obligation. l. qui hominem 9. §. 1. D. de solut.* necesse itaque est dari actionem in solidum, quoties noxalis est. Quod etiam affirmat Vlpian. *in l. si seruus 8. D. de noxal. action.* vbi furtum faciente seruo communi, quiuis ex dominis in solidum noxali iudicio tenetur, neque aliter qui conuentus est poterit euadere litis æstimationem, nisi in solidum noxæ dederit seruum, nec ferendus erit, etsi partem dedere fuerit paratus. Quorum ratio iam reddita à nobis est, quia deditio ex parte fieri non potest, cùm animal quod nocuit indiuiduum sit.

Quartò actiones noxales sunt perpetuæ, *l penult. §. 2. D. de noxal. actionibus*: quia eiusmodi actiones originem acceperunt a ciuilibus introductis l. XII. Tabul. ideóque perpetuæ consequenter esse debent, vt sunt omnes ciuiles, quia verò sunt aliquæ actiones noxales prætoriæ eo quod rei persecutionem contineant, *l. in honorariis 35. D. de obligat. & action.* illæ quoque perpetuæ sint oportet, quia dantur in vicem eius actionis, quæ daretur contra ipsum delinquentem si liber fuisset, nec ad aliud quam ad damni æstimationem & persecutionem, *l. electio 26. §. si is quem. D. de noxalibus action.* debet tamen actio, cui noxalis adhæret, esse perpetua, *ex l. 4. C. eod.* alioquin accessorium sine principali duraret, quod absurdum foret, *l. cùm principalis 178. D. de regul. iur.* quare si actio sit tantum annalis qualis est vi bonorum raptorum, noxalis in quadruplum, erit tantùm annalis.

Quintò hæ actiones personales sunt, dantur enim ex delicto, & maleficio & non ratione dominij *l. 1. & l. & generaliter 28. D. de action. noxal.*

Duæ porrò sunt species actionis noxalis, nimirum legitima, & honoraria. *§. sunt autem. Instit. de noxal. act. l. penult. & l. vltim. C. eod. l. 2. D eod.* vbi Vlpianus scribit noxalem actionem de damno iniuria dato primum lege XII. Tabul. deinde l. Aquil. constitutam esse. Idem præterea *in l. quoties 21. D. eod* prætoris edictum de noxis seruorum profert, atque quibus actionibus leges addidere caput de noxa, eæ sunt legitimæ noxales, cùm verò prætor ciuilibus, aut prætoriis actionibus clausulam de noxa adiicit, huiusmodi noxalis est honoraria, etiamsi ciuilis directa sit, vt *l. si plurium 39. D. de noxalibus act.*

ARTICVLVS III.

Qualis sit obligatio ex delicto & maleficio.

VNiuersalis hoc loco doctrina præmittenda est, vt faciliùs ad singulas deinde singulorum delictorum obligationes delabamur, neque sæpius eadem repetere cogamur non sine nostro & lectoris fastidio.

Repetenda in primis est obligationis in natura- 1
lem & ciuilem diuisio, quam explicuimus *lib. 1. de vsur. cap. 3. art. 1.* & fusius in nostra Scientia canonica tradimus, cum enim obligatio in vniuersum sit iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius rei soluendæ, aut faciendæ, vel ponendæ; nomine iuris ius tum naturale, tum ciuile, quodcunque comprehendo. Huic iuris vinculo respondet in altero ius & facultas cogendi nos ad aliquid soluendum, faciendum, vel ponendum. Quia verò ius duplex est, vnum naturale, alterum ciuile, idcirco duplex in vniuersum constituitur obligatio, naturalis & ciuilis. Naturalis spectata solâ æquitate naturali, respicit ius alterius, & ad iustitiam spectat non considerato iure ciuili, siue enim ius humanum positiuum assistat, siue non assistat, modo non resistat, & non elidat illam obligationem naturalem, vti aliquando potest, in foro conscientiæ adstringit, quamuis non pariat actionem ciuilem, qua cogaris à prætore ad implendam obligationem naturalem qua teneris, v. g. si seruus ciui Romano pecuniam tradiderit, iure quidem naturæ, quæ parem omnium conditionem esse voluit, obligatio nata est, sed prætor de ea ius non dicit, vnde non est obligatio ciuilis. Sic etiam qui iudicio iniquo absolutus est, naturaliter tamen obligatur.

Obligatio ciuilis definitur à Iustiniano *§. 1. tit.* 2
de obligatione. Iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, secundum nostræ ciuitatis iura. Verùm Imperator describit duntaxat obligationem ciuilem apud Romanos, quare si vniuersalem definitionem volumus, dicendum est obligationem ciuilem eam esse quæ vim habet ex iure humano, siue illud sit alicuius ciuitatis proprium, siue commune aliis, aut etiam omnibus gentibus, siue lege, siue moribus, atque vsu ipso constitutum, siue principis lege, siue prætoris edicto sancitum, siue sententia iudicis definitum fuerit: hæc obligatio iterum duplex est; nam aliquando ita à solo iure humano existit, vt ex iure naturali non proficiscatur, quod etiam ipsi aliquando resistit, aut contrarium est, nam qui ex falsa præsumptione dam-

natus est à iudice, non tenetur illo iudicio in conscientia, quamuis sententia iniqua non fuerit: hæres qui non confecto inuentario adiit hæreditatem, obligatur in solidum omnibus creditoribus, & legatariis, etiam vltra vires hæreditatis *l. vlt. C. de iure deliberandi.* Illum tamen non teneri in conscientia tradunt passim Doctores apud Molin. *tract. 2. de instit. disp. 217.* Alia est obligatio ciuilis quæ adiunctam habet naturalem, quam iden mixtam aliqui vocant ex ciuili & naturali conflatam, quia nimirum tum naturalis æquitas, tum ius ciuile illi assistens ipsam inducit, & concedit etiam actionem in foro externo vbi coniuncta est omnibus contractibus validis & legitimis, quod duobus superioribus libris explicuimus.

3 Obserua secundò vtramque hanc obligationem tum naturalem, tum ciuilem ex delicto & maleficio, duplicem iterum distingui posse pro duplici iure quod respicit & violat, Dei videlicet, & proximi. Iam enim diximus delictum esse factum nostrum quod alteri nocet, & cum quo semper coniungitur iniuria, siue materialis tantum, siue etiam formalis, cùm quilibet habeat ius ne sibi aut suis rebus quisquam noceat. Quoties verò in eo delicto reperitur culpa Theologica, vti ferè semper contingit, læditur quoque ius diuinum. Cùm omnis eiusmodi culpa sit formaliter iniuria Dei, vti aliàs 1. 2. euidenter demonstrauimus: ex omni igitur delicto contrahitur duplex obligatio naturalis. Prima satisfaciendi diuinæ iustitiæ læsæ, quæ obligatio reperitur in omni peccato, siue illud sit proximo noxium & propriè maleficium, ac delictum, siue cum quapiam alia virtute, quàm cum iustitia, pugnet. Quando verò nocet proximo, affert obligationem emendandi damnum proximo illatum, quantum quantum est, & si iniuria formalis coniuncta sit, pro ea satisfaciendi, reparatio enim damni, & iniuriæ satisfactio diuersæ sunt, vti ostendemus inferius, cùm de satisfactione & restitutione propter violatam iustitiam disputabimus. Et quamuis hanc obligationem naturalem aliquando ius externum, & humanum non vrgeat, neque concedat læso actionem, qua apud prætorem cogere possit delinquentem, vt suum ius læsum reparet, æquitas tamen naturalis ad eam reparationem illum obligat: præter hanc obligationem naturalem exurgit quoque alia ciuilis, quia lex quidpiam constituit aduersus illum qui suo maleficio nocuit alteri, eiusque nocumenti non modo reparationem, sed ipsius quoque modum, quantitatem, tempus, personas definit, ad eaque omnia obligat, & ex illa obligatione actionem concedit, vnde fit vt ex variis eiusmodi maleficiis & delictis variæ quoque sint actionum species.

4 Huic obligationi tum naturali, tum ciuili, addi potest tertia quædam obligatio ad pœnam quandam subeundam, quæ obligatio est quoque tum naturalis, tum ciuilis; naturalis quidem si Deum offensum attendamus, cùm omnem culpam pœnæ reatus, siue dignitas consequatur. Hoc est debitum quoddam morale subeundi pœnam impositam. Sapienter siquidem ait S. Thom. 1. 2. *quæst.* 87. *art.* 6. actum peccati esse inordinationem voluntariam, per quam ordo diuinæ iustitiæ violatur, atqui non potest peccator redire ad hunc diuinæ iustitiæ ordinem, nisi per pœnæ compensationem ad æqualitatem iustitiæ reducatur, vt qui plus voluntati suæ indulsit, quàm debuit contra diuinam legem, aliquid etiam contra quod vellet, spontaneus, vel inuitus secundum ordinem diuinæ iustitiæ patiatur.

Deinde cùm peccati macula nequeat abstergi, nisi per coniunctionem hominis cum Deo, quæ candorem animæ restituat, ea coniunctio fieri nequit nisi per humanæ voluntatis cum diuina vnionem & consensionem, quæ consistere non potest nisi homo diuinæ iustitiæ ordinem acceptet, & vel ipse sponte sua pœnam in culpæ compensationem assumat, vel à Deo inflictam patienter sustineat: in peccatore igitur est pœnæ condignitas, quam pœnæ reatum nominant Theologi, qui non facit hominem malum, sed supponit fuisse, & commisisse illud vnde reddatur pœnæ dignus, vt fusius disserit Chrysost. *hom. 9. in ep. ad Roman.* Ex ea porò dignitate pœnæ sequitur obligatio illam subeundi dum infligitur à Deo, vel sponte assumendi, quatenus opus erit ad satisfaciendum diuinæ iniuriæ, aut potius diuinæ iustitiæ suam iniuriam vindicantis. Quod vt amplius explicetur.

Obserua cum Delugo *disp. 7. de pœnit. sect. 5. n. 79.* ex peccato in Deũ duo iura nasci contra hominem peccantem & offendentem. Alterum est ius morale ad rationabiliter indignandum, & auertendum se ab homine per displicentiam & odium ipsius; alterum ius est secundum iustitiam punitiuam ad puniendum hominem pro grauitate delicti quod admisit. Quæ duo iura diuersa sunt, quia licet oriantur ex delicto, & peccato eodem, diuersa tamen ratione oriuntur; illud siquidem ius auertendi se à peccatore per odium, displicentiam & indignationem, nascitur ex ratione offensæ diuinæ, quæ reperitur in omni peccato, siue in eo semel reperiatur semper ratio iniuriæ vt nos existimamus, siue non reperiatur vt vult Lugo, satis enim est quod Deus offendatur vt offendentem, rationabiliter oderit, vnde quoque oritur in peccatore obligatio placandi Deum, & compensandi eiusmodi offensam. Ius verò puniendi peccatorem oritur ex condignitate ac merito pœnæ, quod omne peccatum affert, & pertinet ad iustitiam vindicem illam imponere, conuenitque Deo quatenus est supremus gubernator ac iudex vniuersi, nam si per impossibile non haberet hanc Iudicis & Gubernatoris supremi authoritatem & officium, haberet quidem ius ad rationabile odium peccatoris, non tamen haberet ius ad puniendum hominem, aut pœnam commentam illi infligendam, aut condonandam: verum cum & peccatis offendatur, & supremus iudex ac vindex sit omnium offensarum, peccatum iure odit, & pœnam peccanti infligit, aut culpam vel pœnam condonat prout eius bonitas & iustitia postulant. Diuinam enim sanctitatem ac bonitatem cum iustitia vindicatiua cohærere sapienter demonstrat Cyrill. *lib. 3. aduersus Iulianum Apostatam*, qui id impudentissimè negabat. Idémque ex ipso etiam Platone ostendit Clem. Alexandrinus *lib. 1. Pædag. cap.* 8. Vides igitur in peccatore duplicem oriri obligationem, vti dicebamus, primam quidem placandi Deum offensum, satisfaciendi pro iniuria illata, & compensandi illatam. Alteram subeundi pœnam quam Deus infliget, aut per spontaneam pœnam iustitiæ illi vindici, quæ eam acceptat, satisfaciendi.

In peccatis quoque quibus offenditur proximus cum damno, vel iniuria, simile quidpiam accidit, & duplex quoque obligatio contrahitur. Loquor verò de offensis quæ coniunctæ sunt cum damno, & iniuria proximi, quæ propriè delicta & maleficia nominamus, vt constat *ex art. superiori*, & pugnant cum iure proprio atque stricto alterius siue formaliter, siue saltem materialiter, sunt enim aliqua non-

nonnunquam

nunquam offensæ quæ sine iniuria committuntur, nam si amico petenti commodari sibi librum, negem, offendo illum, siue do illi sufficientem causam ægrè ferendi eam repulsam, & auertendi se à me, atque etiam accusandi meam inurbanitatem, nullam tamen illi facio iniuriam contra iustitiam, neque teneor ad vllam restitutionem, quamuis aliquod fortassis inde damnum, aut molestiam acceperit; neque habet ius petendi à me vllam restitutionem, vel compensationem, aut punitionem. Deinde si codicem amico subriperem, committerem iniuriam contra iustitiam, & præterea offensam distinctam, nam restituto codice emendarem iniuriam, quia reponerem æqualitatem cum iure illius quod per iniuriam violaram, non tollerem tamen offensam, quia in prudenti hominum æstimatione maneret sufficiens fundamentum auersionis, donec illi pro ea offensa aliqua ratione satisfacerem, atque eius indignationem placarem, siue eius beneuolentiam denuo demererer: quare sapienter colligit Delugo *disp. 2. de pœnit. num.* 5. nos ex iustitia obligari ad vitandam & tollendam iniuriam alterius, ad vitandam vero offensam inclinari nos ab aliqua alia virtute, quæ prohibet vlli dare sufficientem, & rationabilem causam auersionis, & indignationis, etiam sine iniuria. Inclinat præterea ad illam tollendam vbi posita est, per æqualem satisfactionem, puta per varia obsequia, petitionem veniæ & alia eiusmodi officia pro conditione offensæ, quæ si reiiciantur & placari nolit offensus, manebit irrationabiliter auersus, idque prudentes omnes ita sentiunt: per satisfactionem enim sufficientem, & offensæ commensuratam extingui debet omnino offensa. Dari porrò eiusmodi aliquam virtutem, eamque specialem atque à iustitia, cæterisque distinctam quæ inclinet ad vitandam & tollendam alterius offensam, licet non sit cum propria iniuria, existimat Delugo, idque ipsa experientia & ratione naturali constare, cùm honestum & laudabile sit neminem habere offensum, & rationabiliter auersum, quæ virtus, quædam pacis species dici potest, quæ nimirum aliorum querelas & rationabiles offensiones vitet, & tollat si positæ sint per sufficientem satisfactionem, & animi rationabiliter auersi placationem.

5 Non agimus porrò hoc loco de eiusmodi offensis, & iure quod ex illis nascitur in offenso, atque obligatione in offendente, sed de delictis quibus non modo illa generalis offensæ ratio coniuncta est, sed etiam damnum alterius, & iniuria saltem materialis, vt in furto; cui enim furto quidpiam subtractum est, illi & offensa, & damnum atque iniuria irrogata sunt, quare habet ius vt rationabiliter auertatur à fure à quo fuit offensus, deinde repetendi damnum sibi illatum, & reparationem sui iuris violati per iniuriam, & denique petendi à iudice vt commeritas pœnas infligat furi: quia non habet ius ad illum puniendum propria authoritate, illam enim noluit Deus priuatis, & ipsismet iniuriam passis permittere, ne dum iniurias vlciscuntur, nouas faciant, easque sæpe grauiores, satisque fuit constituere magistratus qui & iniuriam inferentes puniant, & ius ab illis læsum reparari curent, non modo dum totam communitatem, & rempublicam lædunt, sed etiam priuatos. Quibus rependere iniuriam iis à quibus illam passi sunt, nequidem externi sapientes permiserunt, quod innumeris ipsorum testimoniis ostendit Theophilus Raynaud *in opere de virtutibus lib. 3. à num.* 272. estque euidens ratio, nam licet qui offensus est, habeat ius morale, vti diximus, auertendi se, & displicendi sibi in offendente, atque etiam iniuriæ sibi illatæ reparationem & satisfactionem exigendi, suique damni compensationem repetendi, quinimmò & rem suam recuperandi, aut sibi ablatam vindicandi, si non restituatur, & suum damnum ipsemet compensare aliquando possit, ne habeat minus quàm prius haberet, non tamen habet ius iniuriam inferendi, quia illa noua illatione iniuriæ ius ipsius læsum non restituitur; cuius tamen reparationem dumtaxat exigere potest. Et si concedamus compensationem in criminibus & iniuriis, quod commodiori loco disputabimus inferius, illa compensatio non aliter intelligenda erit, quàm quia qui crimine aliquo, aut iniuria quempiam læsit, non possit ab illo satisfactionem exigere, si illi similem iniuriam, aut æquè grauem irrogauit, aut æquale, vel idem crimen aduersus eum commisit, vel damni accepti compensationem petere ab illo, cui æquale damnum intulit, non verò si iniuriam accepit, æqualem iniuriam inferre. Nam de damno aliud est, quia vindicando rem sibi iniustè sublatam, quoties alia via illam recuperandi non extat, non infert damnum illi qui ipsam subripuerat, cum tantumdem habeat in bonis quantum debeat habere, & nullum damnum patiatur, nihilque amittit, si alienum quod iniustè retinebat, dumtaxat repetatur, & auferatur ab eo.

Ex his sequitur multo minùs offensum habere ius morte puniendi delinquentem, neque post satisfactionem iniuriæ, & damni compensationem illi exhibitam, atque placationem, vti dicebam, offensionis, posse quidquam aliud sibi debitum exigere, quamuis enim ille delinquens pœnas commeritus sit, earum tamen inflictio non pertinet ad offensum, sed ad publicam dumtaxat potestatem, alioquin sicut offensus potest condonare offensam, & sponte sua placari, remittere quoque iniuriæ satisfactionem, omnemque damni debitam compensationem, ita posset delinquentem ab omni pœna absoluere, neque iudex aut princeps illum iustè puniret, sicut non iustè eum damnaret ad satisfactionem, aut compensationem, quam illi sponte sua offensus condonasset. Præterea nequidem supremus Princeps posset reo condonare pœnam inuito & obluctante offenso si ille habeat ius delinquentem puniendi, eo siquidem iure priuari non posset à principe. Et sicut non potest condonare aut tollere offensam qua delinquens censetur moraliter dignus vt ab illo rationabiliter auertatur offensus, quamdiu ipse non satisfacit condignè pro offensa, aut eam offensus non condonat, neque etiam potest princeps remittere satisfactionem iniuriæ & compensationem debitam damni inuito læso, quia ille habet ius morale vt ipsi satisfiat pro illata iniuria, & damnum datum compensetur, atque eius auersio & displicentia placetur, quod ius ab illo renuente, auferre nequidem ipse princeps potest: ita si haberet ius puniendi delinquentem, eo iure priuari non posset à principe, qui proinde pœnam reo non condonare posset. Sicut offensam & culpam condonare non potest, neque reuera illam condonat, sed absoluit tantum à pœna quam ratione illius culpæ & criminis commeritus erat, quamque ipse infligere poterat, neque tunc læso facit vllam iniuriam princeps, cùm eius sit, non læsi & offensi reum punire, quare siue iustè siue iniustè reum pœna liberet, queri nequit læsus, cùm eius iuri nihil fuerit derogatum, neque reus fuerit absolutus satisfactione, compensatione, & placatione quam offenso debebat, quamuis fuerit

ait

rit liberatus à pœna propter illam offensam commerita, quæ puniri debebat non ab offenso & læso, sed à publica potestate quæ iustis ex causis eam aut laxauit, aut condonauit, poterit tamen læsus apud publicam potestatem agere vt delinquens puniatur, atque adeò licèt non habeat ius puniendi reum, habet tamen ius postulandi eam punitionem à publica potestate, eritque honesta illa petitio cum ex affectu iustitiæ vindicis & aliis honestis motiuis fieri queat.

6 Obserua enim iustitiam quidem vindicem, primò ex per se, & maximè propriè residere in publica potestate quæ & illa indiget ad retinendam reipublicæ disciplinam, & ad eam exercendam tenetur ex quodam veluti contractu cum republica à qua accipit stipendia, vt delicta puniat, parti læsæ satisfieri curet, cùm ipsa postulabit, & rempublicam illæsam seruet ab illatis iniuriis, ideoque ad iustitiam commutatiuam pertinet, cùm seruet æqualitatem rei ad rem, & pœnæ ad culpam. Neque enim bene Scot. *in* 4. *d.* 14. & eum sequutus Rebell. *lib.* 1. *quæst.* 3. *num.* 24. ad iustitiam distributiuam retulit, eo quod in punitione iusta infligenda seruet interdum proportionem geometricam ad ponendam æqualitatem quam intendit, quia culpa crescit & minuitur pro dignitate & conditione offendentis & offensi; nam primò, & per se intendit exæquare pœnam crimini quamuis eius grauitas non possit aliquando cognosci nisi per illam proportionem dignitatum offendentis & offensi, & pro ea dignitate debeat crescere aut minui pœna quæ non comparatur præcisè, primariò, & per se cum dignitate, sed per accidens quatenus ex ea crimen cui pœna adæquatur, grauius aut leuius redditur. In subditis verò & offensis qui punitionem à iudice postulant, specialem virtutem ex qua operentur agnoscunt S.Thomas 2. 2. *quæst.* 105. *art.* 2. & Caietanus *ibid.* Lessius *lib.* 2. *cap.* 47. *num.* 22. Aureol. *in* 1. *dist.* 46. *quæst. vnic. art.* 1. *prop.* 3. Vasquez 3. *part. quæst.* 85. *art.* 3. *dub. vn. num.* 14. non satis consentanee ad ea quæ dixerat 1. *part. disp.* 85. *num.* 27. Suarez verò vult non esse vnam aliquam virtutem, sed illam ipsam ex cuius motiuo quispiam inducitur ad postulandam reo pœnam, & punitionem. Ita *relat. de inst. sect.* 5. *num.* 6. Cùm enim non expetatur vindicta solùm vt malè sit proximo, & vt reddatur malum pœnale pro malo culpabili, ille enim esset actus odij, & non virtutis, debet honestari ille actus per aliquam annexam virtutem quam non oportet necessariò esse iustitiam, & primò quidem non expetendum est malum & pœna alterius, vt malum eius est, idque pertinet ad charitatem. Secundò non debet peti vindicta supra modum delicti quod suadet iustitia commutatiua, non quod ipsa necessariò petat vindictam, sed quia affectum vindictæ coerceat circa limites æqualitatis quam ea iustitia spectat. Tertiò denique opus est honesto aliquo fine, & motiuo, quod varium esse potest, & ad diuersas virtutes pertinere, nam si intendas seruare illæsum ius reipublicæ quæ in suis membris læsa est, pertinebit ad iustitiam legalem. Si velis propriam iniuriam reparari, & damnum illatum resarciri, pertinebit ad propriam charitatem, aut ad eam virtutem cuius est propriam famam, & alia bona honestè tueri. Dum autem S. Thomas dixit vindicationem esse specialem virtutem, voluit tantum illam semper honestari ab aliqua speciali virtute, quamuis non semper ab eadem. Rebell. *l. cit. num.* 25. ait esse iustitiam commutatiuam, quia priuatus acquiescit iudici ponenti æqualitatem cum iniuria. Val. 2. 2. *disputat.* 5. *quæst.* 5. *punct.* 1. *ad* 1. ait esse iustitiam aut distributiuam aut commutatiuam, quatenus reddit æquale pro diuerso genere æqualitatis. Quatenus autem spectat illud speciale commodum, quod ex propulsione iniuriæ nascitur, & quod quælibet res ex amolitione sui contrarij capit, esse specialem quandam virtutem, tum in magistratu, tum in priuatis, verùm ea non potest esse alia quam ea cuius proprium esse dicebat Suarez propria bona & commoda honestè tueri. Vides itaque omnes istas sententias aliquid veri continere, & per diuersa consideratione posse componi.

Dicendum igitur est in hoc caso reperiri semper honestatem iustitiæ commutatiuæ, velle enim vt alius actum iustitiæ commutatiuæ eliciat, est actus eiusdem iustitiæ, cum ex amore eius honestatis eiusmodi voluntas proficiscatur, quamquam & hæc vltio expeti à iudice possit ex aliis motiuis honestis, quod vtrum allati Doctores probant. Cæterum quod Molina *tract.* 1. *disp.* 12. *num.* 15. *& tract.* 2. *disp.* 715. *num.* 6. *tract.* 3. *disp.* 160. *num.* 3. *& in primam partem quæst.* 21. *art.* 1. negat hanc iustitiam siue in iudice, siue in aliis esse veram iustitiam, quia in ea non ponitur æqualitas, cùm licèt patiatur reus quantum ipsum pati oportet, non tamen tollatur damnum illatum, nihil probat, quia si damnum non tollatur præcisè per punitionem rei, qui aliquando nihil habet vnde illud reparet, fit tamen aliqua compensatio moralis, & damnum atque iniuria tollitur, quantum tolli potest, & præterea commensuratio pœnæ ac criminis, atque proinde ponitur æqualitas rei cum re, vt monebamus, quod pertinet ad iustitiam commutatiuam. 7

Ex hac longiori disputatione consequitur tandem ex delicto & maleficio alteri nociuo prouenire in læso ius morale ad auertendum se ab offendente & delinquente. Deinde ius petendi satisfactionem iniuriæ, & compensationem damni sibi illati quantum æquitas postulat. Imò & illam ipsam satisfactionem atque compensationem, quam leges & iura definierunt, si quid circa illud delictum statuerint. Tertiò denique exigendi à publica potestate punitionem delicti aduersus se commissi, & pœnam statutam à iure si quæ existat, aut ab ipso iudice statuendam in criminibus & delictis in quibus conceditur actio à iure; quæ tamen punitionis petitio fieri debet ex affectu iustitiæ, aut ex alio quopiam honesto motiuo, non ex odio, vltione offensæ, alióve prauo affectu, quod etiam cauendum esse ipsi iudici vel principi pœnam statuenti & reum damnanti, ne impotenti animi commotione abreptus æqui, & recti fines transgrediantur, monet Seneca *lib.* 1. *de clementia*, *cap.* 14. Cassidior. *lib.* 7. *epist.* 1. & fusius Ferrandus Diaconus *in paranesi ad reginam de pij ducis officiis in sexta innocentia regula.*

Sequitur secundò offensum & læsum alterius delicto posse illi condonare offensam, imò & ad id teneri ex Christiana charitate, & lege æquè etiam naturali, quæ odium & inimicitias prohibet vt supponimus, quare quod diximus hactenus de iure illo morali quod offensus habet auertendi se ab offendente, ita intelligendum est, vt possit quidem odisse offensam, & auertere animum ab offendente quatenus sibi malus & nociuus est, non verò odisse odio inimicitiæ, quare condonanda offensa illi est, quamuis post eam condonationem, fas sit & satisfactionem iniuriæ & reparationem damni exigere, imò & pœnam apud iudicem vrgere. Quia condonata offensa non liberatur reus obligatione satisfaciendi 8

faciendi & compensandi, neque absoluitur à pœna commerita. Potest secundò læsus condonare omnem satisfactionem, atque etiam compensationem sibi debitam, illamque remittere. Potest tertiò non exigere pœnas à iudice, non tamen illum à pœna absoluere sua condonatione, quia sicut eam sua authoritate infligere nequit, ita neque sua authoritate illam remittere, vnde vides condonata offensa immò ac culpa, & posita damni compensatione, adhuc remanere reatum & dignitatem pœnæ.

9 Sequitur tertiò in delinquente nasci triplicem obligationem quæ triplici iuri læsi & offensi correspondet. 1. Est obligatio placandi animum rationabiliter offensi, suis obsequiis, aliáve ratione, ita vt ille non possit censeri rationabiliter indignari, & sese auertere amplius ab offendente. 2. Satisfaciendi ad æqualitatem iniuriæ, & damno quod intulit. 3. Subeundi pœnam quam iudex legitimè pro eo delicto ipsi infliget, atque hæ obligationes sunt & naturales, & aliquando ciuiles, quando lex, vel Iudex præscribit modum satisfactionis & compensationis, eiusque quantitatem, tempus aliásque circumstantias definit, & pœnam quoque constituit. Circa istas verò obligationes plurima quæri possunt quæ paucis hoc loco definiemus.

10 Aio primò omnem delinquentem teneri suo proprio delicto & maleficio ad reparandam iniuriam & damnum quod intulit, nisi aliqua legitima causa ab eiusmodi reparatione ipsum aliquando excuset.

Hæc assertio non indiget probatione cum constet ex terminis, quæ enim naturalis æquitas obligat ad non violandum ius alterius, & damnum illi inferendum, eadem obligat ad reparandum vbi violatum est, & ad reponendam æqualitatem quam nostro maleficio sustulimus, vnde ea reparatio est actus iustitiæ commutatiuæ, vti ostendemus inferius, vbi de satisfactione, & restitutione sigillatim disputabimus, neque in hac vniuersali doctrina stabilienda diutius immorandum est.

11 Aio secundò qui suo delicto alteri damnum & iniuriam intulit, non teneri ad satisfactionem & compensationem quam lex, & ius humanum constituit, ante sententiam Iudicis, quoties ea satisfactio & compensatio excedit eam quam ex æquitate naturali debet, vel quoties alio modo quam legis præscripto, poterit ad æqualitatem læso satisfacere, & illius damnum emendare: v. g. fur manifestus quadruplum, nec manifestus duplum restituere debet ex certo iure vti ostendemus inferius, cùm tamen ex æquitate naturali debeat tantum restituere quantum subripuit, & totum quod intulit damnum reparare. Non tenetur itaque ad duplicationem, nec quadruplicationem illam rei subreptæ, antequam ad id à iudice damnetur. Simili ratione si certum modum satisfaciendi pro irrogata iniuria lex definiat, possitque satisfacere certo quopiam alio modo, sufficeretque illam exhiberi ad abstersionem totius iniuriæ, non tenebitur delinquens modum illum à lege præscriptum vsurpare, antequam iudex per sententiam ipsum cogat, sed poterit alio æquè sufficienti contentus esse. Ratio manifesta est quia ille excessus supra compensationem æqualem ex æquitate debitam ad quem reus damnatur à lege, est pœna quædam, eaque positiua, & non solùm compensatio quæ in reponenda æqualitate consistit, atqui non obligatur reus ad pœnam eiusmodi positiuam ante sententiam Iudicis, vt statim explicabimus. Deinde certus ille modus satisfactionis non est necessarius ad reparandam iniuriam, datúrque alius aliquis æquè sufficiens. Quare iste non præscribitur à lege, nisi veluti in pœnam, idcirco vt ad illum, omissis aliis omnibus, vsurpandum delinquens obligetur, opus omninò est aliqua sententia Iudicis, eadem ratione qua requiritur vt reus obligetur pœnam à lege definitam vltro suscipere, & in seipsum exequi. Neque ista assertio sic explicata patitur vllam difficultatem quæ tota versatur circa pœnam inflictam à lege, an videlicet reus statim vbi sui criminis & delicti conscius est, teneatur pœnam à lege impositam subire, nulla Iudicis expectata sententia. An verò eiusmodi sententiam exportare possit. Quod sequenti capite definiemus.

CAPVT II.

De obligatione ad pœnam ex delicto.

ART. I. *Qualis & quanta sit obligatio delinquentis, subeundi pœnam.*

II. *Consectaria ex superiori doctrina.*

III. *De laxatione, minutione, & augmento pœna & venia delicti.*

IV. *Consectaria ex superiori doctrina vniuersali.*

V. *An aliquis obligetur ad pœnam ex delicto alieno.*

VI. *Consectaria, & casus singulares.*

RIPLICEM in vniuersum ex delicto contrahi obligationem nuper constituimus, ad satisfactionem scilicet iniuriæ eiusque reparationem, ad damni illati compensationem, & denique ad pœnam quam commeretur delictum. Hanc triplicem obligationem explicare nos oportet, primùm quidem in vniuersum, deinde in singulis delictis, ordior ab obligatione ad pœnam.

ARTICVLVS I.

Qualis, & quanta sit obligatio delinquentis ad subeundam pœnam.

Duplex sententia. 1.

Pœna priuatiua & positiua. 2.

Priuatiua. ibid.

Positiua quales. 3.

Pœnæ à lege lata. 4:

Discrimen inter pœnam & mulctam. 5.

Prima regula. *De obligatione pœna ante omnem sententiam.* 6.

Limitatio regulæ. 7. 8.

Secunda regula. *Quandonam lex obliget ante sententiam.* 9.

Limitatio regula. 10. 11. 12.

Tertia regula. *De verbis quibus secunda lex fertur.* 13.

Prima pars regula. 14.

Secunda pars. 15.

Quarta

Quarta regula. *De variis pœnis ante & post sententiam.* 16. 17.

Prima pars, de pœnis ab alio infligendis. 18.

Secunda pars, de pœnis ab ipso reo. 19.

Tertia & quarta pars, de pœnis priuatiuis. 20. 21.

1 OBserua sententiam duplicem esse posse, nimirum vel condemnatoriam criminis, vel declaratoriam dumtaxat, inter quas est latum discrimen, hæc enim posterior non damnat reum, neque pœnam infligit, sed solùm commissum esse crimen declarat, & condemnationem prius per legem iam factam ostendit, vnde fit vt ea sententia quoad effectum retrotrahatur ad momentum quo crimen patratum est. V. g. si reus priuetur à lege bonis suis, etiamsi non teneatur iis se spoliare ante sententiam declaratoriam, vbi tamen illa prolata fuerit, restituere tenebitur omnes bonorum illorum fructus à die delicti commissi, & omnes contractus circa ea bona eorumque alienationes, erunt irritandi, quia cum esset priuatus per legem dominio illorum bonorum, neque de illis disponere validè potuit, neque fructus illorum suos fecit. Sententia condemnatoria damnat reum & infligit pœnam, quæ antea inflicta non erat, quamuis fortassis lex iussisset eam infligere.

2 Obserua secundò, pœnas aliàs esse priuatiuas quæ consistunt in priuatione mera, & nullam nouam actionem requirunt: aliàs esse positiuas quæ vt mandentur executioni, requirunt actum aliquem positiuum, siue rei, siue cuiuspiam alterius. Priores consistunt in quibusdam inhabilitatibus quibus aliquis priuatur capacitate ad exercendos aliquos actus, ac ministeria, aut suscipiendas aliquas dignitates, acquirenda aliqua iura vel dominia, vt vides in irregularitatibus, censuris, impedimentis matrimonij, & aliis eiusmodi. Atque hæ pœnæ possunt per ipsam legem non modo imponi, sed etiam executioni mandari: cùm ad id non postuletur vllus alius actus, aut effectus physicus, vti ostendimus *opere de censuris disquisit.* 1. *quæst.* 3. *num.* 2.

3 Pœnæ positiuæ sic appellantur quia non mandantur executioni nisi ponatur aliqua actio vel physica vt flagellatio, numeratio pecuniæ, vel moralis, quia licet sit physica omissio, nihilominus infert effectum positiuum moralem, & afflictiuum vt ieiunium, incarceratio quæ licet consistant in abstinentia cibi, & in priuatione libertatis, inuehunt secum positiuam quandam molestiam, & afflictionem. Pœnæ igitur positiuæ licet possint ab ipsa lege imperari, non tamen ab ea sola mandari executioni, & perfici, cum enim habeant effectum physicum, certum est eum à lege, quæ vel est tantum internus Legislatoris actus, vel eius præceptum externum prolatum aut scriptum, prodire non posse. Hæ porrò actiones quibus eiusmodi pœnæ infliguntur causam habere possunt, tum ipsummet reum, tum alium quempiam ad id à iudice destinatum, vt patet.

4 Obserua tertiò, quasdam esse pœnas quæ iure & legibus, certis criminibus & delictis irrogantur. V. g. pœnæ dupli furto nec manifesto, quadrupli furto manifesto. Tripli ex edicto vi bonorum raptorum. Dupli quoque ex variis causis edicti perpetui, vt de seruo corrupto, de deposito tumultus, vel incendij, vel naufragij, vel ruinæ causa facto, & aliæ pleræque; publicatio bonorum, relegatio, pœna pecuniaria viginti aureorum ex l. Iulia, de annona, *l. 2. in fin. D. de lege Iulia.* De annona centum aureorum, ex lege Iulia ambitus, *l. vnica in fin. D. ad leg. Iuliam ambit.* & aliæ similes in quibus omnibus vsurpandum est illud Papiniani *l. ordine* 15. *D. ad municip.* & *l. 1. §. 3. D. ad SC. Turpill.* facti quidem quæstionem in arbitrio & religione esse iudicantis, pœnæ verò persecutionem non eius voluntati mandari, sed legis authoritati reseruari, quia nimirum iudicis est de facto, an commissum sit, arbitrari, non verò de pœna, quæ illi facto legis authoritate posita est.

Aliæ verò pœnæ sunt, quæ non sunt certæ legibus constitutæ, sed pendent ex arbitrio iudicantis, qui has vel alias pro sua æquitate criminibus commissis infligit, quas pœnas proprio & speciali nomine mulctas appellari vult Paul. *in l. antepenult. D. de verb. signif.* contra Labeonem cuius ea verba ibidem referuntur; *Si quæ pœna est, mulcta est: Si qua mulcta est, pœna est.* Quod vtrumque falsum esse contendit Paul. quia pœnæ certæ sunt singulorum peccatorum, non verò mulctæ; cui enim ius est mulctæ dicendæ, potestas etiam est quantam dicat. Quod autem ibidem additur; *nisi cùm lege constitutum est quantam dicat*; additamentum esse Triboniani contendit Faber *decade* 97. *de erroribus pragmat. errore* 9. cùm neque Pauli verba id postulent, & Tribonian. attenderit ad constitutionem Arcadij, & Honorij, Pauli ætate nondum editam *l. vlt. C. de modo mulctarum*; vbi certus mulctæ modus præstituitur, quem iudices transilire nequeant. Deinde non constituunt Imperatores quam mulctam iudices dicant, sed ne maiorem dicant ea quæ permittitur eo loco, manetque semper verum esse quod affirmabat Paul. in Iudicis esse potestate quam, & quantam dicat mulctam, modo tamen non excedat modum præstitutum, quod ita sapienter sanciunt Imperatores ne iudices amplissima sua potestate in dicendis mulctis abuterentur. Differunt secundò, pœna & mulcta, vt docet Paul. *loc. cit.* quia, *de pœna prouocatio non est.* Vbi enim quis conuictus est maleficij cuius pœna constituta est, eam statim subire cogitur. *A mulcta* verò prouocatio est, neque ea debetur *antequam* aut non sit prouocatum, aut prouocator *victus sit.* Tertium discrimen inter pœnam & *mulctam* indicat Paul. *l. antepenult. citata.* & clariùs explicat Vlpianus *in l. aliud fraus* 131. *D. de verb. signif.* quòd pœnam vnusquisque Iudex irrogare possit, mulctam verò dicere nequeunt quibus iudicatio data est, sed ij soli qui publicè iudicium & publica authoritate exercent, quales sunt magistratus & præsides prouinciarum, in quibus non sunt iudices pedanei qui scilicet non nisi iudicationem habent, eamque non publicam quomodo habent magistratus; non igitur mulctam dicere possunt nisi soli magistratus & non alij siue habeant iudicationem, vt iudices pedanei, siue non habeant, vt alij plures qui non sunt magistratus, quod apertè indicat Vlpianus *loc. cit.* itaque procurator Cæsaris non dicet mulctam *l. 2. C. de modo mulctarum.* Idem de curatoribus & defensoribus reipublicæ demonstrat Faber *errore 9. cit.* & Alciat. *in l. citatam* 131. *D. de verb. signif.* At vero pœnam vti iam monui potest irrogare omnis ille cui criminis, siue delicti executio competit, quod docebat Vlpianus *in citata proximè lege.* Sanè lege XII. Tabularum ius mulctæ dicendæ

solis

solis magistratibus populi Romani concessum est; eius verba refert Tullius *lib. 3. de legibus. Magistratus nec obedientem & noxium ciuem mulcta, vinculis, verberibusque coerceto: ni par, maiorve potestas, populusque prohibessit, ad quos prouocatio esto, cùm Magistratus iudicassit, irrogassitve per populum multa coactio esto.* Vides hoc ius dicendæ mulctæ concedi magistratibus, quo nomine intelligi nequeunt municipales quibus lex XII. Tabularum scripta non est, & qui non dicuntur simpliciter magistratus sed cum additamento municipales, vti obseruat Alciatus. Deinde ab istis magistratibus voluit lex illa prouocari posse ad populum, dicebaturque certari mulcta, cum eius remissio vel modus petebatur, quod ex Liuio *lib. 25.* & Cicerone *in Philippic.* facilè cognosces. Est & aliud discrimen inter pœnam & mulctam, quod pœnarum veluti gradus quidam sunt *l. capitalium 28. D. de pœnis.* mulctarum vero nulli sint gradus, cùm mulcta olim veniret ex arbitrio eius qui illam diceret, pœna vero non irrogetur nisi quæ quaque lege vel quolibet alio iure specialiter alicui delicto imposita est, est tamen aliquis mulctæ modus post *l. 4. & vlt. C. de modo mulctarum*, quem magistratus excedere nequeunt. Denique pœna generale nomen est, omnium delictorum coercitio, & non tantum pecuniaria, sed etiam capitis, & existimationis. Mulcta est specialis delicti omnis animaduersio & non nisi pecuniaria est, ex Vlpian. *cit. in l. aliud 131. D. de verb. signif.* restricta enim est huius vocis quæ Osca est, significatio ad pœnam pecuniariam cùm pœnam quamlibet ex natiua vi comprehenderet. Vnde prioribus Latinis mulctare est condemnare & punire. Vnde *Plaut. mulctare matrimonio.* Terent. & Virgil. *lib. 10. Æneid. mulctare morte.* Sueton. *mulctare gentilitiis hæreditatibus.* & Tacitus, *mulctare verberibus.* Veteribus Gallis fredum dicta fuit, vt habes ex Marculfo *lib. 1. cap. 3. lib. 3. capitular. Caroli Magni cap. 3.* & Greg. Turon. *lib. 4. cap. 26. de miracul. S. Martini.* Vide Bignon. in notis ad Marculfum. Vvirgildum erat pecunia quæ pro homicidio commisso luebatur; nam apud Germanos, quod obseruat quoque Tacitus, nulla delicta morte puniebantur, sed certa pecuniæ summa, quod ostendit etiam Bignon. *in citatis notis.* Apud antiquos Romanos & Græcos mulcta pendebatur ex pecude; summa erat triginta boum, & duarum ouium, minima vnius ouis, deinde inducta pecunia, illa quoque mulctari cœptum est; bos centusse, ouis decusse æstimata est, quod ex Aul. Gellio, Sexto Pompeio, & Plutarcho in legibus Salonis probat Alciat. loco nuper laudato. Sed vt ad mulctæ vocem redeam monet Varro *lib. 4. de l. l.* olim dictam *multa*, & esse pecuniam quam magistratus indicebat pro peccato, & quærit cur singulæ multæ id nomen obtineant, cum tamen singulæ sint non multæ, & respondet veteres, quod singulum est, dixisse multum, quod reiicit Scaliger, & multa non nomen esse, sed verbum, idemque quod, *numera*, & antiquis multare id esse, Plaut. *in Sticho* act. 3. sc. 1. *Scio scire te quàm multis tecum miseras multauerim.* Voss. ait in Etymologico propriè multare esse, pluris in auctionibus liceri quàm cæteri, quod Græci dicunt πλειστηριάζειν. Dici etiam posset multa quòd magistratus ob pusillum peccatum multum exigerent. Cæterùm vocem hanc à Sabinis ad Latinos deriuatam ait ipsemet Varro *lib. 19. rerum humanarum.* Festus verò ab Oscis, mulcare est verberare à mulceo, & mulco, sicut à dulceo, & dulcesco dulcare, & edulcare, vide Voss. in Etymolog. *verb. mulcor.*

His obseruatis definiendum est qualis & quanta sit obligatio rei subeundi has pœnas vel mulctas delicto impositas à lege vel iudice, & an ad eas omnes sententia Iudicis quænam expectanda sit, quod sequentibus, & vniuersalibus regulis tradam.

Prima Regula.

Aio igitur legem imponentem pœnam aliquam delicto alicui posse obligare reum in conscientia ad illam siue actiua siue passiua sit subeundam ante sententiam omnem iudicis siue condemnatoriam, siue declaratoriam, & vt loquuntur ipso iure, & ipso facto, dummodo si ea pœna actiua sit, hoc est, ipsius rei actionem exigat, moderata, & non nimis dura, siue asperior existat, atque iustè ab illo vsurpari & assumi possit. Id tamen genus obligationis frequentius in pœnis priuatiuis vsurpatur & ferè nunquam in actiuis, siue positiuis. 6

Explicatio & confirmatio Regulæ.

Hac vniuersali assertione impugno Caietan. *2. 2. quæst. 62. art. 2.* negantem pœnam actiuam imponi posse exequendam ante sententiam Iudicis, & Sotum *lib. 1. de Iustit. quæst. 6. art. 6. concl. 1.* idem ad ipsas etiam pœnas passiuas extendentem, quod naturæ repugnet idem pati à seipso, alioqui liceret reo haurire venenum, aut fame perire, quæ esset sola pœna priuatiua: nostra tamen assertio communis est, vti videbis apud Valquem 1. 2. *disput. 168. cap. 2. & 3.* & Suarem *lib. 3. de legibus cap. 5.* quia nihil est vnde repugnet nos obligari præcepto superioris ad pœnam aliquam iustam nobis ipsis infligendam, si enim ex natura rei id inhonestum esset, neque per sententiam Iudicis ad id obligari possemus, cuius tamen contrarium aduersarij docent, & maximè constat ex sententia solum declaratoria criminis, quæ nullam coactionem physicam affert, aut nouam obligationem inducit, sed ipso facto potius contrarium supponit. Neque dicas opus esse crimen probari ante damnationem, nam cùm hæc damnatio, & ex ea obligatio ad pœnam, dicatur esse ante omnem sententiam, fieri tantum debet in foro interno, ac proinde reus in illo tantum audiri & conuinci debet.

Dices naturam abhorrere vt idem puniatur à seipso, saltem antequam damnatus fuerit.

Resp. eandem rationem valituram in pœnis passiuis & priuatiuis, quas tamen incurri posse ipso facto, & ante omnem sententiam fatentur vniuersi vno dumtaxat Dominico Soto excepto, & contra ipsum statim ostenderur. Quia non minus molestum & graue est homini priuare seipsum pluribus actionibus ad quas ius & inclinationem habebat, quàm aliquid sibi molestum agere. Cùm etiam ex his priuationibus & pœnis passiuis sequatur necessaria obligatio ad plures actiones molestas & inuoluntarias, v. g. quod excommunicatus teneatur oblatum beneficium nô acceptare, aut inchoatis diuinis officiis ex Ecclesia egredi, licèt non sit denuntiatus, cùm illis interesse non possit, & eiusmodi alia.

Addidi tamen nostræ vniuersali regulæ duplicem limitationem. Prima est ne pœna illa actiua, quam quis tenebatur ipso iure ante sententiam sibi ipsi infligere, nimis acerba existat, quia cùm lex humana debeat esse iusta ac communiter tolerabilis, si pœna, eo quod ab ipsomet reo sibi infligatur, crudelitatem quandam, & sæuitiam à natura plerumque abhorrentem inducat, videtur obligatio 7

eiusmodi humani Legislatoris potestatem superare.

Secundò, requirebam vt pœna imposita licitè possit exerceri à reo, si enim in illius exequutione sit aliqua malitia extrinseca, vt in sui occasione, neque ante, neque post sententiam Iudicis ad eam pœnam sibi ipsi inferendam poterit obligari, qua de re dicemus inferius, vbi etiam quatenus an aliquas actiones circa suam mortem delinquens possit exercere, vt haurire venenum, famem extremam volens pati, aperto carcere non fugere, seipsum in exilium deportare, ad extremum supplicium se conferre, scalas scandere, collum funi applicare. De quibus Vasquez 1.2.*disp.*173. Suarez *lib.*5.*de legib.cap.*10. Vbi verò hæ circumstantiæ, similésve non reperiuntur, vt in pœnis pecuniariis, & mulctis, & in quibusdam aliis leuioribus pœnis corporeis, qualis esset flagellatio, ieiunium, peregrinatio, poterit etiam ante sententiam ad earum executionem reus obligari ipso iure; quod vnum modo in hac assertione contendimus.

8 De pœnis autem passiuis ostenditur contra Sotum ad earum executionem obligari posse reum ante omnem sententiam. Cùm enim lege ciuili, & Canonica possit aliquis constitui inhabilis ad contrahendum, aut quidpiam aliud exercendum, nulla habita ratione delicti, nullaque expectata sententia, cur non poterit lex propter aliquod crimen, quamuis per accidens occultum, eandem pœnam imponere ipso facto incurrendam, idque sæpius fieri constat ex censuris quarum aliquas incurri ipso iure nemo dubitat, vsque fusius ostendimus in tractatu de illis à nobis edito. Quod enim ait Sotus per excommunicationem priuari hominem bonis communibus ab Ecclesia ante sententiam, secus verò in aliis pœnis passiuis, non vrget, quia sæpè priuat bonis propriis, vt in pœnis inhabilitatis ad matrimonium, priuatione fructuum beneficij quæ oritur ex censura. Deinde Ecclesia in excommunicatione & priuatione bonorum communium per eam inducta non agit vi dominij quod habet in ea bona communia, & quæ ad libitum largiri vel tollere possit, nullo prævio examine & sententia, sed agit instas iudicis punientis reum eorum bonorum priuatione propter crimen cuius ipse reus sibi conscius est, licet nondum in forum deductum fuerit, quod cur fieri non possit, minimè demonstrauit hactenus Sotus.

Secunda Regula.

9 Quoties lex vtitur tantum verbis pœnam comminantibus, aut futuri temporis, non obligat in conscientia ad pœnam ante sententiam, nisi alioquin lex inutilis, & illusoria futura sit.

Explicatio, & confirmatio Regulæ.

10 Aperta videtur hæc regula ex ipsa vi & proprietate verborum, qui enim dicitur excommunicandus, nondum reuera est excommunicatus, & qui facit actum sub excommunicatione prohibitum, nondum quoque est excommunicatus, minari quippe excommunicationem, & illam infligere diuersa omnino sunt; vbi autem dubium est an pœna sit latæ, an ferendæ sententiæ, interpretandum est esse tantum ferendæ. Quia ex communi omnium sensu mollior interpretatio in pœnis quæ odiosæ sunt, sequenda est.

Perspicua quoque est apposita regulæ limitatio, quia nunquam licet ita legem interpretari vt illam inutilem & illusoriam reddamus, debet enim aliquem effectum habere, v.g. si prohibeatur matrimonium inter virum & fœminam ab ipso pollutam adulterio sub pœna irritandi matrimonij, fit ipso iure & facto irritum matrimonium, & non tantùm irritandum, quia non posset illud matrimonium fieri validum, deinde irritari. Idem valet in impedimentis religiosæ professionis; in irregularitate quoque, quia illa pœna est quæ à solo iure, & non ab homine imponitur, vt *lib. de irregular.* ostendimus. Quare licet in lege exprimatur per verbum futuri temporis, ipso tamen facto, & statim incurritur, nisi fortassis incurratur potiùs propter infamiam, quàm immediatè, & per se propter crimen, tunc enim requiritur sententia iudicis, non ratione irregularitatis per se loquendo, sed ad notorietatem criminis, quod si occultum maneat non parit infamiam, propter quam tamen plectitur irregularitate errans; quando verò dicitur in lege ordinatio alicuius clerici irritanda, quia ordinatio neque irritari neque inualidari potest, ne lex inutilis sit, explicanda erit de irritatione quoad vsum Ordinum, & suspensionem quam sic ordinatus incurret.

Limitanda est secundò, regula vniuersalis ratione contractuum in quibus apposita pœna conuentionalis resilienti, incurritur ipso facto in conscientiâ ante sententiam ex pluribus iuribus quæ passim allegantur, quibus quidem contraria consuetudine derogatum esse dixit Vasquez 1.2.*disp.*173.*cap.*1. ex Nauarr. *cap.*23.*num.*68. Itaque sapienter monet totam controuersiam desiniendam esse ex materia contractuum, intentione contrahentium, & ipsorum verbis, quæ si contineant promissionem, planè soluenda erit pœna in conscientia ante sententiam, nisi constet de contraria consuetudine. 11

Limitant tertiò Vasquez, Suarez locis citatis, & alij passim circa testamenta, nam non implens voluntatem testatoris, tenetur in conscientia pœna quam testator apposuit, quia illa est conditio sine qua non dat suam hæreditatem, habet enim plenum suæ rei dominium; quare potest sua bona donare, & legate prout voluerit, & apponere conditionem qua non impletâ, sua bona detineri ab hærede non possunt. Itaque omnino exponenda est pœna quam suæ institutioni apponit. 12

Regula tertia.

Quoties pœna imponitur per verbum imperatiui modi, aut imperium significans, anceps est locutio, & pro materiæ diuersitate modo sententiam latam, modo ferendam continebit; verba verò præsentis temporis, & indicatiui modi continent sententiam latam. Quæ autem per participium iunctum cum verbo substantiuo futuro, ferendam. Denique verbum substantiuum *sit*, aut *est*, indicat sententiam latam. 13

Explicatio & confirmatio Regulæ.

Prima pars regulæ; verbum imperatiui modi, aut imperium significans, esse anceps ad sententiam ferendam, aut latam pro materiæ diuersitate, probatur; quia si pœna sit eiusmodi quæ immediatè à lege sine vlla hominis actione mandari possit executioni, vt cótingit in pœnis purè priuatiuis, significat sententiam non esse latam, & ipso facto pœnam incurri, quia nihil tunc incurrit propter quod pœnæ inflictionem differri, & veluti suspendi dicamus. Quando verò pœna, alterius quam ipsius solius legis actionem sequitur, significat sententiam tantum ferendam, nisi aliud verba, aut intentio Legislatoris, aut ipsa materia 14

materia suadeant. Quoties enim lex alterius ministerium ad pœnam infligendam postulat, pœnam quidem constituit, sed non infligit, alioquin frustra alterius ministerium exigeret, moneo tamen vbi res tota dubia erit, de pœna per sententiam imponenda potius, quam de imposita, exponenda erit, quod nuper dixisse me memini, quare quando pœna, vel verbum illam significans referri potest tum ad effectum à lege pendentem, tum ad ministerium hominis exigentem, de hoc vltimo erit intelligenda, atque hominis sententia expectanda.

15 Secunda pars regulæ de verbo præsentis temporis indicatiui modi, & verbo substantiui, *est*, aut, *fit*, quæ significant sententiam latam; probatur, quia aliàs illæ locutiones falsæ essent, & tota lex contineret mendacium, diceret enim, v. g. *inhabilitamus*, & tamen nihil efficeret; vnde leges quæ indicant pœnam exigentem hominis ministerium, nunquam ita loquuntur, sed vtuntur verbo, *mandamus, iubemus, obligamus*, v. g. *restituere, soluere*, & similia. Denique participium iunctum cum verbo substantiuo futuro indicare sententiam ferendam statim apparet: v.g. excommunicatus, suspensus erit, æquiualet enim isti, excommunicabitur, suspendetur.

Quarta Regula.

16 POEna quæ exigit actionem & ministerium hominis à reo diuersi, nunquam ita fertur per legem, vt statim obliget in conscientia ante sententiam saltem declaratoriam. Idem dico de pœna quæ ipsius rei actionem postulat, nam etiam illa nunquam obligat in conscientia ante sententiam omnem, nisi ita imponatur vt non possit sine magna verborum improprietate lex illam indicens aliter intelligi. Si verò illa pœna sit quidem priuatiua rei alicuius, sed quia sine hominis actione noua, nequeat exequutioni mandari, & lex in ea indicenda vtatur particulis *ipso facto, ipso iure, & eo ipso*, aut similibus, æquiualentibus, habebit quidem aliquem effectum pœnalem, non tamen afferet absolutam priuationem, neque ad eam exequendam, quatenus ex actione rei dependet, obligat in conscientia ante sententiam declaratoriam criminis, nisi id ex aliis verbis legis necessariò colligatur, vt si dicat *ante omnem declarationem*, aut alia æquiualentia vsurpet, aut materia talis sit, vt tota lex inutilis & inefficax existat, si aliter interpretemur, aut denique vsus & consuetudo talem expositionem postulet. Denique quando pœna est merè priuatiua, quæ neque actione rei vel alterius consummetur, neque vllam prorsus actionem ad sui exequutionem exigat, vt contingit in inhabilitatibus. Si lex vtatur his clausulis, *ipso iure, ipso facto*, incurritur statim in conscientia, & ante omnem sententiam declaratoriam, tenetúrque delinquens se tanquam priuatum, & inhabilem gerere; nam reuerà talis existit.

Expositio & confirmatio Regulæ.

17 Paulò prolixior videbitur ista regula, volui siquidem illâ comprehendere omnia genera pœnarum quæ imponuntur à lege; aliquæ siquidem sunt positiuæ quæ ad sui executionem operam & actionem hominis, vel à reo, & delinquente diuersi, vel ipsiusmet rei postulant; aliæ sunt priuatiuæ, quarum tamen aliquæ non consummantur, siue executioni mandantur, sine aliqua actione, aliæ verò nullam eiusmodi actionem requirunt & in pura ac mera priuatione consistunt. Pro hoc igitur quadruplici genere pœnarum, quadripartitam regulam cõstitui.

Prima pars est de pœnis quæ ministerium homi- 18
nis à reo diuersi postulant, quas dixi nunquam obligare in conscientia ante sententiam declaratoriam. Ratio à priori est quia tunc reus obligatur tantum ad sustinendam pœnam sibi ab alio infligendam, ille autem alius non obligatur ad inferendam nisi vt minister legis, & iustitiæ, ad id verò opus est mandato aut sententia, alioquin posset quilibet aut iudex, aut officiarius quisque nulla iuridica cognitione causæ præuia, statim aut in flagranti delicto delinquentem punire, quo nihil dici potest absurdius. Ea porrò pœna dicitur alterius ministerium postulare, quàm sibi honestè & ex humana consuetudine reus infligere non potest.

Secunda pars agit de pœnis quæ ipsiusmet rei 19
actionem postulant, nam istas quoque dixi non obligare in conscientia, ante omnem sententiam, nisi verba legis nos omnino ad id cogant. Ratio est quia durum, & insolens est reum seipsum plectere, quare nisi expressissimè id iubeatur, non debemus ipsum ad simile quid obligare, neque sanè vllum in iure huius exemplum licet reperire; quamuis Suarez *lib. 5. de legibus, cap. 7. n. 7.* & Vasq. *1. 2. disp. 168. cap. 3.* nonnullas leges Hispanas ad hoc referunt, sed earum expositionem Hispanis Doctoribus relinquimus. Moneo dumtaxat hanc nostram regulam extendendam esse ad pœnas, quæ licèt proximè quidem priuent aliqua actione humana, ex ea tamen sequitur grauis afflictio corporis, cuiusmodi est abstinentia à cibo, quia eiusmodi pœnæ æquiualent illis quæ in actione consistunt, quare de his eodem modo sentiendum est, neque tenetur reus abstinere à cibis, & fame ac siti se vexare antequam ad id damnetur.

Tertia pars regulæ agit de pœnis priuatiuis qui- 20
dem, sed quæ tamen sine aliqua actione perfici non possunt, quas dico non statim omnimodè, & absolutè inferri, siue obligare ante omnem sententiam declaratoriam, quamuis imponantur cum illis solitis clausulis, *ipso iure, ipso facto*: quæ tamen tunc aliquid operantur. Atque vt ab hoc postremo ordiar, verba legis vel præcepta, neque falsa neque inutilia & superflua esse debent. Hæc verò, *ipso iure, ipso facto*, neque vera neque vtilia erunt nisi aliquid operentur ante sententiam, quam excludere videntur, aut saltem non esse necessariò expectandam insinuant. Neque enim dici potest illa ad concitandum dumtaxat feruorem quemdam apponi, sic enim facilè foret legum omnium pœnalium vim infringere. Horum itaque verborum effectus aliquis est, nimirum non esse expectandam sententiam condemnatoriam, sufficeréque declarationem, post quam declarationem pœna retrotrahetur ad diem commissi criminis, vti nuper monebam, quare potestatem disponendi de re sua pro arbitrio ab ipso statim crimine commisso, plurimum diminui video per hanc clausulam, quæ sine dubio suum habet effectum, ex quo tamen non sequitur delinquentem statim obligari in conscientia ad dimittendam rem suam qua priuatur per eam pœnam, nisi vbi accesserit sententia declaratoria, vti cõstituit nostra regula. Quia cũ clausulæ, *ipso iure, ipso facto*, in qua consistit tota vis huius obligationis, habeant sufficientem effectum, sine actuali rei suæ, quæcumque illa sit, dimissione, ad eam extendi non debet, nisi quidpiam aliud vrgeat, alioqui sæpius eiusmodi leges inhumanæ forent. Ipsa denique consuetudo, & praxis huic nostræ, & communiori interpretationi plurimum fauet.

Non diffitemur tamen in nostra vniuersali regula, nonnunquam obligationem dimittendi rem, qua quis in pœnam priuatur à lege statim, & ante omnem sententiam etiam declaratoriam, colligi necessariò, vel ex ipsa materia, vel ex verbis legis, vel ex consuetudine interprete, quo casu nulla erit expectanda sententia, sed res omninò dimittenda, quia cùm ea obligatio possit imponi à Legislatore, vti probauimus *prima nostra regula*; profectò vbi de ea certò constabit, subeunda erit à delinquente; quare malè negat Vasquez 1. 2. *disp.* 173. *cap.* 2. ista verba; *absque vlla alia declaratione, nulla alia monitione præmissa*, inducere hanc obligationem, cùm enim debeant aliquem habere effectum, eumque distinctum à clausula *ipso iure, ipso facto*; cui aliquando adiiciuntur, ille alius fingi nequit, quàm non esse expectandam vllam sententiam etiam declaratoriam, vti sapienter obseruat Suarez *lib.* 5. *de leg. cap.* 8. *num.* 22.

21 Restat quarta & vltima regulæ nostræ pars de pœnis merè priuatiuis quæ nullam neque rei ipsius, neque alterius actionem requirunt ad sui executionem, sunt quippe puræ inhabilitates ad quosdam actus, aut officia. Quando verò imponuntur cum clausula, *ipso facto, ipso iure*; statim in conscientia incurruntur à reo, nulla expectata sententia etiam declaratoria, qui proinde debet se vt priuatum gerere, v. g. priuatum iure suffragij, vsu Ordinis sacri quem habet, administratione sui officij, vsurpatione Sacramentorum, quia alioquin eæ clausulæ legis priuationem infligentis, nullum haberent effectum, cùm non possit retrotrahi ad diem commissi criminis vti dicebamus in proxima parte regulæ, quia suffragium v. g. datum, aut electio vi illius facta, non poterit irritari, licet ille suffragator excidisset iure suffragij ratione criminis admissi, quod tamen tolit quandiu sententia declaratoria aduersus eum lata non fuit, quæ esset magna perturbatio, vt vides.

ARTICVLVS II.

Consectaria ex superiori doctrina.

Consect. I. *Ad quid teneatur delinquens cuius bona fisco addicta, & publicata sunt.*
II. *An reus possit fugere è carcere.*
III. *De aliis pœnis quomodo obligent.*

EX vniuersalibus regulis à nobis traditis plurima circa singulares pœnas licebit colligere, ex quibus pauca quædam indicabo.

CONSECTARIVM I.

Ad quid teneatur delinquens cuius bona fisco addicta & publicata sunt.

Bona rei aliquando addicuntur fisco ipso iure. 1.
Alias per sententiam. 2.
Quanam bona comprehendat confiscatio vniuersalis. 3.
An bona personalia. 4.
An bona alienata ante delictum. 5.
An bona conditionatè donata à delinquēte. 6.
An donata reo causa mortis. 7.
An quæ non trāseunt ad hæredes extraneos. 8.
An bona alienari prohibita. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15.
An ius patronatus. 16.
An pensiones Ecclesiasticæ. 17.
An emphyteusis. 18. 19.
An feudum. 20.
An donatio à reo sub conditione futura. 21.
An donata causâ mortis. 22.
Quid de ea donatione inter coniuges. 23. 24.
An bona acquisita post delictum commissum. 25. 26. 27.
An bona debita sub conditione futura. 28.
An reus dominium bonorum confiscatorum retineat ante sententiam. 30. 31. 32. 33.
An teneatur se ipse suis bonis spoliare. 34. 35. 36. 37. 38.
Ad quid teneatur reus qui sententiam confiscationis impediait. 39.
An valeant alienationes factæ à reo cuius bona confiscata erant. 40. 41. 42. 43. 44. 45.
Donationes mortis causa à reo an valeant. 46. 47. 48. 49.
Quid possit & debeat fiscus. 50. 51. 52.
De alienationibus factis à reo, cuius bona non publicantur ipso iure. 53.
An reus teneatur ad debita confiscatis bonis. 54.
Ad quid obligetur fiscus. 55. 56. 57.
Cui fisco sint addiscenda bona. 58.

BOna reorum aliquando fisco addici tum per sententiam iudicis, tum per ipsammet legem, quia statim *ipso facto & iure*, atque adeo statim commisso crimine bona omnia delinquentis, aut certa quædam, & designata fisco addicta sunt, quo casu nulla, opus erit vti nuper monuimus sententia condemnatoria, sed solùm declaratoria criminis, certum esse debet, *ex l. quisquis* 5. *C. ad Iuliam maiest.* vbi Arcadius, & Honorius A A. reum maiestatis gladio feriri, *bonis eius omnibus fisco addictis* volunt, quam pœnam ipso iure incurri, constat quoque *ex l. fin. C. eodem*, vbi refertur Seuerum & Antoninum constituisse, ea quo quis tale crimen contraxerit, *neque alienare, neque manumittere eum posse, nec ei soluere iure debitorem.* quod etiam dicitur *lib.* 6. quia nempe reus dominium non retinet illorum bonorum amplius, sed solam possessionem naturalem, idemque constituit D. Marcus post mortem rei crimen illud instaurari, eiusque bona fisco vindicari, & hæredibus auferri *l.* 7. *C. eod.* simili confiscationis pœna ipso facto incurrenda plectuntur Manichæi *l. Manichæos* 4. *C. de hæreticis*, & Gazaræi, *authent. Gazaraos. C. eod.* quarum & similium exemplum secutus est Bonifacius VIII. *cap. cum secundum leges, de hæreticis in* 6. 1

De pœna confiscationis à iudice inflicta constat *ex D. de bonis damnatorum lib.* 40. *tit.* 20. quamquam bonorum omnium publicatio non permittebatur inconsulto principe, nisi summis iudicibus, videlicet præfectis prætorio, vicariis, præfectis vrbi, non autem præsidibus prouinciarum *l. vnica. C. ne sine iussu principis certis iudicibus*, &c. Neque dicas Augustum dixisse præsidibus ius gladij, & 2

ius

ius dandi in metallum ex Dione *lib.* 54. ipsis quoque datum esse ius relegandi *l.* 2. *C. de pœnis & l. legitorum*, §. 1. *D. de interd. & rel.* atqui eas pœnas sequitur confiscatio bonorum. Habent igitur illi iudices ius publicandi bona omnia, non directè & expressim, sed tacitè & per quasdam consequentias.

Respondeo tamen in his quæ pertinent ad delictorum coercitionem, quæque meri imperij sunt, ea tantum habere magistratum, quæ specialiter lex illis dat, & definit, non alia. Quare præsides prouinciarum habent ius gladij, dandi in metalla, delegandi, quæ lex illi specialiter dat, non habent tamen ius deportandi & confiscandi omnia bona inconsulto principe, quia lex illud ipsis negat *l. vnica. C. cit.* & *l. inter*, §. 1. *C. de interd. & relegat.* Quare ad istud ius ab aliis lege concessa non licet argumentari. His obseruatis duæ potissimum quæstiones agitandæ sunt hoc loco. Prima est quænam bona comprehendantur in confiscatione bonorum delinquentis. Altera quid agendum sit reo, cuius bona fisco addicta sunt ipso iure, vel per sententiam.

3 Quod igitur attinet ad priorem, primo quoties confiscantur omnia & vniuersa bona deliquentis, illa vniuersali particula comprehenduntur omnia bona tum mobilia, tum immobilia, iura omnia & actiones, quia ea omnia comprehenduntur appellatione bonorum, quæ omnia simpliciter & absolutè confiscantur, neque vlla esset ratio cur aliqua potius bona exciperentur ab ea vniuersali, & simplici locutione, quàm alia. Atque ita ea *l. si adimples* 5. *C. de sententiam passis*, & *l. bonorum* 49. *D. de verb. signif.* colligunt. Peregrin. *de iure fisci lib.* 5. *tit.* 1. *num.* 50. Simancas *cathol. instit. tit.* 9. *num.* 7. Vasquez 1. 2. *disput.* 169. *num.* 3. Suarez *disput.* 22. *de fide sect.* 5. *num.* 1. Sanchez *lib.* 2. *in Decal. cap.* 14. *num.* 2. Ferdinandus a Castro *tract.* 4. *disp.* 5. *puncto* 2. Si tamen confiscentur tantum bona mobilia, & immobilia, non comprehenduntur iura & actiones, licet addatur vox vniuersalis, quia actiones constituunt tertiam quandam speciem bonorum diuersam à mobilibus & immobilibus, *l. quam Tuberonis* 7. §. *in peculio*, *D. de peculio*, & *l. a Diuo Pio* 15. §. *in venditore*, *D. de re iudicata*, in pœnis vero strictâ interpretatione vtendum est. Atque ita sentiunt Tiraquell. *de retractu linari* §. 1. *glossa* 7. *num.* 9. Peregrin. *lib.* 5. *de iure fisci tit.* 1. *num.* 47. & alij multi quos allegat & sequitur Sanchez *cap.* 14. *citato num.* 2.

4 Secundò bona personalia quæ nempe personam delinquentis non egrediuntur, v. g. ius eligendi alicui collatum, ius reuocandi liberti in seruitutem, ius reuocandi donationem inter viuos ad arbitrium donantis ex pacto inito. Deinde contractus quidam qui contrahentium morte dissoluuntur nec inter viuos possunt ad alios propagari siue extendi, v. g. compromissum, societas bonorum, & alia quæ morte finiuntur, non transeunt ad fiscum, quod pluribus probat Peregrin. *lib.* 5. *de iure fisci tit.* 1. *num.* 90. Ratio est quia cùm hæc omnia ita infixa sint personæ, vt ad alios transferri non possint, neque ad fiscum transire poterunt. Vnde hanc regulam vniuersalem eo loco tradit Peregrin. ea quæ inter viuos alienando, aut moriendo per actum vltimarum voluntatum transferri non possunt in extraneos, non transeunt in fiscum per bonorum publicationem.

5 Tertiò bona illa debent fuisse delinquentis quo tempore delictum admisit, non autem quæ tunc alienauit, siue liberali donatione, siue quopiam alio contractu, quia tunc non sunt bona delinquentis sed aliorum ad quos translata sunt, quibus ipsi propter crimen transferentis, aliter quam in illa translatione commissum, priuari non debent nulla sua culpa; si tamen ea vel donatio vel venditio, aliúve eiusmodi contractus alienationis in fraudem fisci factus fuisset, nulla esset eiusmodi alienatio, & à fisco bona sic alienata repeti possent, vti contendunt Farinac. ex communi sententia, *in sua practica quæst.* 164. *num.* 48. & 50. *addito num.* 26. & 27. *numero* verò 71. explicat quandonam fraus ista præsumatur, nempe si delictum committatur statim facta alienatione cuius nulla tunc apparebat necessitas. Ita Menochius *lib.* 3. *de præsumption. præsump.* 127. *num.* 17. Gomes. *tom.* 3. *variarum cap.* 14. *num.* 4. quod tamen tamen pluribus impugnat Ioan. Faber. *in* §. *item si quis in fraudem num.* 7. 8 & 9. *Instit. de action.* Cui libenter adhæreo, nisi aliunde inueniatur hæc præsumptio, & doceatur eiusmodi alienationem factam fuisse vt liberiùs delinqueret. Secundò, si fuerit facta donatio omnium bonorum, vel meliorum licet interpollatis vicibus facta fuerit. Quod affirmant Menoch. *præsumpt.* 124. Gomes. & alij. Tertiò, denique quando donatio vel venditio facta fuit consanguineo vel amico à quo facilè sit donatum vel venditum repetere, vti affirmant iidem Doctores. Hæ tamen præsumptiones valde tenues esse videntur, vt fiscus iure possit sibi eiusmodi bona repetere.

Quartò si reus qui ante delictum commissum bona sua donauerat sub conditione, quæ non impletur nisi commisso delicto, illa bona vnà cum aliis confiscantur: quia bona illa sunt donantis quandiu conditio sub qua donata sunt adhuc pendet, & non dum impleta est, & quando donatio effectum habere debet bona donata non sunt amplius donantis, sed fisco addicta. Ita Simanc. *catholic. instit. cap.* 9. *num.* 9. Suarez *de fide disp.* 22. *sect.* 5. *num.* 3. Ferdinandus à Castro *tract.* 4. *disp.* 5. *puncto* 3. *num.* 1. 6

Quintò, donata à reo causa mortis, confiscantur vna cum aliis eius bonis, quia sunt donantis adhuc, & cum donatio illa effectum, habet iam bona donata erunt fisci, vti iam diximus, & morte ciuili non confirmatur donatio. Itaque res donata vnà cum aliis transit in fiscum. Excipitur tamen donatio facta vxori à marito, illa enim morte ciuili æquè, atque morte naturali confirmatur, neque proinde transit in fiscum. Ita enim disertè pronuntiat Vlpian. *l. sed si mors* 13. *D. de donation. inter virum & vxorem*, Idemque ediait Constantinus *l. res vxoris* 2. *quæst. Cod. eod.* quamuis in viri potestate sit eiusmodi donationes reuocare. Atque ita docent Gomes. *in l.* 40. *Tauri num.* 91. Molina *tract.* 2. *disp.* 659. Sanchez *lib.* 6. *de matrim. disp.* 17. *num.* 5. & *lib.* 2. *in Decalog. cap.* 17. *num.* 15. plures priori loco allegans, neque ipse aut Molina traditionem rei donatæ factam fuisse vxori, requirunt, contra plures alios, & sapienter omninò, cùm iura allata traditionem eiusmodi non postulent. Idem nihilominus non valet in donationibus factis marito ab vxore, illæ enim morte ciuili donantis non confirmantur sed dissoluuntur, resque donatæ transeunt in fiscum, cum hoc sit singulare priuilegium vxoris, vt donationes causa mortis ipsi factæ confirmentur morte ciuili in præmium pudicitiæ, vt ait Constantinus *cit. constit.* quare sic docent Molina *disp.* 244. Sanchez *lib.* 6. *de matrimon. disp.* 10. *num.* 3. & *disp.* 17. & Farinac. *quæst.* 19. *num.* 131. & *quæst.* 164.

8 Sextò bona quæ non transeunt ad hæredes extraneos, in fiscum quoque transire non possent, quod ita verum esse dicunt Doctores, vt tanquam indubitatum principium constituant in tota ista materia. Vide Farinac. *lib. 1. praxis quæst. 25. num. 51. & 143.* Peregrin. *lib. 5. de iure fisci tit. 1. num. 69.* Sanchez *lib. 2. in Decalog. cap. 14. num. 5.* vbi tamen aduertit hanc regulam perpetuo quidem veram esse negatiuè. Non transit in hæredes extraneos, igitur neque in fiscum. Nihilominus non semper valere affirmatiuè. Transit ad hæredes extraneos, ergo & in fiscum. Contra Iulium Clarum *lib. 5. recept. sentent. §. finali quæst. 78. num. 7.* cùm fiscus non sit propriè hæres, neque damnati personam repræsentet, sed habeatur dumtaxat loco hæredis in quibusdam casibus speciali iure expressis. Estque aperta ratio, cùm damnato viuenti succedat fiscus, viuens autem non habeat hæredem, quare non licebit argumentari affirmatiuè vniuersaliter à proprio, & vero hærede ad fiscum qui est tantum improprius.

9 Septimò hinc fit vt bona alienari prohibita non comprehendantur publicatione bonorum etiam omnium, cuiusmodi sunt fideicommisso subiecta, siue alienandi prohibitio sit expressa, hoc est, à disponente expressis verbis facta, siue tacita, quia ex ea dispositione necessariò sequitur similis prohibitio alienationis, licet illius nulla fuerit expressa mentio facta, vti contingit in fideicommissis, eo enim ipso quod aliqua bona fideicommissa sunt, alienari prohibentur à fideicommissario; sed ea prohibitio tacita tantum est, & non expressa, vt ostendit Molina *lib. 4. de primog. cap. 1. num. 3.* vbi idem ostendit in maioratu. Magnum porrò discrimen reperiri inter hanc alienationis prohibitionem expressam, & tacitam docet Sanchez *lib. 2. in Decalog. cap. 18. num. 1.* ex eo quod tacita prohibitione vetetur dumtaxat perpetua dominij bonorum illorum alienatio, non vero temporalis, siue quamdiu bonis illis fideicommissarius, v. g. aut quis alius cui prohibita fuit alienatio, frui poterit, quare si ea alienet, non poterit eiusmodi alienatio reuocari, aut rescindi nisi vel morte possessoris, aut adueniente tempore quo grauatus erit illa restituere *l. finali C. communia de legatis.* At verò quando est expressa prohibitio alienandi, nequeunt eiusmodi bona, etiam ad vitam possessoris, aut aliud tempus alienari, alioquin poterunt statim vindicari à sequenti vocato, non expectata possessoris morte, aut die quo fideicommissum committi debet. Ita Molin. *cit. lib. 1. cap. 16. num. 33.* Peregrin. *lib. 5. de iure fisci. tit. 1. num. 102.* Farinac. *1. parte pract. tit. de delictis & pœnis, quæst. 25. num. 38. & 39.* & Sanchez *num. cit.*

10 His obseruatis facilè demonstratur assertio nostra, quam præter Farinac. laudata *quæst. 25. num. 12.* tenent Molina *tract. 2. disp. 556. num. 1.* Gigas *de crimine læsæ maiestatis lib. 2. tit. de pœnis, quæst. 3. num. 1.* & alij passim, nam *l. Imperator 12. D. de fideicommissar. libertat.* cum Firmus quidam Titiano Tragœdos tres legasset cum ea clausula, *quos tibi commendo, ne cui alij seruiant*, publicatis bonis Titiani, rescripsit Antoninus eos seruos publicè manumittendos esse. Deinde fauet manifesta ratio, cum enim quisque liberam habeat de suis rebus disponendi facultatem, & suis dispositionibus modum, & conditiones, dummodo ne turpes sint, quas libuerit apponendi, & qui tibi sua bona reliquit, ea conditione reliquerit, ne possis illa alienare, aut certæ cuidam personæ moriens, aut aliàs restituere, neque eiusmodi conditio turpis sit, quæ pro non adiecta haberi possit, eam conditionem seruare debes, neque bona cum ea conditione tibi tradita poteris alienare siue contrahendo cum aliquo, siue delinquendo in præiudicium donatoris innocentis qui pro iure prohibuit eiusmodi alienationem. Est quippe delictum hoc casu: quidam quasi contrahens cum fisco, qui ratione talis delicti sibi tua bona habet obligata, ipse siquidem reus derelinquendo, eiusmodi pœnæ se subdidit, vti loquuntur Imperatores Seuerus & Antoninus, & refertur *in l. Imperatores 34. D. de iure fisci.* Atqui non potuit sese obligare quoad bona quorum non habet liberam dispositionem in præiudicium maximè innocentis, & illum priuare suo iure, atque in fiscum potiùs suo delicto transferre, quàm in alium quemlibet aliquo legitimo contractu, neque in hac vniuersali affectione de sola propria alienatione loquimur, sed etiam de diuisione, quoties illa prohibita fuit; quia diuisio est quædam alienatio, & mens prohibentis diuisionem, est vt integra in sua familia perpetuo conseruentur, cui non satisfieret, si illorum partem fiscus sibi vindicaret propter delictum possidentis. Ita Sanch. *cap. 18. cit. num. 17.* quæ tamen omnia intelligenda sunt, quoties prohibitio alienandi facta fuit in fauorem cuiuspiam, quàm delinquentis solius, vti semper contingit in fideicommissis, & quoties alij vocantur, qui possessori continuò succedunt, alioquin cùm nullus est substitutus, & à testatore vocatus, delinquente possessore bona illa ad fiscum transeunt, vnà cum aliis eius bonis, quia delinquens suo crimine priuatur illo fauore, vti dicendum est cum communi Doctorum quos afferunt & tradunt Molina, *lib. 4. de primog. cap. vlt. num. 5.* Farinac. *cit. quæst. 25. num. 46. & 47.* Sanch. *cap. 18. laudato num. 5.* qui addunt id contingere quamuis testator in fiscum transire prohibuisset sua bona, quia cùm illa prohibitio faueat delinquenti, videtur facta fuisse in fraudem fisci, cui nocere non debet neque impedire ne bona eiusmodi ab illo vindicentur. Et Imperatores Seuerus & Antoninus noluerunt alienationis bonorum prohibitionem, creditoribus, aut fisco fraudi esse *in l. filiusfamilias 114. §. Diui. D. de legatis 1.* quod ita explicat Cuiacius *lib. 5. obseruat. cap. 16.* vt ante Iustiniani nouellam 119. præceptum testatoris alienationem prohibentis, non esset fraudi hæredi quominus quartam detraheret ex lege falcidia, vt non est fraudi creditoribus, quominus pignora distrahant, neque fisco quominus detrahat vicesimam ex lege Iulia. Hodie tamen falcidia prohiberi potest. Quare non videtur mihi ex ea constitutione Imperatorum necessariò colligi non posse testatorem prohibere suorum bonorum alienationem in fiscum, si eius successor vel hæres delinquat, quamuis nequeat prohibere, ne creditoribus satisfiat, aut ab ipsis pignora distrahantur, aut fiscus vicesimam sibi debitam vindicet; quia non potest testator impedire ne debita soluantur per suorum bonorum dispositionem, potest tamen statuere quid de suis bonis fieri velit, vbi debita persoluta fuerint, & ad quem ea peruenire velit, aut nolit. Quare doctrinam nuper allatam sapienter explicat Sanch. *num. 28. capitis cit.* valere nimirum prohibitionem ne in fiscum quidem transeant bona aliqua, quando ea prohibitio non fit in fauorem delinquentis, sed vel familiæ, vel successoris, qui statim, & eo ipso momento delicti vocatur in ea bona: tunc enim ne ad commoditates quidem, & fructus pertinebunt

ad

ad fiscum viuente delinquente, quia cùm vocatus ea bona, sibi iure vindicare possit, eorum quoque fructus & commoditates eodem iure vindicabit. Neque in ea dispositione fauetur delinquenti in fisci præiudicium, vti fieret, si nollet testator, ne momenta quidem commoda suorum bonorum pertinere ad fiscum, sed ad possessorem, licèt delinquentem delicto publicatione bonorum punito, quo casu fatemur eiusmodi prohibitionem fuisse nullam, cum faueat delicto in fraudem fisci, eaque tandem fuit sententia Farinacij, Molinæ, & aliorum quos ibidem affert Sanch. & pluribus Ferdinandus à Castro *tractat. 4. disp. 5. punct. 6. n. 3. & 4.*

11 His omnibus addo prohibitionem istam alienationis debere esse perpetuam, & non temporalem tantùm v. g. ad vitam possessoris, nam tunc si eius bona publicarentur, fiscus sibi illa vindicaret, eorumque commoditates perciperet, quas ipse delinquens tota sua vita percepisset, quia tunc innocenti, & vocato in eiusmodi bona, nulla fieret iniuria. Habemusque expressum casum *l. Statius Florus 48. §. Cornelio Fœlici. D. de iure fisci.* Ibi enim mater Cornelij instituta hæres, & rogata filio post mortem restituere, ob crimen damnata est, eiusque bona publicata, quare Cornelius iure fideicommisso ea bona sibi vindicabat, posthabito fisco. Respondet Paulus. *Sed si nondum dies fideicommissi venisset, quia posset ipse prius mori, vel etiam mater alias res acquirere, repulsus est interim à petitione*: quæ verba glossa finalis ita interpretatur vt potuerit Cornelius matre interim naturaliter mortua, ac proinde tunc ad fideicommissum vocatus illud à fisco repetere, deinde si ante matrem ipse obierit, ac proinde fideicommissum capere non potuerit, illud perpetuo apud fiscum remanebit, quod indicant illa verba Pauli, *quia posset prius ipse mori, & tunc fideicommissum non consequi, quod proinde apud fiscum maneret*, ita ex communi Doctorum Peregrin. *lib. 5. de iure fisci. tit. 1. num. 69.* & Sanch. *lib. 2. cap. 18. cit. n. 9.*

12 Dices bannitum siue proscriptum cum publicatione bonorum haberi pro mortuo, *l. ex facta 17. §. ex facta. D. ad Trebellian.* nam ibi mulier rogauerat filium, vt si sine liberis decessisset hæreditatem restitueret fratri suo, hic verò filius deinde deportatus in insulam ibi liberos susceperat, quare quærebatur an fideicommissi conditio defecisset? Respondet Vlpian. liberos quidem conceptos ante deportationem, licèt postea edantur, efficere vt conditio deficiat, post deportationem verò susceptos quasi ab alio non obesse, & tamen legitimi sine dubio erant illi liberi, cùm matrimonium duraret, quamuis non essent in patris potestate, quia per deportationem quis amittit ea quæ sunt iuris ciuilis, adeóque & patriam potestatem, *l. 17. in fin. D. de pœnis.* Sunt igitur aliqui liberi legitimi, qui tamen non sunt in potestate patris, vti colligit Gotofred. *in notis*, & prætereà qui non impediunt restitutionem fideicommissi, quo grauatus erat pater, cuius alia non potest esse ratio, quàm quia ita damnatus, proscriptus, & deportatus habetur pro mortuo, ac proinde licet suscipiat liberos, illi non excludunt alios qui propter fideicommissum, illorum patri succedere debent. Cur igitur tunc fiscus succederet, & non potiùs substitutus? Respondet Farinac. *q. 25. cit. n. 41.* bannitum quidem haberi pro mortuo in his quæ ipsius proprium commodum commodum spectant, non autem quæ ad aliorũ vtilitatẽ attinent, ac proinde ratione fisci qui commoda ex bonis publicati[...] & sib[...] [...]dictis propter crimen proscripti, aut de[...]ptati per[...] [...]re debet quandiu ille vixerit vita nat[...]ali[...] non ha[...] [...]haint mortuus in fauorem substitut[...]

Sapienter tamen mone[...] Ferdinand. à Castro, 13
tract. 4. disp. 5. punct. 6. num. [...] Sanch. *lib. 2. in decalog. cap.* [...] pluribus allat[...] statore fit prohibitio alienatio[...] quoties à testa[...] [...]liam, delinquente fideicommissi[...] extra familiam [...] blicatis bonis, bona omnia fideico[...] [...]sque putransite ad substitutum & proximè [...] subiecta ad fiscum qui nequidem eorum v[...] [...]atum, non capere potest. Estque euidentissima [...] [...]ctoni iure eam alienationem purificatur condi[...] [...]quia per missi, ac proinde in substitutum tra[...] [...]icom[...] nam reus per delictum illud in fiscum [...]eber, tamen illi ea conditione traditum fuisse[...] [...]um familiam veniret. Confirmatur ex *l. Imp[...]a & l. rogo. 21. D. de fideicommiss. libertati[...]* nuper referebam tribus seruis Mutiano leg[...] conditione ne aliis nunquam seruirent, M[...] deinde bonis publicatis serui liberi statim rem[...] runt, non alia sane de causa, quam quia cond[...] legati posita, & vt loquuntur, purificata fuerat.

Dices secundò testatorem non posse impedi[...] legis dispositionem, *l. nemo potest. 55. D. de legat. 1.* si vero impediret ne bona delinquentis in fiscum transirent, impediret legis dispositionem quæ eiusmodi bona fisco addicit. Resp. verum esse quod in *l. citata* scripsit Pomponius, ideoque non poterit testator prohibere testamenti insinuationem, si eam statutum requirat, nec prohibere liberos, primi præsertim gradus, quominus detrahant quartam Trebellianicam *l. 6. C. ad SC. Trebellian.* aut eos defraudare legitima sine iusta causa, nec remittere vsufructuario cautionem de vtendo fruendo, arbitrio boni viri *l. 1. C. de vsufruct.* neque in præiudicium cæterorum creditorum etiam creditori remittere confectionem inuentarij *l. 1. §. 1. C. de iure debitor.* Nec hæredibus in perpetuum prohibere hæreditatis diuisionem, *l. 52. §. 9. & leg. 70. D. pro socio.* Nec poterit potestatem facere legatario propria authoritate capiendi res legatas hærede possidente, *l. 5. C. de legatis*, hæc & pleraque alia similia nequit testator, contra quàm lex constituerit, disponere, verùm id non contingit in nostro casu, lex siquidem statuit duntaxat vt bona delinquentis, cum delictum committit fisco applicentur, quod non impedit testator dum prohibet suo hæredi aut legatario extra familiam suam quocunque casu alienare, quia dum hæres ille, aut legatarius crimen committit confiscatione punitum, eo ipso quod delinquit bona ipsi fideicommisso eiusmodi relicta, non sunt eius, sed successori à testatore vocato, ipso momento, siue ipso iure, & facto addicuntur. Ideóque fiscus ea sibi nequit vindicare, licet alia bona quæ verè delinquentis sunt, sibi vindicet. Ita Gomez *in l. 40. Tauri num. 19.* & Molin. *tract. 2. d. 656. n. vlt.* & qui alios dabit Sanch. *cap. 18. cit. n. 25.*

Dices tertiò hæc dispositio testatoris de qua loquimur, est in fisci præiudicium, ac proinde iniusta, & non sustinenda, ex *l. filiusfamilias 14. §. diui. D. de legatis 1.* Respondeo nullum esse ius quæsitum fisco quando testator sua bona alienari extra suam familiam vetat, quare ipsi nullum infert præiudicium. Neque dicas eam dispositionem nocere iuri quod fiscus per delictum possessoris quæsiturus esset. Nam in omni fideicommisso simile præiudicium liceret agnoscere, neque libera foret cuique 14

suarum rerum dispositione, cum tamen nemini faciat iniuriam, qui pro arbitrio suo, de sua re disponit: neque inde testator posse aliquem ita disponere de suis rebus, ut si delinquat, bona sua pertineant ad alium certum, & non ad fiscum si illa publicari contigat, quia eiusmodi dispositio fieret in fauorem delinquentis, & fisci præiudicium, quod non contingit quando qui neque delinquit, neque delinquere intendit, vult tamen vt si suus fideicommissarius delinquat, fideicommissum transeat in aliquem alium suum agnatum, tunc enim non fauet delinquenti, imò potius à delicto deterret, sed fauet suæ familiæ quam quidem fisco præfert, sed sine eius, vt vides, iniuria. Ita Molin. *lib. 2. de primog. c. 12. n. 64.* Sanch. *n. 27.* Ferdinand. *punct. 6. num. 6.* & alij.

15 Dices quartò satisfieri menti testatoris prohibentis sua bona citra suam familiam alienari, id enim fiet licèt fiscus viuente fideicommissario & delinquente, fideicommissi commoda percipiat, nam tandem fideicommissa bona redibunt ad familiam, mortuo delinquente fideicommissario, atque voluntas testatoris, & lex bona fisco vindicans suum effectum obtinebunt. Resp. voluntatem testatoris esse ne sua bona in delinquente remaneant, & ne transeant in alienam familiam, cum igitur peccante fideicommissario, ipso facto, & iure fideicommissum transeat in innocentem substitutum, transire debet vnà cum suis fructibus & commoditatibus, neq; illis absque sua culpa priuari potest, quod tamen fieret, si fiscus innocentis bonis frueretur.

Octauò hinc oritur grauissima inter Doctores Hispanos controuersia de publicatione maioratus, an videlicet ex delicto illa possidentis, vnà cum aliis eius bonis fisco applicari censeatur, quæ controuersia quia vix decidi potest nisi de varia maioratuum institutione eorumque conditionibus agatur, quod vix paucis fieri potest, à suscepta hoc loco disputatione ne longius aberremus placuit abstinere. Adi Molin. *de primogen.* Ferdinand. à Castro, *tract. 4. disp. 5. punct. 6. & 7.* Sanch. *lib. 2. in decal. cap. 18. toto*, qui alios benè multos dabunt.

16 Nonò ius patronatus, si propriè loqui placeat, non publicatur cum aliis bonis rei, sed potius extinguitur, & Ecclesia manet libera ab illo onere, vti tradunt Lambertin. *lib. 3. de iure patronat. q. 8.* Simanc. *cath. instit. tit. 9. num. 95. 96.* Azor. *tom. 2. lib. 8. cap. 12. q. 9.* Suar. *de fide disp. 22. sect. 5. n. 6.* Vasquez. *1. 2. disp. 169. num. 19.* Farinac. *de haresi quæst. 190. num 24.* Sanch. *lib. 2. cap. 19. num. 16.* Ferdinand. à Castro *tract. 4. disp. 5. punct. 1. num. 1.* Si tamen essent alij compatroni, apud ipsos ius illud remaneret, cùm sine sua culpa priuari iure sibi debito, immò & iā acquisito nō possint, deinde opus est, ne alij ab institutore vocati sint qui iure hæreditario succedere debeant cum aliis bonis, tunc enim si isti vocati succedere debeant tantum post mortem delinquentis, tunc durante eius vita naturali, libera manebit Ecclesia. Si verò institutor velit succedere agnatum suum cùm primum possessor illo priuabitur, siue per delictum, siue qua alia de causa, ipso facto & iure institutionis ius patronatus transibit ad successorem vocatum, vti nuper de fideicommissis dicebamus, quo etiam casu ius istud ad extraneos transmitti non potest, sed ad familiam duntaxat, non potest quoque transire ad fiscum qui loco hæredis censetur ex *l. 2. D. ad l. Iulian. de vi.* estque aperta ratio, cum enim agnati delinquentis non habeant ius succedendi in ius patronatus ex voluntate delinquentis qui illud modò possidet, sed ex voluntate ipsius instituentis, & fundantis Ecclesiam, non possunt sine sua culpa illo priuari, nisi dicamus innocentes directè pro crimine alterius puniri.

Quæstio porrò est à quo possit publicari ius patronatus, qua de re fusiùs disputant laudati doctores, mihi dissidia facile componi posse videntur. Ius enim istud vel affixum est personæ, quod personale nominare possumus, vel affixum alicui rei, vt beneficio, castro, villæ, aut vniuersitati bonorum. Prius illud ius personale publicari nequit nisi à Iudice Ecclesiastico, qui solus potest de re spirituali, cuiusmodi est istud ius, iudicare & disponere; ius autem reale siue affixum rei alicui, & non personæ nisi quatenus possidet eiusmodi rem, non publicatur directè, sed accessoriè duntaxat, quatenus res cui accidit, publicatur, ac proinde quicunque potest eiusmodi bona, & res quibus accedit tale ius, publicare, poterit etiam ius ipsis annexum consequenter, & indirectè publicare: quare si sit annexum beneficio, Ecclesiasticus ille solus Iudex qui poterit publicare tale beneficium, ius ipsi accessorium publicabit. Si verò rei prophanæ tale ius accidat, ille solus qui rem illam publicare poterit, ipsum etiam ius patronatus cum illa re publicabit, siue sit iudex laïcus, siue Ecclesiasticus, quia non publicat directè & primario quidpiam spirituale, sed temporale cui est annexum consequenter quidpiam spirituale. In eamque rem consentiunt tandem omnes Doctores, & nos demonstrauimus in opere de simonia & tractatu de beneficiis.

Decimò, pensiones Ecclesiasticæ cum sint aliquid spirituale, non possunt, vt statim apparet, publicari, vel igitur agitur de pensionibus ante crimen decursis, & illæ cum sint bona delinquentis, & aliquid temporale ipsi acquisitum, confiscari sine dubio possunt. Si verò de pensionibus post sententiam colligendis agatur, confiscari nequeunt, quia vt statim dicemus bona futura delinquentis non confiscantur, & ius ad illas pensiones capiendas, est quidpiam spirituale, quod non confiscatur, si tamen Iudex Ecclesiasticus iudicaret crimen esse ea priuatione dignum, liberaretur Ecclesia ea pensione, & beneficium, cui fuerat imposita, immune foret ab illo onere: ita Suarez *de fide disput. 22. sect. 5. num. 6.* 17

Vndecimò, emphyteusis quæ ad extraneos hæredes peruenire potest, publicatur vnà cum reliquis bonis delinquentis, tenetur tamen fiscus præstare censum debitum domino directo, cum enim tunc fiscus succedat in ius delinquentis, in eius quoque onera ratione bonorum quæ sibi vindicat, succedat oportet. Ita Farinac. *de hæretic. q. 190. num. 18.* Simanc. *catholic. instit. tit. 9. num. 20.* Sanch. *lib. 2. cap. 19. num. 18.* & alij passim. Dixi tamen emphyteusim quæ ad hæredes extraneos transire potest, publicari, si enim ad agnatos tantum transmitti posset, non posset publicari; cum ex doctrina sæpius tradita, quæ ad extraneos transire non possunt, ad fiscum peruenire nequeant, quo casu quæritur an viuente emphyteuta damnato, fiscus possit, & debeat percipere commoda publicatæ emphyteusis: an verò ille ad quem peruenit emphyteusis, vel dominus directus, si ab institutore prohibitio alienationis expressa non est, & Vasq. quidem *1. 2. disp. 269. cap. 3. num. 16.* vult hos fructos ad dominum directum pertinere, quia tunc dominium vtile 18

consolidatur

consolidatur cum directo. Sanch. verò *cap. 19. cit. num. 21. & 22.* distinguit inter emphyteusim Ecclesiasticam & sæcularem, in priore illa dicit fructus ad Ecclesiam pertinere, ex *cap. fælicis, de pœnis in 6.* at verò emphyteusis laicæ publicatæ commoda à fisco capi non posse. Verius Molin. *tract. 2. disp. 656. num. 3.* & Ferdinand. à Castro *disp. 5. cit. puncto 8.* censent nullum esse hac in parte discrimen inter emphyteusim Ecclesiasticam & sæcularem, & vtriusque publicatæ fructus durante vita emphyteutæ damnati, pertinere ad fiscum vbi vltra tacitam legis emphyteuticæ prohibitionem alienationis nulla est specialis ab institutore facta, cum enim emphyteuta fructus omnes rei emphyteuticæ percipere debeat, quandiu viuit, & fiscus succedat in omnia iura emphyteutæ delinquentis, & publicatione bonorum damnati, in hoc quoque ius percipiendi commoda ea re emphyteutica succedat necesse est, nisi speciali aliqua lege prohibeatur, quæ non reperitur hoc loco, illa enim alia esse non potest, quam ius aliquod commune latum in hanc rem, aut specialis prohibitio alienationis facta ab institutore, qui vult emphyteusim ipso facto & iure ad successorem agnatum vocatum venire, priore emphyteuta delinquente, hanc verò prohibitionem singularem secludimus in nostro casu. Ius verò à legislatore constitutum nullum affertur, quod enim Bonifacius VIII. Honorij III. vestigijs insistens *cap. fælicis, de pœnis in 6.* violantem Cardinalem ita bonorum omnium publicatione plectit, *vt si qua feuda, locationes ab Ecclesia obtinet, sit eis ipso iure priuatus, quæ si liberè ad Ecclesiam reuertantur, quod Ecclesiarum rectores de ipsis pro sua voluntate disponant*: non vrget, loquitur enim Bonifac. de vera & propria locatione siue conductione agri Ecclesiastici ad tempus, qui ad Ecclesiam ita reuertitur, vt discussa priori locatione, possit denuò libere ab Ecclesiæ rectoribus locari, non verò de emphyteusi, aut non nisi de ea, quæ statim ad Ecclesiam, tanquam ad dominum directum reuertitur. Vult enim ita libere ad Ecclesiam reuerti vt rectores de illa pro sua voluntate disponant. Cum tamen fatentur ipsimet aduersarij, non posse Ecclesiam pro sua voluntate disponere de emphyteusi quæ habet designatos hæredes & successores, non igitur libere ad Ecclesiam reuertitur illa emphyteusis de qua agit Pontifex qui proinde non loquitur de huiusmodi emphyteusi, sed de ea quæ nullum successorem vocatum habet, illa enim redit ad Ecclesiam quæ de ipsa tanquam de officio, vel beneficio, & demque tanquam de re sua libere disponet.

19 Emphyteusim verò quæ ad extraneos transire potest volunt aliqui publicatis rei bonis ad dominum directum transire, & non ad fiscum, & tunc dominium vtile cum proprietate consolidari. Alij verò volunt id tantum verum esse in emphyteusi Ecclesiastica quia ex Iustiniani constitutione, *nouella 120. de alienation. & emphyteusi. cap. 1.* licèt Ecclesiæ emphyteusim ad fiscum translatam intra biennium repetere & vindicare. Ita Molina *tract. 2. disp. 481.* verùm huius imperatoriæ sanctionis alia mens non est, quàm non licere Constantinopolitanæ Ecclesiæ perpetuam prædiorum suorum Emphyteusim facere, & quod singulare est, vt post contractam emphyteusim cum fisco, vel Imperatore, vel republica, vel curia, vel cum alio venerabili loco, possit intra biennium pœnitere, ex quibus non apparet quid in rem suam colligere valeant aduersarij vt probent Emphyteusim Ecclesiasticam cum reliquis bonis delinquentis publicatam redire ad Ecclesiam, & non ad fiscum, aut saltem eam intra biennium ab Ecclesia vindicari posse, nam Imperator agit de sola Ecclesia Constantinopolitana. Cui ius præcipuum illud tribuit, vt intra biennium datam à se emphyteusim, cuicunque, etiam Imperatori, & fisco, possit denuò sibi vindicare: inde verò non licèt ad reliquas Ecclesias argumentari, quibus idem priuilegium concessum non est, & licèt hanc priuilegij ampliationem concederemus, ea eo nihil conficerent aduersarij, nam non agitur, vt dixi, nisi de emphyteusi ab Ecclesia data vel Imperatori, vel ciuitati, vel curiæ, vel alteri alicui venerabili loco, cuius concessionis posse pœnitere Ecclesiam intra biennium, & rem emphyteuticam sibi denuo vindicare, indulget Imperator, non agit autem de emphyteusi Ecclesiastica, quæ ad hæredes extraneos ex prima concessione transire potest, & propter emphyteutæ delictum publicata est cum omnibus alijs eius bonis, illa enim statim ad fiscum transit, neque ab Ecclesia vindicari intra biennium posse concedit illa sua constitutione Iustinianus, vt legenti patet atque adeò nullum esse hac in parte discrimen inter emphyteusim Ecclesiasticam & sæcularem, quando vtraque ad hæredes extraneos transmissibilis est, sed vtraque ad fiscum continuo deuenire quando publicatur, concedunt Fachinæ *lib. 9. controu. cap. 55.* Simancas *catholic. instit. tit. 9. num. 97. & 103.* Farinac. *quæst. 25. num. 54.* Azor *1. parte lib. 8. c. 12. quæst. 11.* Sanch. *lib. 2. cap. 19. num. 25. & 29.* qui alios dabit, accessit Ferdinand. à Castro *tract. 4. disp. 5. puncto 8. num. 8.* quare abstinendum nobis est ab illa gemina quæstione quam proponit *cap. cit.* Sanch. *num. 35.* An possit Ecclesia restitui aduersus lapsum illud biennium, quod concessit Iustinianus, & petere emphyteusis restitutionem. Deinde ad quem pertinebunt melioramenta & accessiones rei emphyteuticæ, si quæ contingerint, an ad fiscum an ad Ecclesiam vindicantem, quæ disputant Sanch. & Ferdinand. locis citatis.

Duodecimò feudum directum quod ad hæredes extraneos transire non potest, neque etiam ad fiscum transibit, publicatis feudatarij bonis ob vniuersalem regulam sæpius traditam, fiscum esse loco hæredis extranei, & quod ab aliquo alienari nequit contractu, neque etiam delicto alienari posse, quare nostram hanc sententiam circa feudum docent Azor. *1. parte lib. 8. cap. 12. quæst. 10.* Farinac. *quæst. 25. cit. num. 71.* & alij passim. Quæstio verò est ad quem eo casu feudum deuenire debeat, an ad dominum, an ad cognatos feudatarij damnati, & quidem si publicetur fedum propter delictum feudatarij commissum aduersus dominum, ad illum deuoluetur, cum in eius institutione & concessione videatur subintellecta fuisse ea conditio, vt eaussâ ingratitudinis aduersus dominum, ad ipsum redeat, nisi in institutione, & inuestitura æquè primo & principaliter concessum sit cognatis, successoribus, & toti familiæ ac genti, atque ipsi primo clienti, quia tunc omnes æque primò inuestiantur, vt inuestiti in primo inuestito, non vt illius successores qui ab illo causam solam habeant, sed quia in ipso in coius lumbis, vt loquutus erâm, sunt omnes ab authore feudi æque primò & principaliter instituti, siue tota gens & familia fuit simul æquè primò instituta, quæ per gradus & seriem succederet, cùm tota simul non existat. Vide Farinac. *cit. quæst. 25. num. 78. & seq.* Existimo verò eadem distinctione vtendum esse quando feudum publicatur

publicatur ob alia delicta, quæ non admittuntur contra dominum, si enim cognati succedant in feudum ex iure accepto à primo authore, & instituente, & non quia hæredes delinquentis sunt, ad ipsos deuoluitur, possessore feudi delinquente, prout primæ inuestituræ ratio postulabit: si verò succedant quia feudum, sicut & alia bona sunt hæreditaria, & cognati tanquam hæredes, soloque illo hærebitario iure succedunt, feudũ illud deuoluetur ad dominum, neque enim alia videtur esse mens instituentis, quàm vt quoties institutus feudo priuaretur, ad se rediret. Quando verò feudum redit ad cognatos quia non potest transire ad extraneos, commoda illius non ad fiscum, sed ad eum ad quem spectabit, pertinebunt. Denique quando feudum ad extraneos transire potest, quia feudatarius de illo liberè disponere potest, publicatis eius bonis ad fiscum vnà cum illis deueniet. Vide Farinaei. *q.* 25. *num.* 68. & Ferdinand. à Castro *disp. citata puncto* 9.

21 Decimotertiò bona quæ quis alteri sub conditione futura donauit, si ea conditio impleatur post delictum propter quod donatoris illius bona publicantur, publicatio eiusmodi dona comprehendet, quod ex communi sententia docet Farinac. *de haeresi, q.* 190. *num.* 12. Suar. *de fide disp.* 22. *sect.* 5. *num.* 3. & alij; quia donata sub conditione futura, manent donantis, quandiu conditio non ponitur, ideóque in nostro casu dum publicata fuerunt bona delinquentis, illius adhuc erant, atque adeò per publicationem facta fuerunt fisci vnà cum aliis bonis.

22 Decimoquartò donata absolutè donatione causa mortis, quæ pro donantis arbitrio reuocari potest, publicantur vnà cum aliis ipsius bonis. Quia sunt adhuc donantis quando fit publicatio.

23 Decimoquintò difficultas est de donatione inter coniuges quæ morte ipsorum confirmatur, an bona per eam donata delinquente coniuge donante eiusque bonis publicatis, publicentur vnà cum aliis.

Respondeo donationem eiusmodi factam vxori à marito confirmari publicatis bonis mariti propter ipsius crimen, eo modo quo eiusdem naturali morte confirmatur, ideóque ad fiscum non transit, quod est singulare priuilegium vxori factum, ideoque donatio vxoris facta à marito non confirmatur vxore delinquente, eiusque bonis addictis, sed ad fiscum pertinet.

24 Priorem partem disertè tradit Vlpian. *l. sed si mors* 13. §. 1. *de donation. inter virum & vxorem.* vbi ait similem donationem deportatione confirmari, quia in potestate viri sit quandiu viuet eas reuocare: quod ipsum sanxiuit Constantinus *l. res vxoris* 24. *C. eod.* & refertur *in C. Theodosian. l.* 1. *de bonis proscriptorum.* Hanc siquidem donationem, *quia pudicitia premio cessit*, obseruandam esse constituit Imperator, tanquam si maritum vxori *natura, non pœna subtraxerit.* Idque valere vult, etiamsi marito, *aqua & igni interdictum erit, vel deportatio illata, non tamen mors ex pœna subsequuta. Donationes*, inquit, *à viro in vxorem collata adhuc in pendenti maneant, ita vt si vsque ad vita sua tempus maritus eas non reuocauerit, ex morte eius confirmentur; fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.* Ex quibus vides hoc singulare priuilegium indultum esse vxoribus. Quare ex eo non licet argumentari ad donationes collatas ab vxoribus in maritos, illæ enim non confirmantur morte vxoris donantis, sed vnà cum aliis bonis publicatis addicuntur fisco, neque sine causa fauere voluerunt principes vxoribus; quarum conditio damnato marito miserabilior posita est, atque ita docent Farinac. *quæst.* 25. *cit. num.* 130. Gomez *in l.* 40. *Tauri, num.* 91. Molin. *tract.* 2. *disput.* 639. Sanch. *lib.* 6. *de matrim. disp.* 17. *num.* 5. & *lib.* 2. *in decal. cap.* 17. *num.* 15. Qui duo postremi rectè dicunt ad hanc firmitatem donationis factæ vxori, non requiri traditionem esse factam, cùm neque Vlpian. neque Constantinus illam tanquam necessariam exigant, & priuilegium sit benignius interpretandum, maximè istud quod datur in præmium pudicitiæ, vt loquitur Constantinus.

Decimosextò; bona acquisita post delictum commissum, & latam sententiam non publicantur vna cum aliis bonis delinquentis, quam esse omnium sententiam dixit Fachinæ. *lib.* 9. *cap.* 51. quia publicatio præsentia tantum bona adimit, non etiam futura, idcirco Paul. *in l. si mandauero* 22. §. *is cuius. D. mandati*, ait illum cius bona publicata sunt, posse alicui mandare vt illa emat, *quia publicatis bonis quidquid posteà acquiritur, non sequitur fiscum.* Quare nihil prohibet eum quoque cuius bona publicata sunt, ea bona quæ habuit, amissa redimere, siue per alium cui mandat, siue etiam per seipsum si velit. Quod idem Paul. ait de bonis commissis *l. cotem* 11. §. *eam rem. D. de publican. & vectigal.* Cùm tamen constet id quod commissum est, statim desinere esse eius qui crimen contraxit. Sapienter itaque dixit Caius in *l. eius qui* 8. §. 1. *D. de testament.* agens de eo cui aqua & igni interdictum fuit, *bona quoque qua tunc habuit cum damnaretur, publicantur.* Non publicabuntur igitur nisi bona quæ habuit reus, non verò quæ post sententiam, & condemnationem habiturus erat. 25

Obiicitur *l.* 2. *C. de bonis proscript.* in qua Alexander Imperator sancit deportatos ne earum quidem rerum quas post pœnam irrogatam habuerint, hæredem habere posse, sed eas res mandat publicari. Huius constitutionis cum *l. si mandauero*, nuper allata diuersas ex glossa conciliationes refert Fachinæ. alij alias excogitarunt. Placet quam habet Cuiac. tum *in C. citatum*, tum *in l. eius qui* 8. §. 1. *D. qui testam fac. poss.* & *lib.* 6. *obseruat. cap.* 23. Atque Antonius Faber. *ad l. si mandauero.* §. *is cuius*, ille enim paragraphus agit de eo cuius bona publicata sunt citra deportationem, aliámve siue maximam, siue mediam capitis diminutionem. Alexander verò in sua constitutione de deportatis. Neque enim ista sunt synonima, deportati bona publicare, & eum cuius bona publicata sunt deportatum esse, sed longe diuersa existunt; publicatio quidem, & ademptio bonorum, deportationem sequitur, non tamen illam necessariò infert, cum sæpiùs bona ex alia causa quàm deportationis publicentur, neque omnes quorum bona publicabantur, statim deportabantur, quamuis deportatis bona omnia adimerentur, successit enim deportatio interdictioni aquæ, & ignis, quare deportatus libertatem quidem retinet, bona tamen & ciuitatem ipsam amittit, & consequenter ius habendi hæredis, cùm testamenti factio actiua & passiua sit iuris ciuilis & publici, *l.* 3. *D. qui testam. fac. poss.* vnde fit vt deportatus bona quæ post deportationem acquisiuit, retineat quandiu viuit, cum eiusdem sit facultatis acquirere, & retinere posse, sed moriens relinquit ea omnia fisco, cum hæredi relinquere non possit, non tam ex vi prioris publicationis, quàm deportationis per quam priuatur omni iure ciuili, & factione testamenti, & quamuis retineat

ea

ea quæ sunt iuris gentium, ideóque possit emere & vendere, donare, permutare, & contrahere omni genere contractuum, qui sunt iuris gentium, *l. deportatus* 15. *de interdict. & relegatis*. Caret tamen omnibus actionibus ciuilibus, neque illis agere potest, quia non dicuntur ciuiles nisi quia sunt propriè ciuium Romanorum, non peregrinorum, & alienigenarum qui à republica alieni sunt. *nouell.* 89. Deportati verò per deportationem rediguntur ad peregrinitatem, *l.* 1. *C. de hæred. instit.* & *l. sed si hac lege* 10. §. *sed si per pœnam*, *D. de in ius vocando*. Non poterat itaque deportatus agere nisi actionibus vtilibus ipsi dandis à prætore, non vrbano, sed peregrino qui Romæ ius inter peregrinos dicebat, de quo *l.* 2. *D. de origine iuris*. Cùm igitur deportati hæredes habere nequeant, sapienter Alexander Imperator in ea constitutione quam versamus, id extendit ad res post pœnam irrogatam acquisitas, quas etiam publicari posse dixit, quia quamuis ea recens acquisita posset alienare, id facere in fraudem fisci qui illi successurus est, præsumitur. Paulus verò in *l. si mandauero*, loquitur de iis quorum alia ex causa quam deportationis bona publicata sunt aut commissa, quæ enim deinceps acquirit, pertinent ad fiscum, vti exposui, ac proinde non pugnat cum constitutione Alexandri.

26 Decimoseptimò. Maior verò difficultas est, an bona acquisita post commissum delictum, & ante latam sententiam confiscentur, sic enim affirmant Vasquez 1. 2. *disp.* 169. *cap.* 1. *num.* 8. Azor. 1. *part. lib.* 5. *c.* 7. *quæst.* 8. Suar. *de fide disp.* 21. *sect.* 1. *n.* 15. quia ita videtur obtinuisse consuetudo, & sententia tum condemnatoria criminis, tum declaratoria publicat omnia bona, quæ habet delinquens dum damnatur, vt loquitur, *l. eius qui.* 8. §. 1. *D. qui testamenta fac. poss.*

27 Verius tamen negat Sanch. *lib.* 2. *in decal. c.* 14. plures adducens quibus adhæsit Ferdin. à Castro *disp.* 5. *cit. punct.* 3. *num.* 5. quia in eo casu sententia cum sit tantùm declaratoria, non aliam aut pœnam, aut confiscationem imponit, quàm quæ à lege imposita est, & à delinquente ipso facto, & iure incursa, sed eam incursam esse pronuntiat, ad eamque ipsam ferendam reum obligari declarat. Atqui confiscatio non complectebatur bona post delictum acquisita, vt patet, igitur neque post sententiam illa comprehendet, aut de nouo ea confiscabuntur, quod dici nequit de sententia tantum declaratoria. Immò *l.* 1. *de pœnis*. volt Vlpian. reum non eam subire pœnam debere quam conditio eius admittit eo tempore quo sententia de eo fertur, sed quam sustineret, si tunc sententiam passus fuisset, cùm deliquisset. Quare qui in seruitute deliquit, postea manumissus non punitur vt liber, sed vt seruus.

28 Decimooctauò, bona debita delinquenti sub conditione futura non comprehenduntur in publicatione bonorum ipsius, quia non pertinent ad eum donec conditio impleatur, quæ in hoc casu non impletur nisi post delictum, fiscus verò non vindicat nisi bona quæ sunt delinquentis, cùm ipsi addicuntur. Ita passim omnes cum glossa ad *l. non ad ea* 89. *D. de condit. & demonstrat.* his verbis. *Si publica sunt, nam postea quæsita non caderent in has causas*, quam glossam singularem esse dixit Gomez *tom.* 3. *variar. cap.* 14. *n.* 11. & *in l.* 40. *Tauri n.* 4. & Farinac. *q.* 25. *de hæresi. n.* 141.

Quod verò attinet ad ius ad bona futura sub conditione, quo iure potiri videtur delinquens, cum eius bona addicuntur, ac proinde ius illud cum ipsis, transibit in fiscum, qui vbi fuerit impleta conditio sub qua debebantur eiusmodi bona, illa repetere poterit, vt delinquens ipse faceret, nisi eo iure priuatus fuisset ratione criminis admissi. Videndum est an eiusmodi ius transmissibile sit ad hæredes extraneos, an non; nam ad prius illud succedere potest fiscus, qui est loco hæredis extranei, vti nuper diximus ex *l.* 2. *C. ad l. Iuliam maiestat.* Ad ea verò quæ transire nequeunt ad hæredes extraneos non succedit fiscus, ideóque si ius delinquentis ad bona futura sub conditione, non sit transmissibile ad hæredes extraneos, neque à fisco poterit vsurpari: eiusmodi est ius ad bona quæ debentur ex hæreditate, fideicommisso, & legato, hoc siquidem ius succedendi in hæreditate, fideicommissis, & legatis transmissibile non est, ex *l. vn.* §. *sin autem aliquid sub conditione*, *C. de caducis tollendis*. Quod de substitutione conditionali, purificata conditione post sententiam, significat Paul. *l. substitutio* 42. *D. de acquirend. rerum domin.* cùm ait, *Substitutio quæ nondum competit extra bona nostra est*. Igitur vnà cum nostris bonis non confiscatur. Venientia quoque ex vltima voluntate, non transire ad hæredes, si fideicommissarius decedat ante conditionis euentum, colligunt Doctores *ex l. legata sub conditione* 41. *& l. hæres meus* 71. *in princ. D. de condition. & demonstrat.* Debita verò ex aliquo contractu delinquenti, quamuis conditio impleatur post condemnationem, transibunt ad fiscum. Quia ius ad illa debita, est transmissibile ad hæredes, ac proinde, vt sæpius monuimus, ad fiscum. Sic enim habetur §. *ex conditionali, Instit. de verbor. obligat. Ex conditionali stipulatione tantùm spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si priusquam conditio extaret, mors nobis contigerit.* Ratio porrò discriminis inter debita ex contractu, & ex testamento, propter quam priora illa debita transmittantur ad hæredes, & non posteriora, traditur à Doctoribus, quia interuenit in contractu factum & persona creditoris, qui iure præsumitur non sibi solùm, sed suis etiam hæredibus prospicere, atque perpetuam ex contractu vtilitatem acquirere, & monet Celsus *l. si pactum* 9. *D. de probation.* nos tam hæredibus nostris, quàm nobis ipsis plerumque cauere. In dispositionibus verò vltimarum voluntatum conditionalibus nullum interuenit factum eius, cui dispositio fauet, vnde colligamus illum sibi, & suis hæredibus voluisse prospicere, estque sola voluntas & factum disponentis, qui sola merita, & personam eius quem honorat, attendisse visus est. Vide Sanch. *cap.* 14. *cit.* Gomez, Ferdinand. à Castro & alios nuper in hac disputatione laudatos.

His explicatis sequitur illa altera quæstio ad quid teneatur delinquens cuius bona publicata sunt, siue quem effectum habeat eiusmodi publicatio.

Et primò quidem quæritur an eiusmodi reus, illorum bonorum dominium aliquod retineat, antequam ea fiscus reipsa sibi vindicet, & ipsorum possessionem apprehendat, agimus autem de bonis quæ ipso facto & iure, atque adeo à die commissi criminis sunt addicta fisco, etiam ante sententiam declaratoriam. Reos igitur eiusmodi bonorum addictorum dominio priuari, existimauit Gomez *de delictis cap.* 2. *num.* 1. Farinac. 1. *p. q.* 190. § 5. *n.* 68. & *q.* 115. *num.* 66. Azor. 1. *p. lib.* 5. *cap.* 7. *quæst.* 2. & quamplurimi iuris vtriusque interpretes, quos longa serie enumerat Sanch. *lib.* 2. *in decal. cap.* 22. *num.* 2. qui omnes volunt fiscum à die criminis

statum

statim fieri dominum eiusmodi bonorum. Nam post sententiam illa sibi vindicat à die commissi criminis, vti habetur in crimine læsæ maiestatis *l. finali. D. ad l. Iuliam maiestat.* cùm tamen rei vindicatio soli eius domino competat, *l. in rem, D. de rei vindicat.* Et sanè illa verba, *ipso facto, ipso iure sint addicta fisco*, inutilia erunt, si reus non priuetur dominio rerum addictarum. Nam non priuatur ipsis rebus quas adhuc retinet, & possidet, & cùm sententia subsequens declaret tantùm crimen fuisse commissum, atque adeò pœnam illi impositam incursam fuisse, non autem imponat, non apparet quomodo dicantur ea bona fuisse *ipso iure* confiscata, siue fisco applicata, sed tantùm erunt applicanda per sententiam, cum retrotractione ad momentum commissi criminis, & inutiliter prohiberet Pontifex *cap. cum secundùm leges, de hæretic. in 6.* Principibus occupare bona hæreticorum ipso iure confiscata, antequam per sententiam iudex Ecclesiasticus de eo crimine pronunciarit, frustra, inquam, foret ista prohibitio, cum certum sit non posse rem auferri domino, antequam ea per sententiam priuatus sit. Deinde distinguit sapienter Pontifex ipsam confiscationem ab eius executione, & confiscationem quidem *ipso iure* fieri vult, executionem verò, siue, vt ibidem interpretatur, bonorum illorum confiscatorum occupationem per Principes quorum fisco etant addicta, fieri mandat post sententiam iudicis Ecclesiastici, qui de tali crimine pronunciarit. Delinquens igitur sua bona retinet, non tanquam dominus, sed quia fiscus ad quem translatum fuit commisso crimine dominium, illa nondum occupauit, imò neque occupare permittitur, antequam de crimine propter quod confiscata sunt, liquido constet per iudicis sententiam.

31 Alij tamen non infimæ notæ Doctores hoc dominium adhuc in delinquente residere volunt, Victoria *relect. de Indiis, num.* 14. Vasq. *t. 2. disp.* 170. *cap.* 3. Molin. *tract. 1. disp.* 95. Henriq. *lib.* 13. *cap.* 56. *num.* 2. Peregrin. *lib. 5. de iure fisci, tit.* 1. *num.* 171. Facbinæ. *lib. 9. cap.* 35. Sanch. *lib. 2. c. 25. cit. num.* 3. qui alios dabit, quibus nouissimè accessit Anton. Faber. *lib. 7. de coniecturis iuris cap.* 20. *n.* 5. videturque dicere Paul. in *l. quæsitum est* 15. *D. qui, & à quibus manumissi lib. non fiunt. Quæsitum est*, inquit, *an is qui maiestatis crimine reus factus sit, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est.* Quid clariùs dici potuit; pergit verò Paul. *Imperator Antoninus Calpburnio Triconi rescripsit, ex eo tempore quo quis propter facinorum suorum cogitationem iam de pœna sua certus esse poterat multò priùs conscientia delictorum, quàm damnatione ius datum libertatis eum amisisse.* Ex quibus fit reum à die delicti commissi amisisse solùm ius dandæ libertatis, hoc est liberam suorum bonorum administrationem, non autem ipsum dominium.

32 Dices, in hoc legis themate dubitatum fuisse an delinquens manumittere posset ante damnationem, eo quod ante illam videatur adhuc dominus. Cui dubitationi respondet Imperator delinquentem amittere ius illud manumissionis, postquam certum est de suo delicto, potius, aut vt ita loquar efficacius, quàm post condemnationem, quia ideò amittit per condemnationem, quia per illam certus est de suo delicto, sententia siquidem facit notorium delictum, atqui æquè, imò & magis certus est ex conscientia sui delicti. Sicut igitur post condemnationem amittit dominium, quod nos ipsi fatemur, ita & illud amittit ante condemnationem vbi deliquit: sanè nisi id dicamus, ratio dubitandi proposita à Paulo non fuerit soluta per illud Antonini rescriptum. Ratio enim dubitandi erat *quia ante condemnationem dominus est.* Debuisset enim dicere non posse manumittere ante sententiam, licet dominus remaneat, cum tamen respondeat Imperator multo prius conscientia delictorum ius dandæ libertatis amisisse, quam damnatione, quasi dicat non ex sola illa damnatione ius illud amissa, sed ex ipsiusmet conscientia delicti, atque adeò ante sententiam ius illud amisisse.

Respondeo rationem quidem dubitandi an delinquens possit manumittere, esse *quia ante damnationem dominus est.* Respondet Imperator non posse manumittere etiam ante damnationem, non quia caret tunc dominio, neque enim dubitari poterat an carens dominio manumittere possit, sed quia fraus fisco fieret, quam prævidere potuit & debuit delinquens, *qui de pœna sua certus esse poterat.* ideòque, vt dicemus, scire omnes eiusmodi donationes perfecta esse non posse. Quare ius perfectum, & plenum dandæ libertatis amisérat, non verò mancipiorum suorum dominium, quod vnum modò contendimus. Neque verba illa, *ipso facto, ipso iure*, aliud significant quàm eiusmodi bona ipso momento criminis esse obligata fisco, qui statim lata sententia declaratoria criminis, illa pro suo iure occupabit, & vindicabit, modo statim explicando. 33

Dices, pœnas priuatas nulla alia executione indigentes, incurri ante sententiam omnem, vt videmus in censuris & inhibitionibus. Pœna verò priuatiua dominij bonorum addictorum, non indiget vlla alia executione, vt patet, quamuis deperditio possessionis, & occupatio illius postulet vlteriorem aliquam actionem.

Respondeo non esse de ratione pœnæ priuatiuæ, vt ante iudicis sententiam omnem incurratur, cum aliquæ eiusmodi pœnæ illam omnino sententiam postulent, sitque difficilè reddere rationem, cur aliquæ eam desiderent & non aliæ, vti videbis apud Sanch. *lib. 9. de matrim. disp.* 30. Nos verò contendimus nec sine iuris authoritate, in hac pœna confiscationis bonorum etiam ipso facto & iure, priuationem dominij eiusmodi bonorum non incurri ante sententiam omnem, requirique saltem declaratoriam. Quia tamen eiusmodi dominium videtur valdè imminutum, quod primæ senténtentiæ rationes demonstrant, & maximè ius illa vindicandi à quocunque, quod ius competit fisco à die, & momento commissi criminis, cum vt monebamus, vindicatio soli domino competat, & fiscus non fiat horum bonorum dominus per sententiam, nam tunc à die tantùm prolatæ sententiæ competeret illi ea vindicatio, & non à momento commissi criminis, & non potest vindicare res confiscatas ab illo in quem ipsarum dominium translatum fuisset à vero domino, qualis erat delinquens ante sententiam, perdidit igitur delinquens aliquod dominium, & fiscus aliquod acquisiuit, etiam ante omnem sententiam, idcircò Suar. *disp. 25. de fide, sect. 3. n. 6.* cui adhæsit Ferdinand. à Castro *tract. 4. disp. 5. punc. 17. num.* 4. volunt dominium directum statim commisso crimine translatum fuisse in fiscum, delinquentem verò retinuisse dominium vtile. Sanch. verò *lib. 2. in decal. cap. 25. num.* 2. ait dominium istud amitti à delinquente secundum quid, & in debito, & sub conditione,

ditione, si proferatur sententia, qua etiam ratione fiscus idem dominium comparat, dicitur autem dominus qui habet ius certum ad rem consequendam, sicut qui habet actionem ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur, *l. qui actionem. D. de reg. iur.* Itaque dominium istud tum in fisco tum in delinquente valdè imperfectum & imminutum est, & non malè dixit Suarez totam hanc controuersiam videri de nomine, an videlicet possit propriè dici dominus delinquens, an verò fiscus, cum nequeat fiscus res illas occupare aut vindicare ante sententiam, & delinquens eas intereà iure detineat, & administret, atque alienet, sed non firmiter, quia post sententiam fiscus eas sibi iure quoque vindicabit, siue ratione dominij quod prius habebat, siue qua alia de causa, vt statim inquiremus.

34 Hinc fit primò, vt delinquens non teneatur bona sua quamuis ipso facto, & iure confiscata tradere fisco ante sententiam saltem declaratoriam. Ita Nauar. *cap. 23. numer. 66.* Couarr. *in 4. decretal. 2. part. cap. 6. §. 8. numer. 10.* Gomez *tom. 3. variar. cap. vlt. num. 3.* licèt *cap. 2. num. 5. sub finem*, contrarium dixisset. Simancas *cath. instit. tit. 9. à num. 261.* Azor *1. parte lib. 5. cap. 7. quæst. 1. & lib. 8. cap. 12. quæst. 3.* Vasquez *1. 2. disp. 170. c. 3.* Sanchez *lib. 2. cap. 22. numer. 7. in decalog.* Suarez *de fide disp. 22. sect. 3. numer. 3.* Ferdinand. à Castro Palao *tract. 4. disp. 5. puncto 18. num. 2.* contra Alphons. à Castro, *lib. 2. de lege pœnali, cap. 10. & 11.* & *lib. 2. de iusta hæreticorum punitione cap. 5. & 6.* Tiraquel. *in l. si vnquam, de reuocand. donation. v. reuertatur, numer. 368.* qui alios dabunt, quia non solent leges obligare reum, vt pœnam grauem & acerbam in seipsum exerceat, immò neque id posse Legislatorem, cùm nulla ratio persuadeat id expedire bono communi, plerique existimant. Verum quidquid sit de potestate legislatoris hac in parte, certum est legem quæ quorundam reorum bona ipso facto, & iure addicit fisco, non obligare ipsos vt ea ipsimet fisco tradant, ipsisque sese sponte spolient, siue crimen occultum, siue publicum & notorium sit, cum lex confiscationi subijciens bona delinquentis, nullum inter ea delicta discrimen ponat in hac parte, quod proinde malè quidam constituunt, quos Sanchez & Vasquez laudati reijciunt, qui etiam addunt quamuis lex dicat incurri hanc pœnam absque vlla sententia declaratoria, id intelligendum esse de sententia declaratoria pœnæ, non verò criminis, hæc enim semper requiritur cum sit velut applicatio & executio pœnæ per legem impositæ. Sufficit verò illa declaratio criminis, quia eo ipso est simul condemnatoria pœnæ delicto per legem annexæ vel impositæ, neque est necessaria expressa condemnatio ad pœnam. Vide Couarr. *lib. 2. variar. cap. 5. n. 9.*

35 Secundò non tenetur delinquens etiam notorius & publicus bona sua offerre fisco, neque etiam fiscus potest ea occupare ante sententiam declaratoriam, de qua diximus. Ita Suar. *disp. 22. de fide, sect. 2. n. 6.* Vasquez *1. 2. disp. 170. c. 4. n. 15.* Sanch. *c. 22. cit. n. 18.* Molin. *tract. 2. disp. 95.* & alij passim, quia fiscus nequit occupare bona alicuius quamdiu ea iure possidet, *cap. in litteris, de restitution. spoliatorum.* Atqui ostendimus hactenus hunc delinquentem bona sua iure & possidere, & retinere, quandiu sententia saltem declaratoria prolata aduersus illum non est.

36 Tertiò nequit delinquens executioni sententiæ huius resistere, aut illam impedire: v. g. bona iam applicata fisco per declaratoriam sententiam occultare, cæterisve seruandi tradere ne fiscus illa possit occupare. Eiusmodi enim resistentia non est tantum negatiua, sed verè positiua, vt obseruat Bann. 2. 2. *q. 62. art. 3. dub. 2. &* ibid. Aragon. Bonac. *disp. 3. de contract. q. 8. puncto vlt. §. 3. n. 5.* Sanch. *cap. 22. cit. n. 11.*

37 Præterea si vel edictis vel alio quopiam modo interrogetur à iudice de illis bonis, quæ iam fisco sunt applicata, tenetur fateri veritatem, alioquin peccat contra iustitiam, quia positiuè resistit executioni iustæ sententiæ, & facit iniuriam fisco, cui suo silentio aut negatione tollit bona, quorum verum dominium acquisiuit, quæque habet ius ab hoc reo petendi & vindicandi, neque delinquens habet ius illa bona retinendi, aut occultandi, quod facit suo silentio, vel negatione, vti argumentantur laudati Doctores, quibus adde Azor *1. p. lib. 5. c. 8. quæst. 4. & 3 parte lib. 4. c. 16. q. 9.* qui priore illo loco idem affirmat in hoc casu de hærede & successore delinquentis apud quos illa bona existunt; sunt enim semper addicta fisco, qui illa æquè à successore, atque ab ipso delinquente vindicare sibi potest.

38 Quintò delinquens qui post sententiam declaratoriam bona à fisco occupanda non occultat, neque positiuè resistit executioni sententiæ, siue negatione, siue quapiam alia ratione, sed paratus est si ea auferantur id pati, satisfacit suæ obligationi, neque tenetur illa offerre, vel tradere fisco non petenti, quod ex communi sententia docent Couarr. *in 4. decretal. 2. p. c. 6. §. 8. n. 10.* Simanc. Molin. Azor. Sanchez. Bonac. Suar. nuper adducti, qui alios dabunt. Quia lex & sententia tribuunt quidem fisco ius eiusmodi bona sibi applicata capiendi, non obligant tamen delinquentem illa non petenti fisco tradere, acerbior siquidem foret illa obligatio quæ cogeret delinquentem ad exercendum in sese pœnam adeò grauem. Sapienter tamen obiicit Cordoba *l. b. 1. q. 36. notab. 2.* Vasq. *1. 2. disp. 172. cap. 2. n. 11.* & Ferdinand. à Castro Palao *tract. 4. disp. 5. punct. 18. n. 6.* delinquentem posita sententia siue condemnatoria, siue solum declaratoria nullum amplius retinere siue ius, siue dominiũ in bona confiscata, quia vt diximus sententiam esse ipsius confiscationis executio, & veluti applicatio per quam totũ ius & dominium ad fiscum translatum est, qui idcircò illa sibi occupat, non potest igitur reus illa sibi retinere neque in proprios vsus expendere, sed vero domino tradere tenetur, quæ obligatio durior censeri non debet, sicut dura non est obligatio restituendi rem alienam vero domino, etiam non petenti, & si hic delinquens bona sua deferre nolit, saltem ea manifestet, si enim deinde fiscus ea non occupet, ea eius voluti licentia delinquens ea retinere censebitur atqui hæc ratio mihi quidem efficax esse videtur, quia tamen in pœnis benignior opinio tenenda est, ex communi omnium sensu, & ex constanti etiam praxi, nemo sibi pœnam ad quam damnatur, infligit, sed ab alio inflictam pati dumtaxat obligari censetur, non sunt soliti ipsi rei bona sua fisco deferre, sed sibi auferri patiuntur, neque ad aliud vi legis, & sentententiæ teneri vulgo existimantur; non putarim à communi sententia discedendum esse, sed ita per sententiam confiscationem tam vi legis, & ipso facto, ipsoque iure iocarsam executioni mandari, vt dominium transferatur in fiscum, qui illa bona occupabit si volet, & quando volet neq; reus id iustè impedire poterit, non tamen

lex, aut iudex ipsum obligare voluit non petenti fisco illa differre, & sanè cum sententia publica sit, non poterit illam fiscus ignorare, neque omittet vindicare bona sibi addicta, aut si omittat, volens omittet, & bona illa à delinquente retineri patietur.

39 Maior verò difficultas est quando delinquens sententiam fraudibus, falsis testibus, appellatione, aliaue quapiam ratione elusit, quare neque nocens declaratus est, neque pœnam confiscationis incurrisse, an teneatur restituere bona fisco, quæ per veram sententiam occupasset, nisi reus suis artibus & fraudibus impediuisset. Non habet quidem fiscus ius vllum in eiusmodi bona ante sententiam, habet tamen ius ne fraudibus eiusmodi sententia per quam certo talia bona ipsi addicerentur, impediatur à reo, qui proinde tenebitur emolumentum, quod iniustè impediuit restituere, vti in pluribus aliis contingit. Atque ita omninò docent, à Castro *de lege pœnali, lib. 12. cap. 12.* Molin. *tractatu 1. disp. 95.* Sotus *lib. 1. de iustitia, quæst. 6. art. 6. ante 5. conclusion.* Veriùs tamen hanc obligationem delinquentis impedientis sententiam, & consequenter ne fiscus sua bona possit occupare, negant Vasquez 1. 2. *disp. 175. numer. 13. & 14.* Less. *lib. 2. cap. 31. numer. 50. & 56.* Reginald. *lib. 24. numer. 145.* Bonacin. *disp. 5. de contin. quæst. 8. puncto vlt. §. 5. num. 6.* Sanchez *lib. 10. de matrim. disp. 8. num. 14.* & *lib. 2. in Decal. cap. 22. num. 22.* Ferdin. à Castro *tract. 4. disp. 5. puncto. 18. numer. 8.* & alij passim: quia iste reus dum impedit fraudibus sententiam suæ damnationis, peccat quidem in iudicem, & contra iustitiam legalem, non verò in fiscum, cui proinde nihil habet restituendum, sicut si fiscus ageret aduersus hunc reum pœna corporea puniendum, quam fraudibus in iudicio reus declinaret, non diceretur aduersus fiscum peccasse, sed aduersus iudicem, & iudicij ordinem. Denique cùm iudicia publica instituta sint, ad punienda debita, & reipublicæ mala cauenda, non ad ditandos accusatores, si quæ fraudes in eiusmodi iudiciis committantur, non peccatur præcisè aduersus accusatores, sed aduersus iudicium, vti diximus; ac proinde si reus euadat, condemnationem non tenebitur ad restituendam partem, quæ accusatori, vel denuntiatori ex eius condemnatione obuenisset, secus verò si inde mulctatus fuisset accusator tanquam falsarius pœna talionis, aut alia quapiam à iudice rei fraudibus deluso. Reus enim tunc ad damnum, cuius iniusta causa fuisset, reparandum teneretur, vt dicemus alibi, non autem ad reponendum lucrum quod sua accusatione fecisset; in nostro verò casu agitur dumtaxat de lucro quod fecisset fiscus, si reus fuisset per sententiam declaratus talis, quam declarationem impediuit reus fraudibus suis; ideóque fiscus caret bonis, quæ ipsi fuissent adiudicata, & quorum dominus factus fuisset. An verò fisci procurator qui negligentia sua passus est reum elabi, teneatur ad restitutionem fisco, cuius vtilitatem procurare ex officio, & contractu tenebatur, alia quæstio est, quæ soluta manet ex iis quæ diximus, *lib. 1. cap. 3. art. 8. & art. 10. in consectariis.*

40 Sextò donationes & alienationes à delinquente, cuius bona sunt fisco addicta, gratuito titulo factæ ante sententiam declatoriam, sunt validæ quidem, sed annullandæ & irritandæ post sententiam, vbi fiscus eas reuocari postulabit.

41 Prima pars de validitate harum donationum docetur à Vasquez 1. 2. *disp. 171. cap. 2. numer. 9.* Azor *3. parte lib. 5. cap. 7. quæst. 7.* Sanchez *lib. 2. in Decal. cap. 22. n. 50.* Suar. *de fide disp. 22. sect. 4. num. 3.* Ferdinand. à Castro *disp. 5. citatu, puncto 19.* qui alios dabunt contra Peregrin. *lib. 5. de iure fisci. tit. 1. num. 166.* & plures alios. Sed probatur ex dominio quod remanere apud hunc delinquentem ante sententiam diximus, cum enim vi illius dominij habeat quoque illorum bonorum administrationem, eorumdem etiam alienationem habere debet. Confirmatur ex continua & constanti praxi, neque enim vllus hactenus obligauit reum occultum ad manifestandum fisco suum delictum, & ad non instituendum filium hæredem, aut ad non contrahendum cum hæretico, cum tamen ex iure canonico, atque etiam codicibus Iustiniani, eius bona sint ipso facto & iure confiscata, fructus quoque ex bonis confiscatis & alienatis restituendi essent fisco, etiam ante condemnationem, vt pote percepti ex rebus non suis propter inualiditatem alienationis à delinquente factę, quod non docent aduersarij.

Secunda pars de irritabilitate alienationis à delinquente, cuius bona ipso facto publicata sunt factæ ante sententiam, traditur ab omnibus eamque dumtaxat probant leges allatæ ab iis qui eiusmodi alienationum inualiditatem adstruebant, lex *iudiciorum 20. D accusation.* Vbi Modestin. refert Seueri, & Antonini rescriptum quo cauetur eum qui crimen, de quo ibi agitur contraxit, nihil ex suis bonis alienare, aut manumittere posse. Consonat. *l. Manichæos, C. de hæreticis. l. vlt. C ad l. Iuliam maiestatis, l. donationes 31. §. fin. D. de donationibus.* vbi sic habet Papinian. *Ratæ donationes esse non possunt post crimen perduellionis contractum, cùm hæredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit.* Hæc omnia iura, de alienatione firma, & irreuocabili facilè intelligi possunt, sunt siquidem irritabiles eiusmodi alienationes, *& non rata*, vt loquebatur Papinianus, aut vt alij legunt, *perfecta*, cum post sententiam confiscatio retrotrahatur ad diem commissi criminis, & fiscus bona omnia intermedio illo tempore alienata, ad quemcunque peruenerint, repetetere possit, cùm fuerint obligata, & plusquam hypothecata fisco, verum totam nostram assertionem perspicuè tradere videtur Marcian. *in l. post contractum 15. D. donation. Post contractum capitale crimen donationes factæ valent ex constitutione diuorum Seueri, & Antonini, nisi condemnatio secuta sit.* Sic enim habet vulgata lectio, estque apertus eius sensus, donationes post contractum capitale crimen non valere si condemnatio secuta sit, valere autem si condemnatio secuta non sit. Quare iure merito florentinam lectionem in qua mendosè apponitur negatio, *non valent nisi condemnatio secuta sit*, tanquam vitiosam reiicit Anton. Faber *lib. 7. comectur. cap. 20.* ex illa enim sequeretur eiusmodi donationes valere, *si condemnatio secuta sit*, quo nihil absurdius dici posset. Cum vulgata consonat Holoandrina lectio, quæ retenta negatione quam habet Florentina, emendauit illud *nisi*, in *si*: nempe *post contractum capitale crimen non valent, ex constitutione Diuorum Seueri, & Antonini, si condemnatio secuta sit.* Cùm enim certum esset etiam post contractum capitale crimen, eum qui deliquit, atque adeò reum læsæ maiestatis, manere dominum ex *l. quæsitum 15. D. qui, & à quibus manumitti*, non erat opus constitutione Imperatoria, quæ sanciret donationem ab eiusmodi domino, quamuis reo, factam valere, cum nihil tam naturale sit quàm voluntatẽ domini, res suas in aliũ, trãsferre volentis ratã haberi, *l. qua ratione 9. §. quoqui*

res.

res. D. de acquir. rerum domin. quare vt aliquæ donationes factæ à domino, non valerent contra communes iuris regulas, constituendum fuit Princi. authoritate quod factum fuisse narrat Marcian. qui quærit an donationes factæ post commissum capitale crimen valeant? Respondetque adhibita distinctione; nam si secuta sit condemnatio, omninò non valent, si non secuta sit, valent ex Antonini, & Seueri Principum constitutione. Hinc fit vt sicut pendet quodammodo an post contractum capitale crimen, secutura sit condemnatio, ita in suspensu manet validitas donationis, quousque certum sit vel secutam esse condemnationem, vel sequi amplius non posse, defuncto videlicet delinquente ante condemnationem.

42 Ex his explicat Faber Papiniani dictum à nobis superiùs relatum in *l. donationes* 31. *§. vlt. D. de donation.* Ratas nimirum non esse donationes post crimen perduellionis, quia in illis non est locus allatæ distinctioni, an secuta sit condemnatio necne, neque eiusmodi donationes manere in incerto & suspenso, sed indistinctè statim irritas haberi debere ex ratione quam ibidem reddit Papinian. quod singulari iure, perduellionis crimen hæredem teneat, & si nondum postulatus vita decesserit, *l. vltim. D. ad l. Iuliam maiest. l. pen. & vlt. C. eod. l. si quis post hac. C. de bon. proscript.* ideóque cùm etiam post mortem huius rei condemnatio sequi possit, manebit suspensa donatio donec condemnatio secuta sit, & ad sententiam vsque; quod enim viuo donatore, aut eo mortuo sequatur condemnatio, nihil interest ad id quod intendimus hoc loco, nempe donationem non esse irritam, sed in suspenso donec condemnatio secuta sit aut sequi amplius non possit, vti sequi non potest mortuo reo, nisi in crimine perduellionis, vt dixi, & in crimine peculatus reditus & repetundarum, *l. vlt. D. ad l. Iuliam peculat. l. ex iudiciorum* 10. *D. de accusation.* & in crimine hæreseos, & apostasias, siue læsæ maiestatis diuinæ *leg.* 4. *C. de heret. leg.* 4. *Cod. de apostat.* & si quis sibi mortem consciuerit conscientia delicti *l. defunctus* 5. *C. si reus vel accusat. mort. fuerit*, & *leg.* 1. ac passim *D. de bonis eorum qui mortem sibi consciuerunt.* Addunt & desertæ militiæ crimen, *l. defunctorum* 4. *C. de re militari*, & veneficij crimen, cum maritus ab vxore veneno periit, *l. Lucius* 9. *D. de iure fisci*, quod negat Faber. *loco cit.* Alia verò omnia crimina siue publica siue priuata morte finiuntur, nisi condemnatio præcesserit, nec perpetuantur per contestationem, licèt actum sit ad pœnam pecuniariam, vti ostendit Faber *cit. cap.* 20. *numer.* 6. verùm quidquid de ea quæstione censeas, certum nobis esse debet validas esse donationes post contractum capitale crimen factas illorum bonorum, quæ ipso facto sunt publicata, donec condemnatio secuta sit, vbi autem condemnatio fit, siue viuente reo siue mortuo, vt contingit in quibusdam criminibus, inualidas redire, & à fisco repeti posse. Rationem verò propter quam donationes, cæteræque alienationes post crimen capitale factæ inualidantur, & irritantur, si postea secuta sit condemnatio, non petit Faber. *numer.* 11. ex eo quod reus amiserit suo crimine dominium suorum bonorum, id enim falsum esse iam ostendimus, sed ex eo quod factæ videantur in fraudem fisci, cùm fieri non potuerint siue suspicione pœnæ, quare nihil interest factæne fuerint ante motam accusationem; an post, vel vtrum ante condemnationem, an post illam, modò factæ fuerint post capitale crimen, & condemnatio secuta sit, neque quærendæ sunt aliæ fraudandi fisci coniecturæ, vti quærunt interpretes, illa siquidem vna sufficit, quod à die commissi delicti, nata sit pœnæ suspicio, sequi porrò deinde debet condemnatio, quia non esset iusta coniectura suspicionis pœnæ nisi constaret de crimine, & quidem per sententiam, quid si enim sequeretur absolutio, quamuis iniusta, quid si intereà moreretur reus, sanè non esset audiendus fiscus allegans pœnæ suspicionem perempto crimine.

Hinc quoque colligit Faber *n.* 12. libertates ab eo datas, qui capitalis criminis reus factus fuerat, valere interim, nec fieri irritas, nisi secuta sit condemnatio: quare quod dicitur *l. qui pœna* 8. *D. de manumiss.* capitalium criminum reos seruos suos manumittere non posse ex Senatusconsulto, intelligendum id omninò est, si deinde secuta sit condemnatio, quandocunque secuta sit, idcircò in citata *leg.* 8. additur diuum Pium rescripsisse non competere libertates ab eo datas, qui iam lege Cornelia damnatus esset, vel eum futurum prospiceret vt damnaretur; vnde quoque sequitur è contrario confirmari eas libertates, si condemnatio non sequatur, vti in cæterarum rerum donationibus contingere diximus, absurdum enim & iniquum foret libertates quibus perpetuo iura fauent, deterioris esse conditionis, quàm cæteras omnes res hoc loco, cur enim non poterunt esse in pendenti, & proinde reuocari, si in fraudem fisci datæ probentur, æquè atque aliarum rerum donationes & alienationes, *l. si cum fideicommissa* 16. *§. Aristo, leg. si mortis* 18. *leg. si quis habens* 40. *l. pignori* 26. *D. qui & à quibus manumitt. l. in fraudem* 45. *§. a debitore. D. de iure fisci.* 43

Hæc porrò condemnatio sequuta, quæ reddit donationes post capitale crimen factas, irritas, eiusmodi esse debet, vt ab ea non fuerit appellatum, pendente enim appellatione, pendebit quoque, modo nuper explicato, vis, & efficacitas donationis, quia appellatio extinguit iudicatum, *leg.* 1. *§. vlt. D. ad S.C. Turpill.*

Septimò alienationes onerosæ, vt venditiones, permutationes, aliæue similes, valent etiam post capitale crimen factæ, licèt deinde secuta sit condemnatio, & firmæ omninò manent. Ita Faber *cap.* 20. *cit. numer.* 14. quia certa iuris regula est pendente accusatione reum non modò bonorum suorum dominium non amittere, sed neque administrationem, idcircò & suis creditoribus soluere, & à suis debitoribus solutionem admittere potest, *l. reo* 41. *D. de solution. l. aufertur* 46. *§. in reatu, D. de iure fisci. l. lg.* 2. *D. de bonis damnat. l. quid autem* 6. *§. apud Labeon. D. quæ in fraud. creditor. l. summa rei. D. de pecul.* Excipiuntur tamen crimina læsæ maiestatis & repetundarum in quibus speciali iure constitutum est, vt reus, licèt maneat dominus rerum suarum ante condemnationem, earum tamen administrationem non habeat à die delicti commissi; *l. ex iudiciorum* 20. *D. de accusat. l. quisquis. D. ad l. Iul. maiest. l. quæsitum.* 15. *D. qui & à quibus manumiss.* Ex quibus confirmatur denuò quod nuper dicebamus, dominium bonorum quæ ipso iure confiscantur, non amitti statim à commisso crimine, ineptè enim, & inutiliter interdiceretur rerum illarum administratione, & alienatione reus, quarum amplius ipse non 44

esset dominus. Immò neque istis reis interdicuntur alienationes omnino necessariæ, quia si necessariæ sunt, non possunt non esse iustæ, *ex l. alienationes* 13. *D. de famil. erciscund. l. pete* 69. §. *prædium. D. de legat.* 2. *leg.* 1. *D. de fundo dotali.* Quare has alienationes permissas dicunt, saltem quasi ex ipsius fisci voluntate, Couarr. *in* 4. *decretal.* 2. *p. cap.* 6. §. 8. *numer.* 9. Gomez. *tom.* 3. *variar. cap. vult. numer.* 4. Sanchez *lib.* 2. *cap.* 22. *numer.* 55. Bonacin. *disp.* 3. *de contract. quæst.* 8. *puncto vlt.* §. 3. *numer.* 14. qui alios dabunt cum Ferdinand. *tract.* 4. *disp.* 5. *puncto* 19. *numer.* 13. vbi quænam sint necessariæ alienationes inquirit. Discrimen porrò quod hoc loco statuimus inter donationes & onerosas alienationes factas post crimen capitale, quarum illas secuta condemnatione irritari diximus, aliàs non item, euidens est, quia vix intelligi potest non habere fraudandi fisci animum, qui sui criminis conscius, & de futura condemnatione ac pœna certus res suas donat, & vltro perdit, siquidem, vt aliàs sæpiùs monuimus ex Vlpiano, donare est perdere, qui verò ex causa onerosa alienat, vendit, v. g. permutat, sibi suisque acquirere aut subuenire cogitat, & nisi hoc ipsi liceret, plerique innocentium, vt ait Papinianus *citat. lege reo*, necessariò sumptu egerent. Et sanè si alienationum istarum robur penderet ex dubio iudicij euentu, & secuturæ condemnationis, vix reperiretur qui ad emptionem vellet accedere, etiamsi reuera innocens, & absoluendus esset reus, cum æquè procliue sit innocentem ex falsis tabulis, & testimoniis condemnari, atque nocentem absolui. Neque dicas hunc fauorem dari tantùm innocentibus, immò & deberi, *in l. reo* nam licet concedamus primò quidem & per se fauorem concedi innocentibus, extenditur tamen ad omnes delinquentes, occasione potius quam iure, vt loquitur Paul. *leg.* 2. *D. de rivis.*

45 Ad extremum quod dixi alienationes titulo oneroso factas post capitale crimen, licèt condemnatio postea secuta sit, valere, intelligendum est de alienationibus, quæ in fraudem fisci non fiant, maximè si emptor fraudis consilium non ignorauerit, quod ostendit Faber. *cap.* 20. *cit. num.* 17. coniecturæ verò fraudis hæ solent afferri. Primò si reus post commissum crimen, siue in reatu constitutus sit, siue non, omnia sua bona vendidit. Secundò si quibusdam tantùm venditis, eorum possessionem retinuerit, fructusque perceperit. Tertiò si clam, aut vilissimo pretio distraxit. Quartò si sub ea conditione alienauit, si contingat eum damnari, bonaque eius publicari, ex omnibus enim illis causis fraus præsumitur, etiamsi post multò crimen contractum esset.

46 Donationes mortis causa ante capitale crimen factæ, si deinde reus donator pœna capitis damnetur, irritæ sunt; *l. si aliquis* 7. *D. de mortis causâ donat. l. cum hic status* 32. §. *si maritus. D. de donation. inter virum & uxorem*; quia qui capitis pœnam patitur non potest cum vltima voluntate decedere, §. *si maritus citato. l. eius qui* 8. §. 1. *D. qui testament. facere poss. l. si quis filio* 6. §. *irritum. D. de iniust. rupt. & irrit. fac. testam.* Donationes verò causa mortis accedunt ad vltimas voluntates. Excipiuntur tamen singulari iure donationes, quas vir contulit in vxorem ex lege Constantini, *l. res vxoris* 24. *C. de donat. inter virum & vxor*, siue ex ea pœna vir mortuus fuerit, siue fuerit tantùm deportatus, modò post deportationem non reuocauerit. Vnde etiam fit, vt quia cæteræ donationes inter coniuges constante matrimonio non valent, nisi donatoris morte confirmatæ, ideóque, vt diximus aliàs, similes sunt donationibus causa mortis, si ante mortem reuocatæ non sint, valeant irreuocabiliter, licèt eo tempore quo reuocari posse desinunt, fieri non possint, id est, licèt capitis pœna, & vltimò supplicio affectus sit is qui donauit, eodemque modò, ac si maritum non pœna, sed natura subduxisset, inquit citata, lex *res vxoris*, hocque priuilegium istis donationibus, quæ alioquin inspecta iuris ratione non valerent, *l. cum hic status* 32. §. *si maritus. C. de donat. inter virum & vxor.* tributum voluit Constantinus qui quod scriptum erat *in* §. *si maritus*; Emendauit in *l. res vxoris*; ideóque id etiam valere, licèt maritus læsæ maiestatis damnatus foret, existimauit Faber contra vulgus interpretum.

Hac tamen lege non comprehenduntur donationes virò factæ ab vxore, quæ posteà capitis pœna affecta est. Fauorabiliores sunt hac in parte donationes mulieribus factæ, quia pudicitiæ præmio cedunt, vt ait Constantinus, quod si mariti bona fiscus occupauit non ex causa delicti, & condemnationis, sed tanquam vacantia vel alia quapiam ex causa, donationes ab eo factæ, si in ea voluntate perseuerauit ratæ manent, & saluæ sunt vxori, non ex priuilegio, sed ex iure communi, *leg.* 1. *C. de donat. inter virum & vxor.* Agimus autem duntaxat de donationibus factis ante contractum capitale crimen, si enim post illud fiant, non valebunt, siue fiant inter viuos, siue mortis causa, quia priuilegium quod hac in parte vxoribus dedit Constantinus, illum casum excludit, agit enim de donationibus *ante tempus criminis, ac reatus.* Quare si fiant post contractum crimen capitale, & deinde sequatur condemnatio, non valebunt, vti hactenus diximus, *ex l. post contractum cit.* quia einsmodi donatio non fuit sine suspicione pœnæ facta ab eo qui propter facinoris sui cogitationem de pœna sua iam certus esse potuit; *l. si aliquis* 7. *D. de mortis causa donation. l. quæsitum* 15. *D. qui & à quibus manum.* 47

48 Nonò, quidquid porrò statuamus de validitate alienationis bonorum fiscu ratione criminis addictorum, siue gratuita siue onerosa existat, dicendum est esse licitam ante sententiam & condemnationem subsecutam. Ita Vasquez 1. 2. *disp.* 171. *cap.* 1. Sanchez *lib.* 2. *cap.* 22. *numer.* 59. Suar. *de fide disp.* 22. *sect.* 4. *numer.* 4. Bonacin. *de contract. disp.* 3. *q.* 8. *p. vlt.* §. 3. *n.* 4. Ferdin. à Castro *tract.* 4. *disp.* 5. *punct.* 19. *n.* 22. contra Ioan. Medin. *C. de restit. q.* 1. §. *post rerum dominium.* Sayr. *in claui. reg. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 30.

49 Primò quia leges quæ ipso facto & iure bona delinquentium fisco applicant, non prohibent ipsis eorum administrationem ante sententiam, nec eorum alienationem nisi firmam & irreuocabilem, maximè cum ex communiori & nostra sententia relinquant ipsis eorum vtile dominium. In illa igitur alienatione non peccabit delinquens contra legem, neque ex eo capite fiet illicita alienatio. Secundò non fiet etiam illicita ex eo quod vel illi cui bona alienantur, vel fisco fiat iniuria, & damnum. Non primum; nam si alienatio sit gratuita, vt donatio, nulla fit iniuria donatario qui ex ea donatione

quamuis

quamuis reuocabili nihil amittit. Si verò sit alienatio onerosa, illa erit, vt diximus cum Antonio Fabro firma & irreuocabilis, nisi in fraudem fisci facta fuisse probetur, quod si cum communiori sententia dicamus esse reuocabilem, vel crimen occultum est, neque in forum externum deduci potest, atque adeò nullum omnino periculum est, ne reuocetur alienatio, & bona alienata vindicentur aliquando à fisco, & tunc nullum patietur damnum is cui talia bona sunt alienata; vel crimen non ita occultum est, periculumque imminet ne aliquando reuocetur alienatio non sine damno eius cui facta fuit, & tunc alienans committet iniustitiam aduersus alienantes, sicut si rem hypothecatam tacita hypothecâ venderet. Deinde si delinquens haberet alia bona ex quibus compensare posset bona alienata si à fisco vindicarentur, aut vitium istud & periculum aperiet emptori v. g. qui tamen rem cum eo vitio & periculo emptam vellet, nullam iniustitiam committeret alienans. Tertiò fisco nulla fit iniuria, nisi in fraudem ipsius fiat, cum semper retineat ius vindicandi rem reuocabiliter alienatam à quocunque possessore. Neque dicas aliquando in ea aut ex ea alienatione rem perire, ideóque illa priuari fiscum; cum enim id contingat per accidens, neque teneatur delinquens curare vt res illa fisco conseruetur, quasi sit eius procurator, sed duntaxat ne in fraudem fisci alienet, nullam ipsi facit iniuriam.

Hinc fit vt qui causa dotis rem obligatam fisco alienat cum periculo ne repetatur à fisco, peccet si illud periculum taceat: quod idem dicendum erit si rem, vt iam dixi, cum eo vitio vendat.

50 Decimò, fiscus dum vindicat à tertiò possessore bona alienata à delinquente, si alienatio fuit onerosa, & reuocabilis ex communiori sententia debet restituere pretium possessori, si apud delinquentem existat, vel formaliter, vel æquiualenter, ago tantùm de alienatione onerosa, nam de gratuita nulla potest fingi difficultas, cum possessor ex illa reuocatione aut rescissione, nihil amittat ex propriis, sed reperiatur in eo tantùm statu in quo erat ante alienationem illam gratuitam. At verò in rescissione alienationis onerosæ, possessor à quo fiscus vindicatèt, careret & re, & pretio eius, & fiscus vtrumque possideret non sanè sine iniuria, & nemo negat dissoluto venditionis contractu pretium ad emptorem redire debere, esto emens in hoc casu fuerit conscius delicti commissi, nam inde non sequitur emptorem delictum commisisse propter quod priuandus sit suo pretio dissoluta venditione, & vindicata re vendita, vt contra Scacciam, *de iudiciis lib.* 1. *cap.* 98. *numer.* 16. & 23. argumentantur Vasquez, & Sanchez, mox afferendi. Dicitur porrò pretium extare formaliter, aut æquiualenter apud delinquentem, quia eius æstimatio manet; soluit v. g. creditoribus, sibi, suisque vitæ necessaria comparauit, rem æquè pretiosam emit, sua meliorauit, & denique inde quoquo modo ditior factus est, & licèt casu perierunt quæ ex illo pretio comparauerat, nihilominus manet pretium rei alienatæ, quia ratione illius, propriis bonis pepercit, vt ait Sanchez, *cap.* 22. *numer.* 71. & Bonacin. *disput.* 3. *de contract. quæst.* 8. *p. vltim.* §. 4. *num.* 2. & alij contra Vasquez 1. 2. *disp.* 172. *cap.* 2. *n.* 9. quia in vtilitatem delinquētis & alienantis versum est pretium quod ea re alienata cepit, cùm ex illo aliquid æquale aut maius acquisiuerit, licèt illud deinde casu quodam & infortunio perierit, & non sit amplius in bonis ipsius, nam aliquid eius loco, nimirum illa summa quam loco talis pretij impendisset, in ea re, aut simili sibi comparanda superest. Onus tamen probandi pretium eiusmodi versum fuisse in vtilitatem delinquentis, incumbit possessori à quo fiscus rem alienatam repetit, cum enim fiscus ius habeat in ea omnia bona alienata, aduersus illum excipere nequis, nisi probes ea tuo pretio per validum contractum celebrato ditiorem factum esse delinquentem, quod fiet variis coniecturis prudentis arbitrio expendendis, quod si non ostendas, existimant Gomez. *tom.* 3. *variar. cap.* 2. *num.* 2. Scaccia, *de iudic. cap.* 8. *numer.* 13. Azor. 1. *part. lib.* 5. *cap.* 7. *quæst.* 8. Sanchez *lib.* 2. *cap.* 22. *num.* 68. Suarez *de fide disp.* 22. *sect.* 4. *num.* 9. Ferdinand. à Castro *disp.* 5. *punct.* 20. *numer.* 6. & alij, fiscum non obligari in repetitione rei istius alienatæ restituere pretium, quod delinquens accepetat. Quia si fiscus bona sibi à die criminis obligata, & quodammodo hypothecata non posset repetere, nisi soluto pretio, non vindicaret rem sibi obligatam, sed illam emeret, neque quidquam inde proficeret, & vix vnquam res eiusmodi repeteret, cum enim hoc illi liberum sit, id nunquam faciet sine aliquo non exiguo emolumento, quod via vnquam soluto eiusmodi pretio contingeret. Adde tertium hunc possessorem non habere aliud ius quam haberet ipse delinquens, quia illa bona ipsi alienauit, atqui delinquens non habet ius petendi pretium bonorum quæ fiscus sibi propter commissum crimen obligata repetet: veriùs tamen existimarim etiam in casu posito fiscum teneri ad restituendum pretium à delinquente alienante accep um, non tantùm quia via vnquam contingit vt apud ipsum non extet formaliter, aut æquiualenter, vti ostendimus, sed maximè quia contractus alienationis validus omninò fuit, quamuis rescindendus, & dominium transtulit in emptorem, qui priuari non potest absque sua culpa, re sua & pretio eius, res verò illa est quidem obligata fisco, sed non est fisci, sed possidentis illam, qui & verus eius dominus factus est per contractum validum quamuis rescindibilem. Ideóque potest fiscus efficere vt contractus ille irritetur, eodémque modo se habeat atque si nunquam factus fuisset, atque ita emptor & re empta priuetur, & pretium à se datum recipiat: quod enim dicitur fiscum non profecturum ea ea confiscatione post bonorum alienationem, non vrget, quia proficiet quando nulla facta fuerit alienatio, & deinde quoties ea gratuita fuerit, vt contingit in donationibus, rem eam sibi obligatam recipiet nullo pretio. Denique quando alienatio onerosa in eius fraudem facta fuerit, erit quoque illi liberum, vel non vindicare rem alienatam, vel vindicare dato pretio, quod postremum aliquando ipsi commodum erit, & melius existimabit habere rem, quam pretium, quod ferè minus erit, cum in coactis eiusmodi alienationibus vix æquale pretium reperiatur, neque in omnibus semper fauendum est fisco, præsertim in pœnis, quæ sunt semper odiosæ, & strictiùs interpretandæ, quare nostram sententiam docuerunt Alciat. *in l. post contractum* 15. *n.* 21. *D. de donat.* & alij consulti iuris relati à Scaccia, *de iudic. cap.* 98. *n.* 13.

Vndecimò, rei vindicatæ à fisco cedunt eius augmenta

augmenta & melioramenta intrinseca, & inseparabilia, solutis tamen expensis, si quæ eam ob rem factæ fuerint à possidente; augmentum verò extrinsecum & affixum non vindicatur, quod si separari nequeant sine magno incommodo vel destructione rei, vindicabitur quidem vnà cum re publicata, sed soluto eius pretio. Ita Vasq. Suar. Sanch. *locis citatis*, & alij passim; alioquin fiscus innocentis laboribus & expensis locupletaretur, non sine iniustitia.

51 Duodecimò; fructus rei alienatæ si adhuc coniuncti sunt, & adhæreant, siue pendeant, vt loquuntur, vnà cum ipsa re, vindicari poterunt à fisco, sicut vindicarentur si delinquens rem confiscatam statim non alienasset, sed sibi retinuisset, illam enim fiscus vnà cum suis fructibus pendentibus vindicaret. Fructus omninò consumptos, si ex illis tertius possessor ditior factus fuerit, cum apud illum æquiualenter extent, repeti posse à fisco, saltem si sunt naturales, & non tantùm industriales, existimant Sanch. Vasquez Suarez, & alij passim. Ego verò contrarium censeo, quia hic tertius possessor fructus omnes suos ex re sua, & cuius erat verus dominus, quamque iustè possidebat, percepit bona fide; cur igitur illos iam consumptos restituere cogetur? quod enim aliquando possessor etiam bonæ fidei cogatur eiusmodi fructus restituere, vt dicemus inferius, id oritur quia illos ex re aliena, & non sua percepit, quamuis illam bona fide possideret. Non debet autem ditior ex aliena re fieri. At in nostro casu possessor percipit fructus ex re verè sua, & à se iustè possessa, ac proinde illos suos facit, quamuis enim alienatio ipsi facta, sit rescindibilis, & dominium quod acquisiuit, sit irritabile, quandiu tamen non est rescissa alienatio, neque dominium ipsius irritatum, percipit fructus ex re sua, quare nihil obest quod sciat aut sciuerit sibi alienantis delictum, vnde malam in eo arguunt fidem Vasquez & Sanchez, quia eiusmodi scientia non facit eum participem delicti, & non impedit validitatem alienationis sibi factæ, neque iustam rei alienatæ possessionem, & quin quandiu non irritatur alienatio, dominus existat rei sibi traditæ.

52 Decimotertiò, alienationes factæ à delinquente, cuius bona non publicantur ipso iure, sunt validæ, neque à fisco reuocari possunt, siue ante siue post delictum commissum fiant, modò fiant ante sententiam iudicis ea publicantis, & non in fraudem fisci.

Prima pars de validitate harum alienationum conceditur ab omnibus quos dinumerare nihil attinet, & quidem si fiant ante commissum delictum tanquam validas admitunt Imperatores Arcad. & Honor. circa donationem liberis emancipatis factam à patre antequam delinqueret, *l. si quis post hac, §. si quid C. de bonis damnator. Si quid etiam in etiam in emancipatos liberos ante tempus criminis ac reatus patrem contulisse claruerit, integrum eisdem citra inquietudinem reseruetur.* Et sanè ante delictum nullum ius fisco competere potest siue in delinquentem, siue in eius bona, cur igitur alienationem à nondum delinquente factam vel infirmare, vel reuocare poterit, cum ne ipsi quidem futuri aut posteriores alienatione creditores eam infirmare possunt, vel impugnare alienationes à debitore ante delictum contractum factas: quod si alienatio sequatur quidem delictum commissum, præcedat tamen sententiam, firma quoque erit & irreuocabilis; quod docent iidem Authores, cùm enim per eiusmodi delictum neque dominium, neque administratio bonorum auferatur delinquenti, neque illa bona sint ante sententiam publicata, aut fisco obligata, cur bona sua validè alienare non poterit, cum aduersus eum detur tantùm actio ex delicto, & accusatio. Si autem sententia pronunciata sit, & per eam bona publicata, alienatio quæ subsequetur reuocari sine ne dubio poterit, nisi ab ea sententia fuerit appellatum; quæ omnia fusè dabit Ferdinand. *disp. 5. cit. p. 21.*

Secunda pars nostri dicti volebat alienationem de qua loquimur, esse reuocabilem, si fiat in fraudem fisci, tunc enim valida quidem erit sed reuocabilis, quod disertè habet Paulus *in l. in fraudem 45. D. de iure fisci. In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienata reuocantur.* Ex quibus verbis colligit Ferdinandus non sufficere fraudem fuisse commissam, sed præterea opus esse sententia iudicis, qui alienationem reuocet occasione fraudis aduersus fiscum commissæ, quandiu enim non reuocabitur eiusmodi alienatio, valida manebit.

Tota difficultas est in assignandis certis indiciis & coniecturis quibus probetur alienationé in fraudem fisci factam esse, quod operosè ostenditur, cùm pleraque indicia afferri solita leuiora sint, vti demonstrat Ferdinand. *citato puncto* 21. eu illum adi. Ego enim æquitatem, & boni viri prudens arbitrium huc in loco consulendum existimo.

Decimoquartò, tenetur fiscus qui bona rei sibi addicta occupauit, eius omnia debita quocunque tandem titulo contracta ante delictum commissum fuerint, dissoluere pro viribus bonorum publicatorum, tum quia fiscus, licèt non sit verus heres, quandoquidem viuenti succedit, est tamen instar hæredis, qui pro viribus hæreditatis obligatur ad illius debita. Tum quia bona delinquentis, quæ occupantur à fisco censeri non possunt, nisi ea quæ supersunt deducto ære alieno *l. non possunt* 11. *D. de iure fisci.* Et sanè eiusmodi confiscatione creditores innoxij plecterentur æquè atque ipse reus. Plura hanc in rem dabit Farinacius 1. *parte prax. quæst.* 25. *à numer.* 169. & *de hæres. quæst.* 190. *numer.* 28. Volo porrò hæc debita ad quæ obligatur fiscus contracta fuisse ante delictum cui ipso iure pœna confiscationis annexa erat, nam si post delictum inita esse constet, ex bonis fisco prius obligatis contracta fuerunt non sine fisci iniuria, quam pati sanè non debet, vti passim Sanchez, Bonacin. & alij argumentantur, nisi in delinquentis vtilitatem, atque adeò in ipsiusmet fisci vtilitatem factæ fuerint. Dixi quoque debita ista soluenda esse à fisco pro viribus bonorum ab ipso occupatorum, si enim partem tantum bonorum possidet, debitorum quoque partem ferre duntaxat æquum erit, cùm pro parte tantùm subrogetur loco debitoris. Itáque decidit *lex fin. Cod. de debitorib. ciuit.* circa debitores ciuitatibus obligatos, *vt pro rata rerum quas possident, conueniantur.* Probandum porrò incumbet fisco debita illa post delictum fuisse contracta, vt ab eorum obligatione se eximat. Egi quoque de delictis quibus ipso iure pœna confiscationis annexa est, nam si imponenda tantùm erat à Iudice, cùm delinquens quamdiu non publicabuntur sua bona, habeat ipsorum dominium, & liberam administrationem, illa validè & licitè creditoribus obligabit, neque 53

poterit

poterit deinde fiscus illa sibi quasi hypothecata auocare, ipsi liquidem neque obligata, neque hypothecata vnquam fuerunt. Quomodo verò satisfaciendum sit à fisco creditoribus delinquentis, prosequitur Ferdin. à Castro *tract. 4. disp. 5. punct. 26. à num. 5.* Sanch. *lib. 2. in Decalog. cap. 22. a num. 81.* & alij. Duo spectanda sunt hoc loco: primum est fiscum non esse quidem hæredem, esse tamen instar hæredis. Quare in omnibus ferè teneri instar hæredis, in quibusdam tamen ab illo differre, quare nunquam tenebitur supra vires bonorum confiscatorum, vti iam monui, siue confecerit inuentarium, siue illud omiserit: deinde attendenda erunt priuilegia quibus gaudet fiscus in quibusdam casibus iure expressis *l. 1. C. de petition. haeredit. & l. quod placuit, D. de iure fisci*, v. g. quod conueniri nequeat nisi coram proprio iudice *l. 1. & seq. C. vbi causa fiscales*, & alibi.

54 Reus porrò cuius bona fiscus sibi vindicauit, liberatur omni onere satisfaciendi creditoribus, quæ obligatio tota in fiscum transmissa fuit, & in delinquente extincta pro ratione & viribus vti iam monui, bonorum confiscatorum. Sapienter enim Papinianus *in l. si debitori 47. D. de fideiussoribus. Si debitori deportatio irrogata est non posse pro eo fideiussorem recipi scribit Iulianus, quasi tota obligatio contra eum extincta sit.* Cuius dicti alia ratio reddi non potest, quàm quia deportatus ipse obligari definit suis creditoribus, ideoque inutiliter dabit fideiussorem pro debito deportationem antecedente: debet tamen illa confiscatio suum effectum habuisse, nam quatenus ea bona ad fiscum transferunt, siue omnia, siue ex parte, obligatio illis annexa satisfaciendi creditoribus eadem proportione ad fiscum transit, *l. 1. C. de fideiussorib. Si Lysias adempta parte bonorum exulare iussus est, non nisi pro parte quam retinuit, creditoribus obligatus est.* Idque docent passim omnes.

55 Quæritur verò an si reus redeat in pinguiorem fortunam teneatur suis creditoribus satisfacere.

Resp. non teneri. Ita Vasq. *1. 2. disp. 169 num. 20.* Sanch. *lib. 2. in Decalog. cap. 22. num. 86.* qui bene multos iuris interpretes recenset. Cùm enim ex allatis nuper iuribus tota ea obligatio in fiscum translata fuerit, & delinquens ea liberatus, nulla ratio est propter quam eadem obligatio in ipsum denuo resiliat, nisi veniâ principis, illa bona ipsi denuo restituantur, bona inquam & non sola conditio, aut status, bonis apud fiscum retentis, quia bona illa transierunt ad fiscum cum onere satisfaciendi creditoribus condemnati, ita constituente ipsamet lege. Si tamen bona confiscata non sufficiebant ad dissoluenda debita, ad partem illam quæ superfuit, tenebitur reus vbi pinguiori fortunæ fuerit redditus, quia obligatio qua tenebatur, non transierat ad fiscum nisi pro valore bonorum quæ fiscus occupauit. Quod vero addit Sanchez *num. 91.* quoties creditores non potuere recuperare sua debita à fisco, siue quia deficiebant illos probationes firmæ, siue quia maiores impensæ faciendæ erant, siue quia potentia fisci causâ ciderunt, siue qua alia ratione, quæ neque eorum culpæ, neque negligentiæ tribui possit, teneri condemnatum illa adhuc obligatione, quam proinde vbi potuerit, implere debebit, sapienter reiicitur à Ferdinando *puncto 26. cit. num. 12.* quia delinquenti tribui non potest hic defectus probationum, neque expensarum excessus, cum ista omnia & suæ primariæ obligationi, & suo delicto accidentaria sint. Cur igitur ista ipsi tribuentur, & cogetur satisfacere ea de causa, quandoquidem suam omnem obligationem in fiscum iure & rite transtulerit. Sic enim bis satisfaceret, primò quidem bona solutioni sufficientia in fiscum transferendo, deinde debitum ipsum actu soluendo.

Hæc tamen omnia non impediunt, vt si huic obligationi fideiussor accesserat ante debitoris condemnationem, quin ille possit à creditoribus conueniri, quod disertè tradit *l. 1. C. de fideiussoribus & l. 20. C. eodem*, pluribusque docet Farinac. *in praxi quæst. 25. num. 178.* ratioque euidens est quia cùm fideiussor accedat in defectum debitoris principalis, quoties principalis debitor mutatur, non deobligatur fideiussor, nisi aliter conuentum & expressum sit, quare si nouus debitor principalis non satisfaciat, conueniri poterit fideiussor, qui semper idem remanet, vt supponimus, sed de fideiussoribus superiori libro satis superque diximus. 56

Quæres an expensæ factæ à fisco in persequenda publicatione bonorum delinquentis, eiusque condemnatione præferendæ sint ipsius creditoribus, quando bona publicata non sufficiunt vtrisque. 57

Respondet Sanch. *cap. 22. num. 93.* non præferri, quia princeps tenetur, suis expensis persequi delinquentes, sicusque toletare debet omnes impensas ad punitionem criminis necessarias. Si tamen pœna aliqua, siue mulcta pecuniaria infligatur delinquenti, quæ partim fisco, partim aliis priuatis applicanda sit, neque omnibus satisfacere sufficiant damnati bona, fiscum præferendum esse tradit Couarr. *lib. 1. variar. cap. 16. num. 8.* nisi fortassis damnetur delinquens ad emendandum damnum quod suo delicto cuipiam intulit, & ideo mulcta illa tum ad emendationem siue compensationem, tum ad fiscum applicetur; præferenda omnino erit damni illius reparatio, ad quam iure obligatur à iudice.

Ad extremum quæritur cui fisco addicantur bona illa quæ in diuersis territoriis & iurisdictionibus publicantur; & quidem dum publicatio fit ex iure communi legis quæ in diuersis illis locis in quibus sita sunt bona, viget, vtpote datæ à principe illius totius regionis, aut diuersarum superiore, eiusmodi confiscatio ad vniuersa & singula illa bona pertinet, vti ex Farinacio aliisque docet Sanch. *lib. 2. cap. 20. num. 31.* Peregrin. *lib. 5. de iure fisci cit. num. 138.* Bonac. *disp. 3. de restit. quæst. 8. punct. vlt. §. 1. num. 21.* secus verò contingit quando confiscatio fit ex speciali aliquo iure, v. g. municipali quod non viget in loco in quo bona sita sunt, & non extenditur ad illa bona, cùm ipsa lex ibi non vigeat. Quia tamen contingit aliquando vt licet eadem lex vi cuius confiscatio fit, vigeat in omnibus locis in quibus rei bona iacent; sit tamen in illis diuersus fiscus, & non vnus & idem, confiscatio non extenditur nisi ad bona quæ sita sunt in loco in quo reperitur fiscus cui sunt applicanda, non vero ad ea quæ sunt in alieno territorio, & in quo diuersus alius fiscus est, cum fiscus, aut eius dominus non possit quæ sunt in alia ditione, suo fisco applicare: ita Bossius *in practica, tit. de bonorum publicatione, num. 61.* Quidquid verò contingat, confiscationis executio fieri nequit nisi per officiales loci in quo bona publicata sunt, aut de eorum consensu. Sanch. *num. 35.* & alij, vide, & fusius Ferdinandum à Castro *tract. 4. disp. 5. punct. 23.* 58

CONSECTARIVM II.

An reus possit fugere è carcere.

RESP. si nondum fuerit lata sententia, neque iurauerit se in carcere mansurum, neque redituram ad illum, de quo casu diximus *lib.* 4. posse fugere, quamuis iustè fuerit in illum coniectus, quod communiter tradi à se fatetur, qui eos sequitur Couarru. *lib.* 1. *variar. cap.* 2. *num.* 11. additque istum non esse puniendum cum vacarit rei licitæ, & vitam suam iure seruauerit, cum nondum fuerit damnatus.

Neque obiicias custodem carceris inde puniendum esse, sibi enim, & suæ socordiæ tribuere debet quod non diligenter custodierit.

Secundò si reus damnatus iam fuerit ad mortem aut aliam grauiorem pœnam in quibus numero ipsummet carcerem siue perpetuum, siue temporalem, poterit quoque fugere vt *loc. cit.* ex communi sententia tradit Couarru. *num* 10. quia non tenetur quidquam ex quo mors sequatur facere, ac proinde neque in carcere manere, sed dumtaxat inflictam pœnam pati; immò Less. *lib.* 2. *cap.* 31. *num.* 34. existimat posse ex ipsa furca, & sub ipso gladij ictu fugere, tantum est ius vitæ conseruandæ, non tamen occidere, aut vulnerare, aliamve iniuriam satellitibus & apparitoribus, si iustè damnatus fuerit, inferre.

Quoad disruptionem vinculorum, & fractionem carceris, illa licita erit reo quoties ipsi fuga licita fuerit, ex Nauarr. *cap.* 17. *num.* 102. & aliis recentioribus, quos dabit Bonac. *disp.* 10. *de prec. quæst.* 3. *punct.* 2. *num.* 16. contra Couarru. *lib.* 1. *variar. cap.* 2. *num.* 14. Henric. *quodlib.* 19. *art.* 25. Si enim finis licitus est, erunt & licita media ad eum finem obtinendum necessaria, & alioquin non per se mala. Neque fit iniuria reipublicæ vel supremæ potestati, quæ non consistit in vinculis, aut lapidibus. Quod verò sint impositæ seuerissimæ pœnæ istis effractoribus, non probat culpam, sed æquum fuisse pœnis etiam grauibus fugam & carceris fractionem impedire, sicut alia quam plurima legibus merè pœnalibus prohibentur, quæ si violentur pœna infligitur, nulla licèt admissa culpa, non tamen sine causa.

Addit Lessius tamen huic effractioni non potuisse pœnam capitis imponi, quare retractus à fuga reus non potest ob solam fugam & carceris fractionem capite plecti, si alio ex crimine supplicium illud non commeruerit: nihilominus si reus iusto carcere detinebatur, tenetur ad damni illati in ea effractione reparationem. Eam tamen reparationem negat *ibidem* Lessius esse in vsu. Denique si ea occasione vincti alij fugiant, indéque damnum reipublicæ, vel custodibus, aut apparitoribus, & actoribus sequatur, non tenebitur ad illius reparationem qui primus carcerem fregit: quia vtebatur iure suo, & per accidens tantum sequuta est aliorum fuga, quam ipse nullo iustitiæ titulo vitare tenebatur.

Hinc rursus colligo quoties fuga licita erit, fas esse illam consulere & ad eam iuuare, atque instrumenta necessaria, vel vtilia suppeditare; quia quoties aliquis facit id, quod pro suo iure facere potest, non peccat, qui ipsum vel consilio, vel ope iuuat, quæ eadem ratio probat posse quoque reum iuuari ab aliis cooperantibus ad hanc carceris effractionem, contra Bonac. *punct.* 2. *cap.* 1. *num.* 19. & Less. *cap.* 31. *num.* 44. quia fas est cooperari iustè operanti. Quod autem dicunt aduersarij non esse in hoc casu tantum ius cooperantibus, quantum est reo, negatur, quia non cooperantur nisi vtenti iure suo.

Excipio tamen in his omnibus ministros iustitiæ, quibus incumbit ex officio reum in carcere detinere, & eius fugam impedire: hi enim quasi ex contractu ad id obligantur reipublicæ, cuius proinde ius violant.

Denique sapienter monet Bonac. non posse reum custodi vim facere aut aliam iniuriam irrogare ad fugam captandam, posse tamen fraudibus vti quas prudens custos facilè aduertet tendere ad fugam: v. g. cibos & vinum largiùs ministrare, sæpius eludere, aliisque rationibus alioquin non malis vigilias eius sopire: quæ omnia videbis apud Delcastillo *lib.* 2. *tr. act.* 1. *disp.* 6. *dub.* 4. vbi totam nostram doctrinam confirmat, & plures eius Authores refert.

CONSECTARIVM. III.

De aliis pœnis quomodo obligent.

REpetendum est alias esse pœnas quæ infliguntur à iudice, & per sententiam, alias ab ipsa lege, & incurruntur ipso iure & facto ante sententiam condemnatoriam, licet aliquando sententiam declaratoriam criminis exigant. Quæstio verò est an quando eæ pœnæ sunt incapacitates & inhabilitates quædam, vt incapacitas testandi, succedendi ex testamento, vel ab intestato, aut capiendi donatione, priuationes quorumdam aliorum iurium; eiusmodi pœnæ incurrantur ante sententiam declaratoriam criminis, v. g. qui factus est à iure intestabilis, vel incapax successionis, si condat testamentum ante sententiam validè testetur, validè succedat, validè donata accipiat, validè actus iuris quo priuatur à lege exerceat.

Resp. probabilius videri eiusmodi testamentum validum esse eo casu, sed annihilandum, quod idem de successione & aliis eiusmodi verius censent disputantes de pœnis hæreticorum, Molin. *tract.* 2. *disp.* 95. Vasq. *t.* 2. *disp.* 171. *cap.* 1. *num.* 11. & *opusc. de testam. cap.* 9. §. 1. *dub.* 4. *num.* 11. & 54. & 164. & pluribus relatis Sanchez *lib.* 2. *in decal. cap.* 24. *n.* 3. Ferdin. à Castro *tract.* 4. *disp.* ... *puncto* 26. quia ante sententiam criminis declaratoriam, reus retinet aliquod dominium vtile suorum bonorum, illudque transferre potest, sed reuocabiliter, vt diximus consectario primo. Potestque eodem modo quidpiam acquirere, quamuis ipso iure eius bona sint publicata. Poterit igitur & testamento & donatione ea alienare, atque eo modo acquirere ante illam sententiam, sed reuocabiliter, vt dixi, & non firmiter, eademque est cæterorum iurium, & facultatum quibus ipso iure priuatur ratio, & de ipsis cum eadem distinctione sentiendum est, vti tradunt laudati Doctores qui singula fusiùs prosequuntur, ad quæ longiùs progredi hoc loco absurdum foret.

Addo nihilominus in his omnibus consulenda esse priuata iura, & mores; nam possent imponi hæ pœnæ priuatiuæ, & obligare etiam ante sententiam declaratoriam criminis, vti diximus, quod tamen præsumendum non est, nisi constet de mente legis, aut consuetudinis, cùm pœnalia benigniùs semper explicanda sint.

ARTICVLVS III.

De laxatione, minutione, & augmento pœnæ, atque venia delicti.

1 OBseruandum est pœnam propriè, & strictè acceptam esse peccati vltionem, & noxæ vindictam, vt loquitur lex 131. *D. de verb. sign.* & vt ait Augustinus *lib. 1. retract. cap. 9. peccati pœnam & supplicium*: ac proinde necessariò culpam supponit, cui secundum proportionem respondere debet, quod fusiùs habet Gerson. *de vita spirituali lect. 1.* ante primum corollarium. A Castro *de lege pœnali. cap. 3.* ipséque Deus *Deuteron. 25. 2. Pro mensura peccati, erit & plagarum modus.* Hebraicè, *Iuxta impietatem*, vel, *secundùm sufficientiam impietatis eius in numero.* Græci κατὰ τὴν ἀσέβειαν αὐτοῦ: *secundùm impietatem eius*; ἀριθμῷ μαστιγώσουσιν αὐτόν; *numero flagellabunt eum.* Eodem pertinet quod dicitur *Isaiæ 34. 11.* extendenda mensura super Ierusalem, & perpendiculum in desolationem, *& cap. 28. 17.* Deus: positurum in pondere iudicium, & iustitiam in mensura. *Et Psalmo 79. 6.* potum dari in lacrymis, in mensura. *Matth. 23. 32.* quosdam implere mensuram patrum suorum. Apud Zachariam *c. 5. 12.* volumen volans, cuius longitudo XX. cubitorum, latitudo X. *Apocalips. cap. 18. 6. 7.* de meretrice magna, *Quantum glorificauit se, & in deliciis fuit, tantum date ei tormentum & luctum, duplicate duplicia secundum opera eius, in poculo quo miscuit, miscete illi duplum.* Quomodo verò peccato breui admodum mora commisso iustè commensuretur pœna æterna, alius est disputandi locus, quod idem quæri poterit de iudice qui capite punit reum, aufert enim vitam nunquam restituendam, aut recuperandam vi naturæ.

Secundò, pœna sumitur in latiori quadam, & minus propria significatione, pro quocunque incommodo quod alicui iustè infligitur, quamuis nulla præcedente eius culpa, siue peccato, atque ita glossa *in cap. 2. de constitutionib. vers. culpa caret*, conciliat diuersa iura, nam *in illo capite 2.* dicitur quæ culpa carent in damnum vocari non conuenit. *Et c. satis peruersum, dist. 56.* peruersum esse dicitur, & contra censuram Ecclesiasticam aliquem sine culpa vel facinore ab officij sui gradu deiici: *& cap. inuentum 16. quæst. 7.* refertur è Concilio Cabilon. II. *cap. 42.* neminem Ecclesiam quam iustè adeptus est, sine graui culpa amittere posse. Alia similia habentur *capite conquerente, de restitutione spoliatorum*: & *cap. quæsiuit, de iis quæ fiunt à maiori par. capit.* & *cap. Romana, de sentent. excomm. in 6.* & *l. Gracchus, C. de adulter.* & *l. Sancimus. C. de pœnis.* legitimè factum pœnam non mereri, & peccata suos debere tenere authores. Et nihilominus *cap. si cuius vxorem 11. 34. dist.* vir cuius vxor adulterium commisit repellitur à sacris ministeriis, cum tamen nulla sit in eo culpa, quod enim aliqui dicunt, illum fuisse lenonem vxoris, nulla ratione colligitur ex eo Canone, qui est 8. Concilij Neocæsariensis. Idem statuitur ex Concilio Martini Papæ *in cap. sequenti, ead. dist.* Vt igitur contraria in specie iura componat glossa allegata *in cap. 2. de constitutionibus.* Respondet aliquem priuari aliquando posse iure suo sine culpa, non tamen sine causa, vbi & sex casus adducit. Ita *cap. quoniam, §. si autem, de carnali, vt lite non contestata*, dicitur multos casus occurrere in quibus coniuges sine culpa, sed non sine causa continere coguntur. Denique aperta est, & obuia regula 23. *de regulis iuris in 6.* sine culpa, nisi causa subsit nemo est puniendus. Atque ita exponendæ sunt leges merè & purè pœnales, quæ ad nullam tamen culpam obligant sed ad pœnam, si quod illis imperatur non fiat, aut quod prohibitum est admittatur, quæque continent obligationem ferendi pœnam quæ imponetur eiusmodi legem violanti, vti fusiùs explicamus in nostra scientia canonica, vbi & obseruamus eiusmodi leges sub conditione, & veluti sub disiunctione ferri. Nemo v. g. deferat arma noctu, aut si deferat, pœnam indictam luat, quod monuit quoque Soto *lib. 1. de iustitia, quæst. 6. art. 9. sub fin.* Castro *de lege pœnali lib. 8. cap. 5.* & Suar. *lib. 4. de voto, cap. 4. n. 14.*

Obserua secundò, quod sæpius etiam monuimus, culpam accipi vel propriè & strictius pro defectu & peccato Theologico, vel latius pro quolibet defectu siue Theologico, siue ciuili, & Politico qui contra ciuitatis mores committitur, licet sæpius sine peccato admittatur, cui vtrique culpæ, & defectui pœna irrogatur. 2

Obserua tertiò, pœnas quæ infliguntur culpis siue Theologicis siue aliis, statui vel à lege & iure communi, vel à consuetudine recepta, vel ab statutis municipalibus, vel ab ipso iudice, cuius prudentiæ & arbitrio lex punitionem criminis permittit, quæ pœnæ dicuntur arbitrariæ. 3

Obserua quartò pœnam criminibus duplicem infligi, vnam in punitionem culpæ, alteram in satisfactionem iniuriæ, & compensationem damni quod vel reipublicæ, vel alicui alteri eo crimine irrogatum est, immò licet læsus suam iniuriam remittat, pœna tamen crimini debita iure exigitur, cum vt ait Pomponius *in l. licitatio 9. §. quod illicitè, D. de public. & vectigalib.* alterum vtilitas priuatorum, alterum vigor publicæ disciplinæ postulet, & Deus ipse quamuis orante Mose, & iniuriam à sorore, Maria acceptam condonante, ipsi indulsisset, eam tamen septitudana lepra, & à castris separatione puniuit, vti habetur *Num. cap. 12. Porrò*, inquit Saluianus *lib. 1. de prouidentia, vt inexorabilem in quibusdam agnoscamus formam diuini esse iudicij, ne* 4

illius

illius quidem intercessio, qui læsus fuerat, indulsit: quamuis itaque priuatus læsus nullam actionem aduersus reum instituat, vel omnia indulgeat, Magistratus tamen potest agere in vindictam iniuriæ reipublicæ illatæ, eaque cura mandata est procuratori generali regio, eiusque substitutis, atque in inferioribus dynastiis siue iurisdictionibus subalternis, qui dicuntur Procuratores fiscales, quod fusiùs ostendit Carolus de Grassalio *lib.* 1. *Regalior. Franc. iure* 7. *pag.* 73. & alij. Hinc vides vnam ex istis pœnis remitti aut minui posse, altera perstante.

5 Obserua ad extremum immutationem, diminutionem, augmentum, & denique condonationem pœnarum fieri posse vel à supremo principe, vel ab inferiore magistratu & iudice, de vtroque nobis agendum hoc loco est.

6 Atque imprimis quod attinet ad supremi iuris principem: Aio principem supremo iure veniam criminum & delictorum indulgere posse, loquor autem de venia criminis, & pœna commerita, non de iure tertij quod à reo reparandum est, de eo enim dicetur inferiùs.

Hæc assertio communis est, & supponitur à iure dum eam facultatem negat aliis *l. relegat* 4. *D. de pœnis. Nemo potest commeatum, remeatumve dare exuli nisi Imperator.* & *l. ad bestias* 31. *D. eod.* etiam fauore populi damnatum ad bestias non posse dimitti à præside principe inconsulto. Eaque concors est omnium sententia & praxis quam passim probant quia princeps legibus solutus est *l. princeps* 10. *D. de legib.* ideóque Seruius *ad librum* 11. *Æneid.* ait Imperatores & Virgines Vestæ sepulchra habuisse in ciuitate quòd legibus non tenerentur. Verum legem illam tum Harmenopulus tum alij, exponunt de legibus pœnalibus quibus principes illi non subiiciuntur, quod & dixit Ambrosius in Apologia Dauidis, & Gregorij.

Difficultas tamen gemina est. Prima an hic Princeps possit eiusmodi veniam concedere homicidæ, aliisque reis pro arbitrio facere, & sine causa, quia obligatur iure diuino, & ex iustitia legali punire reos, cùm ipse Deus ita de homicidio imperet *Genes.* 2. *Quicumque effuderit humanum sanguinem, fundetur sanguis illius. Exodi* 21. *Qui percusserit hominem volens occidere, morte moriatur.* & ibidem, *is qui percusserit patrem suum, aut matrem suam, morte moriatur. Deuteron. cap.* 19. *morte morietur, non misereberis eius.* De maleficis autem *Exodi* 22. 18. *Maleficos non patieris viuere:* & *Deuteron.* 18. 10. *nec sit maleficus.* Et primò quidem illo loco Genesis non tantum qui propria manu commisit homicidium, sed etiam qui illud mandauit, iubetur occidi, in Hebræo enim habetur, *effundens sanguinem hominis in homine, sanguis eius effundetur.* In homine, id est, per hominem. Denique *Deuteron.* 18. *vers.* 10. 11. qui ariolos sciscitantur, somnia obseruant, atque auguria, incantatores, & qui pythones & diuinos consulunt, qui quærunt à mortuis veritatem, & denique qui lustrant filios aut liberos per ignem, abominatur Deus, & propter eiusmodi scelera se deleturum eos minatur. Lustratio porrò illa per ignem fiebat vel ipsos liberos comburendo, vel dumtaxat illos per flammas ritu quodam ducendo & expiando, vtrumque enim fert vox Hebræa, vti obseruat Grotius in illud Deuteronomij caput; atque vtrumque vsurpatum docet multis Lorin. *Leuitici* 18. 21. *Deuteron.* 12. 31. & *cap.* 18. 10. initio quidem combustio, & sacrificium liberorum, ex Sanchoniate apud Euseb. *lib. de præparat.* initium duxit.

Ex hoc Phœnicum Regis facto, qui & Saturnus est, ille enim vt bellum, quo laborabat prouincia, auerteret, filium vnigenitum regio ornatu in ara immolauit, indéque cœlo consecratus nomine stellæ Saturni, & illi simili liberorum sacrificio litatum deinceps, sed sæuissimus ille mos tandem temperatus est, vti in aliis quibusdam contigit: quæ omnia demonstrat Voss. *lib.* 1. *de idololatria, cap.* 18. & Grotius *in cap.* 18. *Deuteron.* & nos alibi in Theologia nostra symbolica. Verùm vtrumque ritum siue cremationis, siue lustrationis dumtaxat, abominatur Deus, & qui illum vsurpant puniri vult. Quare in istis criminibus parcere non posse principem supremum licet, videri poterit, cùm in iure diuino nequeat dispensare. Et sanè Deus homicidam voluntarium etiam ab altari mandat auelli *Exodi* 21. 14. Salomon Ioabum in ipso tabernaculo ad quod confugerat, occidi mandat 3. *Regum* 2. 29. mater Pausaniæ Græciæ proditoris ipsum obstructis templi ostiis quo confugerat, fame mori coegit, ex Plutarc. in Pausan. Ælian. *lib.* 9. *histor. cap. vlt.* & Diodoro *lib.* 11. apud Senecam *in Hercul. furent. actu* 2.

Nullus eripiet Deus,
Te mihi.
Congerite syluas, templa supplicibus suis,
Iniecta flagrent.

Similia videbis in Euripide apud quem Hermione minatur se Andromacham igne admoto ab aris fugaturam, obseruatque Scholiastes eo loco moris fuisse ad aram confugientibus ignem admouere, *τοῖς εἰς βωμὸν καταφυγοῦσι πῦρ προσφέρειν.* Quibus similia dabit Delrio in Senecæ locum allatum, & Turneb. *lib.* 9. *aduersa. cap.* 12. eiusque moris eam causam ne crimen quod Deus ipse puniri iubet, impunitum ipsius numinis religione ac præsidio relinqueretur, & simul ne loci sacri, ad quem rei confugerant sanctitatem violarent, ideo non vi iniecta ab homine extrahi, sed ignis violentia videri voluerunt. Ita omnibus persuasum fuit quædam atrocia crimina sine pœna relinqui non posse, & multo minus spontanea venia indulgeri. Hodie assassini qui proditores alios occidunt non gaudent immunitate loci sacri, qua de re nuper tractatum eruditum & accuratum edidi. Denique *illo Deuteron. cap.* 19. *vers.* 13. Deus addit; *Non misereberis eius*; quod aliæ editiones ex Hebræo habent, *non parcet oculus tuus.* & LXX. *οὐ φείσεται ὁ ὀφθαλμός σου ἐπ' αὐτῷ*: qua simili vtitur Deus *eodem Deuter. lib. cap.* 7. 16. & *cap.* 13. 8. vt significet nulla miseratione & condonatione vtendum. Et *Ezechiel.* 5. 11. *Ego confringam & non parcet oculus meus, & non miserebor.* Et *cap.* 7. 3. & 4. *Nunc finis super te, & immittam furorem meum in te, & iudicabo te iuxta vias tuas, & ponam contra te abominationes tuas, & non parcet oculus meus super te, & non miserebor, sed vias tuas ponam super te, & abominationes tuæ in medio tui erunt.* Apparebunt scilicet, & manifestæ fient omnibus ex irrogata pœna. Sæpius alias vsurpatur similis loquendi modus ad significandum non modo misericordiam negandam, sed etiam externo signo id demonstrari, dum ex animi commotione clauduntur, aut auertuntur oculi, quod ostendit quoque pluribus exemplis Pradus *in cap.* 5. *Ezechiel. vers.* 11. Ratio est, quia oculi sunt maximè indices omnium affectuum animi, & quid animo lateat demonstrant. *Res externas*, inquit Pineda, *in Ecclesiast. cap.* 2. 10. *suo veluti lumine contingunt & præparant. Ad cor recedentes illud alliciunt; cum rebus ipsis id conciliant, conglutinant, intercedunt, mediant.* Itaque sunt veloti

luti patarij, & vt loquitur Basilius *lib.de vera virginitate*, patarij, & pronubi: & Saluian. *lib.3. de pronid. Cuniculi quibus in animum penetratur.* Non potuit igitur Deus illustriùs suam in hæc scelera indignationem significare, quàm cum ait se nequidem oculis parciturum, aut benigno aliquo affectu einsmodi reos dignaturum.*cap.13. Deuteron.5.* iubet Prophetam & somniorum fictorem, qui ad idololatriam incitat, interfici. *Interficietur*, inquit ἀποθανεῖται, morietur; & rationem reddit, *auferes malum de medio tui.* ἀφανιεῖτε τὸ πονηρὸν ἐξ ὑμῶν αὐτῶν, exterminabitis, eliminabitis, excindetis, immò succinderis, ac in nihilum redigeris, id enim sonat ἀφανισὸν ἐκ ἀφανίζειν. Malum verò vel in neutro sumitur, vel masculino pro homine scelesto qui ex medio populi eliminandus est, ne in ruinam cæteros impellat, aut illis suo scelere perniciem crearet quod periculum obstringit principes ad vindictam erimmum, & liberam indulgendi facultatem illis minimè permittit. Hanc verò ablationem mali quæ sæpius in Deuteronomio vsurpatur *cap. 17. 7. 12. cap.19.13. cap.22.21.22.23.24. cap.24.7.* & etiam apud Paul. *1.Corint.5.13. Auferte malum ex vobis,* interpretatur August. *lib.2.retractat.cap.17.* capitale supplicium: neque etiam necessitudine coniunctissimis qui idololatriam suaserint condonandum esse vult Deus, sed fratres, liberos & vxores statim interficiendos *eod. cap.13. Deuteron. 8. Neque parcat ei oculus tuus, vt miserearis, & occultes eum, sed statim interficies.* Non meminit quidem patris & matris, quos huius crimines reos liberi interficiant, vnde nata est ea de re controuersia, vtrum id licitè præstare possint, quam versat Abulens. *in illud cap.43.* & alij quos dabit Lorin. *ibid. in comm.* Quo igitur iure Princeps cui suas vices in scelerum punitione Deus credidit, veniam dabit criminibus, quam Deus ipse & negat, & negandam præcipit, nunquid hæc iniusta fuerit misericordia, vti fusè & eleganter prosequitur, Ambrosius *in Psalm. 118. serm.8. in litteram* ה *v. 2.* exemplo Saülis qui miseratus est Agag Regem, quem prohibuerat diuina sententia seruari, & eius qui latronis filiis deprecantibus, & eius coniugis lachrymis motus, absoluendum illum putat, & iudicis qui inter duos, hoc est, accusatorem & reum pari periculo decernentes, alterum si non probasset, alterum si esset ab accusatore conuictus, non id quod iustitiæ est sequitur, sed dum miseretur rei, damnat probantem, aut dum accusatori fauet qui probare non possit, addicit innoxium, denique pluribus docet quàm iniusta sit illa aduersus facinorosos clementia, & reipublicæ noxia, atque ipsi Ecclesiæ importuna, quia cum vni indulget indigno, plurimos facit ad prolapsionis contagium prouocari, facilitas enim veniæ incentiuum tribuit delinquenti. Medicus ipse si serpentis interius inueniat vulneris cicatricem, cum debeat reserare vulneris vitium, ne latius serpat, tamen à resecandi, vrendique proposito lachrimis infleaus ægroti medicamentis tegat quòd ferro aperiendum fuit: nonne ista inutilis misericordia est si propter breuem incisionis, vel exustionis dolorem corpus omne tabescat, vitæ vsus intereat. Vnde colligit Ambrosius Sacerdotes quasi bonum medicum rectè vulnus à toto corpore Ecclesiæ, ne latius serpat abscindere, & prodere virus criminis quod latet, non fouere, ne dum vnum excindendum non putat plures faciat dignos quos excludat ab Ecclesia, atque ad omnis grauiora crimina trahi potest, quod de hæresi dixit Tertullianus *cap. 2. Scorp. Ad officium hæreticos compelli non illici, dignum est. Iniuria vincenda est, non suadenda.*

In contrarium est commendata omnibus, maximéque Principibus clementia cuius laudes tum Seneca in libris quos de illa scripsit, tum cæteri passim prosequuntur, vt nihil attineat in eas hoc loco digredi, & in crudelitatis & feritatis in exigendis suppliciis etiam reorum ferociam inuehi, quod Iouinin. Pontan. *lib. de immanitate cap. 5.* aliive præstiterunt. Vt igitur hæc omnia explicemus. 7

Obserua clementiam esse lenitatem in constituendis pœnis in illo qui illas statuere potest, vel inclinationem animi ad lenitatem in pœna exigenda, vel moderationem aliquid ex merita & debita pœna remittentem. Itaque clemens tum aliquid rigoris quem in nocentem exercere posset, remittit, tum aliquando totum indulget, & veniam facit, vbi tamen honesta ratio ita postulat aut suadet variis expensis sceleris admissi circumstantiis, & rei totius momentis. Quare clementia versatur circa moderationem supplicij vel pœnæ, eiusque aliquando condonationem, in eoque differt à mansuetudine quæ versatur in moderatione iræ, quæ idcircò sunt diuersæ, & distinctæ virtutes, quod malè negauit Henricus Krobe *in 4. Ethic. tract. 5. quæst. vnic. dub. 2.* & Martinus de Magistris *quæst. 1. de mansuetudine*, qui malè S.Thomam interpretantur *2. 2. quæst.157. art.1.* dum ait, *clementiam esse moderatiuam exterioris punitionis, mansuetudo autem propriè diminuit passionem iræ:* quæ verba ita intelligunt DD. citati, quasi S. Thomas voluerit vnam ex his duabus virtutibus esse circa actum imperantem, aliam circa imperatum, & exteriorem, qui duo actus non sufficiunt ad distinguendas virtutes circa illos versantes, quæ sanè non fuit Sanct. Doctoris mens, vti sapienter explicat Caietan. *in eum articulum*, voluit enim dumtaxat interdum mansuetudinem & clementiam coniungi in eodem numero effectu, nempe diminutione pœnæ exterioris, quæ fit ex animi lenitate, & clementia, tum aliquando ex iræ moderatione, sicut iustitia & liberalitas coniunguntur in effectu non furandi: potest enim quis ex amore alieni boni, vel ex moderatione cupiditatis pecuniæ non furari. Quare sicut materiæ iustitiæ & liberalitatis, ita clementiæ & mansuetudinis sunt disparatæ, & non subordinatæ nisi per accidens concurrant. Nam clemens est qui ex lenitate pœnas legalis mitigat intra iustitiæ latitudinem, mansuetus autem est qui medium in ira tenet, dum punit, vbi vides nullam esse subordinationem, aut imperij aut actus imperati connexionem, licet ambæ illæ virtutes in eundem effectum quandoque concurrant, quod apertè dixit, S. Doctor in litera, quam non explicant, sed obscurant aduersarij. Idem constat ex responsione ad secundum, vbi ait ex amore aliquem fieri promptum ad diminuendas pœnas, quod est clementiæ, ex odio verò impeditur talis diminutio, neque clementia idcircò est directè odij moderatio inquit S. Doctor: hæc porrò diminutio pœnarum quæ fit à clementia est conformis rationi, quando scilicet, quomodo & in quibus oportet fit, ideóque virtus est, vt fatur S.Thomas *quæst. cit. art. 2.* eodem modo seueritas est inflexibilis, & circa inflictionem pœnarum, quando recta ratio sic postulat, ideoque non opponuntur inter se seueritas & clementia, cum non sint circa idem proximè, scilicet, vt ibidem interpretatur Caietanus, quia propria materia clementiæ est pœna diminuenda, seueritatis autem pœna integrè infligenda. Neque dicas diminutionem pœnarum, quam clementia ponit, tolli per integritatem pœnarum,

narum, quam seueritas ponit, quia licet minuere pœnam, & integrè punire, absolute sumpta opponantur, & sint circa idem, minuere tamen pœnam, quando, vbi, & sicut oportet, & integrè punire, quando vbi, & sicut oportet, non opponuntur, quia idem non est, circa quod vtrumque est, quando oponet, nam quando oportet minuere, non oportet integrè punire, & vicissim quando oportet integre punire, non oportet minuere. Clementia igitur & seueritas non sunt circa idem punibile formaliter, hoc est in ordine ad rationem.

8 Obseruat prætereà S. Thomas *art. 2. cit. ad 3.* clementiam comparari ad seueritatem, sicut epieichia ad iustitiam legalem. Quamuis enim epieichia molliat aliquid de summo iuris rigore, ipsa tamen iustum seruat & æquum, sic clementia minuit grauitatem pœnæ, sed vt oportet, & cum ratione à qua non discedit, nam ista ratio & punitionis æquitas non consistit in indiuisibili, sed latitudinem quandam habet, vti in omnibus ferè moralibus contingit. Deinde epieichia differt à clementia, vt ait S. Doctor *art. 3. ad 1.* nam epieichia in hoc casu diminuit pœnas secundum mentem Legislatoris, licèt non secundùm verba legis; clementia est moderatio affectus ne quis vtatur tota sua potestate in infligendis pœnis, siue vt ait Seneca *lib. 2. cap. 3.* est temperantia animi in potestate vlciscendi, quæ moderatio prouenit ex quadam animi teneritudine qua quis auersatur illud quod alium malè afficere potest, estque, vt ait ibidem Seneca, lenitas animi.

9 Notandum denique est discrimen inter clementiam, & veniam, nam clementia non est, si propriè loquamur, remissio pœnæ debitæ, sed illius diminutio, reducendo illam ad æquitatem debitam; venia vero est, inquit Caietan. donatiua pœnæ debitæ, ita vt nec iustitia communis, nec æquitas excuset quod illa pœna non sit debita. Quod idem dixit Seneca *lib. 2. de clement. cap. 6. & 7.* ignoscit enim illi quem punitum oportuit, ideoque de illa potissima controuersia esse debet, an venia vitiosa sit cùm videatur cum iustitia naturali pugnare, ideoque vitiorum impunitas in principe sæpius reprehendatur, vti nuper referebamus ex Ambrosio in *Psalm.* 118. quibus similia habet Lactantius *lib. de ira cap.* 18. cuius est illud; *Quisquis intempestiua lenitate, vel sæpiùs quàm necesse sit, vel etiam semper ignoscit, is planè & illorum vitam perdit, quorum audaciam nutrit ad facinora maiora, sibi ipse æternam molestiarum materiam subministrat.* Vide Petrum Damianum *opusc.* 57. ipsúmque Senecam *lib. 1. de clement. cap. 2.*

10 His itaque obseruatis totam istam controuersiam sic definio, imprimis itaque princeps supremus, de eo enim dumtaxat modo loquimur, potest pœnas legibus humanis constitutas condonare, minuere & commutare. Ratio est quia princeps ille potest eas leges refigere, & abrogare, interpretari aut mutare vti ex alibi dictis ex communi sententia supponimus, potestque illi suppetere aliqua ratio cur prudenter ita faciat.

11 Secundò potest etiam princeps pœnam omnem sceleri alicui debitam condonare, atque illius veniam dare, quia prudens æque ratio pro bono communi, vel aliqua alia causa persuadere id poterit in aliquo casu, cogiturque nonnunquam princeps etiam inuitus scelera aliqua tolerare, & commeritas pœnas non exigere, neque sanè omnibus criminibus pœnas statuere leges, & non nisi grauioribus quæ etiam in singulari aliquo casu, & persona princeps prudenter non puniet, aut etiam condonabit.

Tertiò non potest princeps sine peccato, & culpa veniam grauiori sceleri facere, condonata omni culpa quoties in periculum reipublicæ offensionem, & scandalum eiusmodi venia verget, vel nulla recta ratio persuadet eiusmodi veniam hic & nunc faciendam esse, quia clementia, vti diximus, est diminutio pœnæ, quando oportet secundùm rectam rationem, alioquin peccat contra iustitiam legalem, quæ debitas pœnas criminibus infligi postulat. Potiori verò iure violabitur æquitas naturalis si venia, & plena condonatio scelerum fiat sine prudenti aliqua ratione, temerariò, & pro animi stulta libidine, vnde fit vt in nostra Gallia veniæ principales in capitali iudicio vim non obtineant, nisi à regiis magistratibus examinatæ & probatæ fuerint, ne quid per subreptiones, & obreptiones obtentum fuerit à Principe, & sæpius eiusmodi veniales criminum codicilli, reiiciantur tanquam malè impetrati, & rei puniantur. Dixi à regiis iudicibus probari & examinari debere hos codicillos, non ab inferiorum Principum, & dynastarum magistratu, vti demonstrat Chopin. *lib. 2. de doman. tit. 7. num.* 20. etiamsi cœptæ coram minori iudice accusationi inciderit tale diploma, ex edicto Molin. anno 1566. art. 35. & decreto Senatus die 11. Iulij anno 1416. quod secus contingit in ciuili restitutione in integrum quæ à principe data interuenerit pendenti coram procerum iudicio controuersiæ. Hæc enim vnius sententia iudicis cum prima lite terminatur. Venia quoque principalis, & indulgentia commissi sceleris ab innocentiæ rescriptis, cuius enim copia libera fit insontem se, & criminis expertem cuicumque adprobandi, apud quem fuerit accusatio instituta, qua de causa Senatus censuit Attebatici Comitis Iudicibus licere diplomatis innocentiæ cognitionem præoccupare. Arresto die 12. Ianuar. an. 1516. quod refertur *in stylo Parlamenti, Arrest. part.* 7. Rationem discriminis reddit Choppin. quia hæc innocentiæ rescripta verius excitant magistratus officium, vt de reorum capite prudenter iudicet, quàm vt nouam tribuere iurisdictionem principi, aut ad eum causæ cognitionem transferre videatur. Vides autem ex his quam prudenter se gerant nostri principes in venialibus criminum codicillis concedendis, cum illos à suis deinde magistratibus examinari & approbari velint, atque etiam aliquando reiici patiantur, volunt siquidem ita parcere, vt neque suam conscientiam, neque iustitiam lædant. 12

Quartò sunt nonnulla eius generis, adeòque impia, & atrocia facinora, vt illorum veniam omni pœna debita condonata facere vix possint supremi principes absque periculo, vel damno reipublicæ, & prudenti aliqua ratione ducti, atque adeò quin in illa indulgentia peccent; quare subreptitiæ eiusmodi veniæ præsumi possunt, cuiusmodi esse maleficiorum & sortilegiorum crimen, ostendit Delrio *lib. 5. disquis. sect. 16. & in anacephalæosi, monit. 3. & 4.* idem de assassinatu aliqui dicunt. 13

Quintò etiam in grauissimis illis criminibus, in quibus non est locus veniæ, poterit tamen esse locus clementiæ, hoc est poterit clemens prudenter minuere pœnas vel constitutas à lege, vel ipsi principi arbitrarias, si id faciat cum bono reipublicæ, quod rarius omninò continget. Quod in illo ipso crimine sagarum & maleficarum probat Delrius *proximè citata sectione* 16. ex Gerson. *lib. de examin. doctrin. littera O. sub fin.* dum agit de processu cuiusdam 14

iustam mulieris Burgi in Brescia detentæ ; coram Lugdunensi Clero recitato, anno 1424. *Fingebat illa se esse unam de quinque fœminabus missis à Deo compassivè pro redimendis innumeris animabus de inferno.* Pergit deinde eius præstigias explicare, ait indicatum esse à Doctis ad pœnitentiam eam admittendam. Vnde etiam colligit Delrio pœnitentiam voluntariam promptam & spontaneam confessionem, esse occasionem minuendæ pœnæ, & lenioris infligendæ etiam in hoc crimine, quod tamen Deus quondam morte plecti mandarat.

15 Sextò igitur dicendum est diuina illa præcepta quibus certis quibusdam flagitiis certæ pœnæ, etiam capitis constitutæ sunt, & prohibitum ne eiusmodi sceleris reis parceretur, cù n essent iudicialia, cessasse Christi morte, & noua lege Christiana promulgata ; vti de omnibus præceptis iudicialibus docent S. Thomas 1.2. *quæstion.* 104. *art.* 3. & Vasquez 1. 2. *disputat.* 180. *cap.* 2. Suarez *lib.* 9. *de legibus cap.* 11. & passim omnes Theologi ; estque aperta ratio quam indicat S.Thomas, quia reipublicæ cui latæ fuerant illæ leges, status mutatus, & per Christum sublatus est, ideoque quæ ad aptam illius gubernationem sancita fuerant cessasse oportuit. Quamuis igitur scelera quæ puniri mandat Deus, punienda sint, ea tamen obligatio non oritur nisi ex lege & æquitate naturali, non verò ex lege quam Deus Iudaicæ reipublicæ tulerat, cum ea iir abrogata, neque consequenter in ea sancitæ pœnæ, necessariò illis criminibus imponendæ sunt. Quare licet grauissima supplicia mandasset Deus adulteriis, aliisque illicitis concubitibus qui enumerabitur *Leuitici* 20. *à versu* 10. ea omnia non seruantur hodie, neque à Dauide in filium Ammonem, qui sororem Thamar vi oppresserat seruata sunt ; 2. *Regum cap.* 12. qui neque etiam Abialonem qui fratrem Ammonem occiderat, capite puniuit, cum tamen Deus ita sæpius mandasset, *Exodi* 20. 13. *& cap.* 21. 12. *Numerorum cap.* 35. 16. 17. 18. 30. *Deuteronom. cap.* 5. 17. *& Leuit. cap.* 24. 17. atque aliis locis initio relatis, videturque Christus, vt ibidem obseruauimus, idem supplicium in homicidium probasse cum tamen sæpius à sapientissimis ; piissimisque Principibus condonari videamus, quando ita ratio prudens persuadet, quamuis omnia fusi humani sanguinis summam vltionem postulare videantur, ipsæque Sanctorum animæ sub altari vindictam de suis occisoribus petant, *Apocalyps.* 6. 9. & clementissimus Dauid *Psalm.* 78. 10. ipsa etiam animantia, nam grues Ibyci interfectores prodiderunt, apud Plutarch. *de garrulit. & surdit.* Hyrundines Bessum occisorem patris sui, ex Plutarch. *de sera numin. vindict.* ipsumque cadauer occisi demonstret præsentem occisorem noua sanguinis effusione, cuius rei causam varij inquirunt. Denique Philo vocat hoc scelus *lib. de specialibus legibus,* non ἀνδρεφονίας, sed ἱεροσυλίαν καὶ ἱεροσυλίων τὴν μεγίστην : sacrilegiorum maximum quod tollat viuam & exsculptam Dei imaginem, ideò vocat homicidam ἀσεβῆ, καὶ ἀνοσιουργὸν ἀνοσιουργημάτων, καὶ ἀσεβήματων τὸ μέγιστον δρῶντα : Impium & sceleratum, scelerum, impietatumque scelus, ac impietatem maximam patrantem, plures commeritum mortes, si illas subire posset, διὰ τὸ τὰς τιμωρίας ἀδύνατον εἰς πλῆθος μὴ πεφυκέναι ἐπαύξεσθαι : negandam ipsi asili prærogatiuam, & ab ipsis aris abstrahendum, & præconis voce pronuntiandum ἀνοσίας ἀπιέναι τὸ ἱερὸν μὴ παραχωρεῖν ; hominibus nefariis & sacrilegis ius asili locum sacrum non

præbere ; & tandem addit legem non pati vt isti scelerati pecuniis, vel exilio luant, quod capite luere debent, sanguinem expiandum esse sanguine ; indignum posteritate qui sustulit eum ex quo quo alij gigni poterant. Hoc aliqui putant innui illis verbis Genesis 4. 10. *Vox sanguinis tui clamat ad me.* Hebræi enim habent *vox sanguinum*, & Paraphrastes reddit, *Vox sanguinis generationum quæ futuræ erant successuræ a fratre tuo clamat coram me de terra.* Denique rei peractæ cædis, donec iudicium finitum foret, foro, sacris, & colloquio prohibebantur, teste Pollux. *lib.* 8. & Lysia. *oratione contra Antigenum.* Sybaritis qui cytharœdum ad aram Iunonis occiderant Delphicum oraculum templo interdixit, in quo sanguis tanquam ex perenni fonte fluere videbatur, ex Æliano *lib.* 3. *variar. histor. cap.* 42. quæ cæteraque inferius afferenda, ostendunt quidem grauitatem huius sceleris, & quod rariùs & difficilè condonandum, aut dissimulandum sit, non tamen eiusmodi nunquam reperiri casum, aut rationem quæ eiusmodi condonationem, vel non punitionem persuadeat, aut patiatur, vbi omnia causæ momenta matura & diligenter expensa fuerint. Quod idem de aliis sceleribus dicendum erit.

Septimò vbi dubium fuerit an concedenda venia, vel pœna minuenda sit, expensis vtrinque rationibus inclinandum erit in meliorem partem, ne nobis, quod Scyllæ Lucanus, exprobretur. 16

—— *Nimis iam putridis membra recidit ;*
Excedit medicina modum, nimiumque secuta est
Qua morbi duxere manus.

Sapienterque monet Seneca *lib.* 1. *de clementia cap.* 2. Claudo Cassiodori *libro* 3. *epistol.* 46. verbis : *Materia est gloriæ principalis delinquentis reatus : quia nisi culparum occasiones emergerent, locum pietas non haberet ; quid enim salubris ordinatio gerat si morum pietas cuncta compenat ; arida siccitas madentis pluuiæ beneficium expectat; Salutiferis medentium manibus nisi infirma valetudo non indiget: Sic dum imbecillicati succumbitur, conuenienter remedia tribuuntur. Quapropter casibus asperis præstandum est sub iustitia laude moderamen, vt nec vindictam finamus superare peccata, nec culpam insultare patiamur legibus impunitam.* Addam & Plinij *lib.* 8. *epistol.* 20. monitum de modo seruando in aliis castigandis. *Optimum & emendatissimum existimo, qui cæteris ita ignoscit tanquam ipse quotidie peccet; Ita peccatis abstinet, tanquam nemini ignoscat. Proinde hoc domi, hoc foris, hoc in omni vitæ genere teneamus, vt nobis implacabiles simus, exorabiles istis etiam qui dare veniam nisi sibi nesciunt, mandemusque memoriæ quod vir mitissimus, & ob hoc quoque maximus Thrasea crebrò dicere solebat, qui vitia odit, homines odit.*

Octauò Princeps supremus nequit cum damno tertij reo parcere, aut pœnam quæ in compensationem damni illati infligitur condonare, vel diminuere, nisi vel ipse damnum illud aliunde resarciat, vel bonum publicum ita postulet, & eo casu tertius ille teneatur bonum publicum, cum suo etiam damno curare, vel denique læsus consentiat, & suam iniuriam & damnum remittat, aut imminuta satisfactione & compensatione contentus sit. Itaque omnino caueant Reges Christia- 17

Christianissimi in venialibus suis codicillis, quibus iuri tertij nunquam derogatum esse volunt, ideoque examinandos probandosque mittunt ad magistratus, vt citatis illis quorum intererit, iisque auditis de acceptanda venia, & an legitimè obtenta fuerit, pronuntient. Hinc illud quoque volunt Imperatores Valentinianus, & Valens in *l. fin. C. de abolitionibus*, dum negant abolitionem falsæ accusationis dandam, immò nequidem petendam esse, *nisi ille qui passus est*, ratione videlicet eius accusationis, suum consensum *ad petendam abolitionem accommodauerit.* Et Anastasius *l. fin. C si contra ius, vel vtilitat. public.* monet omnes iudices, *vt nullum rescriptum, nullam pragmaticam sanctionem, nullam factam annotationem, quæ generali iuri, vel vtilitati publicæ aduersa esse videantur, in disceptationem cuiuslibet litigij patiantur proferri.* Ratio nostræ conclusionis est quia princeps nulla potestate potest tollere ius tertij ipso inuito, nisi fauore boni publici, quod ita fieri postulat. Quod passim tradunt omnes. Vide Menoch. *lib. 1. de arbitrar. quæst.* 8. & Sarmient. *lib. 1. selectar. interpretat. cap.* 8. Ex quibus plurima colligit. Nam primò filium legitimatum à Principe sine voluntate testatoris non excludere substitutum, qui vocatur sub conditione, si sine liberis decesserit, quia princeps non potest efficere, vt ille qui vocatus non est, admittatur ad successionem, aliumque vocatum cui iam ius quæsitum est, excludat. *l. fideicommissum; D. de conditione & demonstration.* & *l. si ita quis; §. si cui tempus. D. de legat.* 2. Itaque magno numero tenent Doctores relati à Tiraquell. *in l. si vnquam. C. de reuocand. donat. num.* 99. licèt pauciores aliquid contrarium voluerint, quos ibidem adduxerat Tiraquellus *num.* 84. accedit & illa ratio, quod vbi dispositio testatoris aliquid non comprehendit, effici non potest vt ex futuro euentu, & ex postfacto, nulla voluntate testatoris interueniente, comprehendatur, vt significatur *l. penult. §. fin. D. de auro & argento legat. l. cætera. §. sed si paranis. D. de legat.* 1. *& l. insulam. D. verb. obligat.* vbi stipulationis status, cuius dies certus in exordio fuit, ex postfacto non mutatur, ita dispositio testatoris ex his quæ postea accidunt, immutari non potest.

Colligit secundò Sarmient. *num.* 13. rem prohibitam alienari à testatore fauore familiæ, non posse iussu & venia Principis distrahi; nempe sine graui aliqua causa quæ illi fauori familiæ quem intendebat testator præferenda sit, *l. testamentum. C. de testament.*

19 Colligit tertiò, *num.* 15. quomodo intelligendum sit vulgare dictum, ea quæ iuris ciuilis sunt mutari, & tolli posse à Principe, *§. sed naturalia*, & *§. sed quod Principi placuit. Inst. de iure natur. gent. & ciuil.* nempe legem vnam ciuilem per aliam legem ciuilem generalem mutari & tolli principis voluntate posse, sed sine præiudicio alterius & iuris iam illi quæsiti, sine graui causa quam descripsimus, vt *l. 1. D de constit. princip.* quia Principi quidem subiectæ sunt leges, non tamen contractus, vt ait Baldus *in rub. de natura feud.* quare licèt leges contractuum, & testamentorum mutare possit princeps, non tamen contractus & testamenta iam facta: poterit etiam tollere præscriptiones, non tamen rem & ius mihi iam præscriptione quæsitum.

20 Colligit quartò quoties vt princeps possit alicuius rei iuri præiudicare, requiritur aliqua causa, vti ordinatiè requiri constat ex dictis, toties exigi vt causa illa monstretur & probetur, illudque vulgare dictum, semper præsumi, principem habere iustam causam, intelligendum est quando non agitur de præiudicio tertij; immò & in illo casu peccat dispensando sine causa, licet enim nulli tunc fiat præiudicium, fit tamen reipublicæ, cuius interest omnes iisdem legibus vti, verum quidquid statuatur de eo casu, certum est vbi de alicuius præiudicio agitur, debere constare de causa, neque eam præsumi, licet exprimatur, vti habet Decius *in cap. quæ in Ecclesiarum, num. 27. de constitutionibus.* Fauetque Clementina *pastoralis, de re iudicat.* Et sanè frustra requireretur causa si de ea nunquam esset quærendum. Quare si res deinde in iudicium deducatur, probatio causæ erit omninò necessaria.

Colligit denique nequidem de plenitudine 21
potestatis posse principem præiudicare iuri alterius sine aliqua causa, cum etiam sua illa absoluta, & plena, vt loquuntur potestate, princeps sine causa vti non debeat, alioquin imprudenter & temerariò facit. Vide Couarru. *lib. 3. variar. cap. 6. num.* 8.

Causa porrò propter quam princeps iuri 22
alterius derogare potest, atque etiam testatorum, aliorumque voluntates & dispositiones immutare, ea est quæ vel publicam vtilitatem, vel pietatem respiciant; vt *eodem cap. num.* 21. prosequitur Sarmiento, & nos in opusculo de illa mutatione vltimarum voluntatum fusiùs dicemus.

Atque ex his tandem probata manet nostra 23
conclusio non posse principem sine causa condonare crimina, & remittere diminuereve pœnas illi debitas cum præiudicio & damno eius qui læsus est ipso inuito. Posse tamen causa publicæ vtilitatis, verbi gratia, pro bono pacis, parte licet repugnante & non concordata, vt loquuntur. Ita Panormitan. *in cap. 1. notabili 1. de parrochiis*, cum aliis iuris vtriusque consultis, quos adducit & sequitur Fragosus *1. parte de regimine, lib. 4. disp. 11. §. 1. num. 252. & 253.* Obseruat tamen sapienter *num.* 254. vbi Princeps suis Codicillis remittit pœnas, & interesse, *non intelligi velle præiudicare parti*, nisi id exprimatur, ad quod, vt dixi, opus est vrgenti causa. Non loquor autem de præiudicio fisci, quod indulgere sponte potest princeps & pœnam illi applicandam, verbi gratia, bonorum confiscationem, laxare; sed de pœna debita parti in compensationem quam læso inuito negare, aut tollere nequit, neque id velle præsumendum est, nisi id desertè exprimat, & causa appareat. Ita Chassan. *in consuet. Burgund. titul. des instances, §. 5. glossa. S'il n'a grace, num.* 163. Boërius *quæst. 65. num.* 3. Rebuff. *in praxi fol.* 164.

Nonò gratia & venia delicti facta à Principe eo 24
modo quo diximus hactenus, non extenditur ad delicta futura, aut commissa post veniæ concessionem, etiamsi verbis generalibus concessa fuerit; alioquin damnosa esset publicæ rei, audaciores enim ad delicta committenda faceret: quare Iulius Clarus *in praxi, quæst. 59. num. 10. & 11.* monet non esse indulgendum illi qui post obtentam veniam, ante illius publicationem nouum facinus admittit. Quia quamuis dolos præteritus possit remitti, non tamen dolus de futuro remittendus

mittendus est *l. strictius*, §. *Caio. D. de liber. legat.* Sic etiam qui peccat spe gratiæ obtinendæ, eius beneficio frui non debet, neque esse impunitus qui ea spe ad peccandum audacior factus est. Ita Benedictus *in cap. Raynutius*; *vers. mortuo itaque testatore*, *num.* 111. & Mastrill. *de indulto generali cap.* 6. *num.* 6. & 7. quare eum qui peccauit spe obtinendi Iubilei non posse vi illius absolui putant Anton. 1. *part. titul.* 10. *cap.* 3. & Corduba *in summa quæst.* 22. veriùs tamen absolui illum posse, si nihil aliud obstet, dicunt idem Corduba *de indulgentiis quæstion.* 3. *proposit.* 3. Nauarrus *de iubil. notab.* 34. *num.* 4. & *cons.* 36. *de pœnitent. num.* 3. Syluester *verb. indulgentia quæst.* 30. & alij vulgo. Vide Fragosum *disp.* 11. *citat.* §. *anno* 271. vbi alia in hanc rem exempla congerit, sed quæ non vsque adeo certa sunt, quare illa omittere placuit ne in illis expendendis diutius immoremur, & longius disgrediamur.

25 Decimò quæritur an qui rescripto principali, veniam delicti obtinuit, recuperet simul bona quæ ratione illius delicti fuerant addicta fisco, ita enim plerique censent, eo quod beneficia Principis sint latiùs interpretanda, *ex l. vltim. D. de constitut. princip.* Alij verò negant, quia illa benignior interpretatio rescripti principalis, non debet cedere in damnum alterius, vti cederet hoc loco in præiudicium fisci cui illa bona debentur, cum & per eiusmodi indulgentiam sola pœna corporea remittatur. Mihi cum Fragoso dicendum videtur *num.* 281. expendenda esse verba rescripti, & ex illis colligendum quænam fuerit illius voluntas, & an suam veniam ad omnem pœnam siue corpoream, siue bonorum, & fortunarum extendi voluerit & suis bonis restitui reum, vti velle potest, qua eadem ratione soluenda quoque est illa alia quæstio, an cùm vniuersalis, & plena, vt loquuntur, est illa indulgentia, trahatur ad omnia bona etiam ante sententiam, & confiscationem. Et primo quidem certum est trahi ad bona confiscanda. Secundò si princeps restituat reum in integrum, vel in statum pristinum in quo erat ante delictum commissum, illi sunt restituenda omnia bona quæ retinentur apud fiscum, infamiáque omnis abolita est. Ea tamen bona quæ sunt à Principe in alium translata, siue titulo oneroso, siue gratuito, non præsumuntur restitui nisi id princeps exprimat, quia restitutio à Principe concessa non extenditur ex communi doctrina ad bona iam alienata, & tertio tradita, quia actus non retrotrahitur in præiudicium tertij. Tertiò si bona illa à tertio possessa restituerentur reo per indulgentiam principis, poterunt bonorum emptores de illo pretio fiscum conuenire, quatenus fiscus factus fuerit ditior ex illis. Quartò iste restitutus non poterit repetere fructus medio tempore perceptos antequam restituantur, quia cum eiusmodi bona fuerint per delictum & culpam alienata, & possessor iure illa tanquam sua possederit, illorum quoque fructus suos fecit; nisi tamen hic reus tanquam innocens fuisset restitutus, quia illo casu malè fuerant alienata. Verum de his omnibus, & bannitorum restitutione, vide Fragos. *illo* §. 2. *disput.* 11. *citat.*

26 Quintò gratia & indulgentia simplex operatur remissionem pœnæ corporalis. Secundò patria restituitur. Tertiò non tollitur tamen infamia & macula honoris nisi exprimatur abolitio infamiæ. Quartò filius deportatus non redit in patriam potestatem, quamuis pœna deportationis indulgeatur. Quintò simplex restitutio non extenditur nisi ad expressa vel simpliciter, vel specialiter.

Vndecimò quamuis autem aliquando peccet 27 princeps nimia facilitate; aut imprudentia concedendo gratiam & veniam delictorum, validè tamen concedit, & qui illam obtinuit, modò neque dolo, & fraudibus, neque subreptione; aut obreptione fuerit vsus, tutus erit in conscientia, quando illa vtitur: nam si quod inde damnum læso contingat; Principis erit illud reparare, qui sua facilitate aut imprudentia reo condonauit, & proinde totum onus in se suscepit. Quid verò reddat gratiam subreptitiam, fusiùs disputat Fragos. 1. *parte lib.* 4. *disput.* 11. §. 3. quem adi, & nos ipsos in scientia canonica, vbi huius controuersiæ doctrinam vniuersalem tradimus.

Duodecimò ad extremum obseruo aliquos Gal- 28 los iurisperitos discrimen constituere inter remissionem, veniam, & gratiam. Rescripta siquidem & diplomata remissionis dantur pro criminibus dumtaxat capitalibus, & sigillantur viridi cera filis sericis alligata, Gallicè dicimus, *seellé en cire verde, & laqs de soye.* Venia datur pro sceleribus quæ pœnam quidem corpoream commerita sunt, non tamen capitalem. Codicilli eiusmodi signantur gemino nexu cera flaua, *lettres seellées sur double queuë en cire iaune.* Gratia demique nomen est vniuersalius quod tum remissionem, tum veniam comprehendit. In iure verò Romano rescriptum Principis ad preces sibi oblatas pro obtinenda venia, dicitur adnotatio, quia suam voluntatem Princeps in libello oblato adnotabat. Hanc adnotationis significationem colligimus ex Nouella Valentinianiani *de homicid. casu facto*, & *ex l. non aliter* 9. *Cod. de palat. sacrar. largition.* Adnotationem sic definit Theodorus *περιεχομένοις ἐστὶν ἡ τὰ χρησιμώτερα τῶν κελευομένων περιλαμβάνουσα, καὶ γράφουσα ταῦτα ὡς ἐν συνόψει ; ἢ, δι᾽ ὀλίγων ἐπιδείκνυμεν ὄντα τελείως βασιλικὰ σημειώματα.*

Atque hactenus de summi imperij Principi- 29 bus, venio ad inferiores Dynastas & Principes de quibus primò asserendum est illos non posse pœnas remittere, neque veniam, aut gratiam de delictis capitalibus quoad pœnam corporalem remittere, quia id ius vnum est de regalibus, & summo imperio, vti fatentur passim omnes *ex l.* 2. *Cod. de bonis damnat.* & *l. ad bestias*, §. *ex prouincia. D. de pœnis.* Vide Mastrill. *de indulto generali cap.* 2. *num.* 1. Peregrin. *de iure fisci lib.* 5. *tit.* 2. *num.* 5. *lib.* 4. *tit.* 8. *num.* 15. & alios. Ratio videtur manifesta, quia remittere pœnas illas & peccata, est quidpiam contra legem & naturam, vt ait Innocentius *in caput. cum per tabell. num.* 2. *de fide instrumentorum.* Solus autem supremus Princeps est solutus legibus *leg. Princeps* 31. *D. de legibus*, & *leg. digna vox* 4. *Cod. eod.* qua de re vide Cuiacium *lib.* 5. *obseruat. cap.* 30. vbi ostendit non omnibus legibus solutum esse Principem, sed pœnalibus, ex interpretatione Græcorum *ἤγουν ἁμαρτίαις ὃ κολάζεται*, vt & illud Æschyli de Ioue *τραχὺς μονάρχος οὐδ᾽ ὑπεύθυνος κρατεῖ*, cùm nullos videlicet sibi superiores iudices habeat. Romæ etiam Imperatores caducariis, & aliis quibusdam legibus soluti erant, non tamen aliis omnibus, ideoque veniam legis Voconiæ petiit

Augustus à Senatu apud Dionem. Rationem reddit Cuiacius, quia populus ipse suum omne imperium in Principes hac conditione transtuletat vt suis legibus teneretur, itaque illud Dion. *lib.* 53. λέλυνται τῶν νόμων; & Dionis. Chrysost. Principem esse τῶν νόμων ἐπαίνω; & Platon. ἄρχοντα κατὰ νόμον ἐκ ἀνυπεύθυνον, exponit de facultate ferendarum vel abrogandarum, vel derogandarum legum, ex Augustino, qui dixit Imperatorem non esse subiectum legibus qui habet in potestate alias leges ferre, non temerè quidem sed ex iusta causa, & re publica, atque adeò confirmandi etiam quæ non iure facta sunt. Verùm non potuit Augustinus expressioribus verbis principem legibus solutum esse significare, quàm cum dixit illum leges ferre posse, & latas abrogare; vel illis derogare, & quæ contra illas gesta fuerint confirmare, ac rata habere, non tenetur. Igitur illa quæ leges vel imperant vel prohibent, vel quæ ex illarum præscripto facta sunt, probare, aut quæ secus commissa reiicere, immò illa rata habere poterit, quare sapienter Æschyli. ἐν περὶ μυδοίδων. Scholiastes principes comparat naucleris, & nauium gubernatoribus qui in quamcumque voluerint partem, vel oram, nauim dirigunt οἰκονόμοι δὲ λέγονται οἱ κυβερνῆται τῶν νεῶν, ὥσπερ γὰρ ἐκεῖνοι: τρέπουσι τὴν ναῦν ἔνθα βούλονται οὕτω καὶ ὁ βασιλεὺς ποιεῖ ἃ βούλεται. Quidquid verò statuendum fuerit de Romanis quondam Imperatoribus, & hodie de aliis principibus, certum nobis est Christianissimos nostros Reges ipsa Regum lege solutos esse legibus, vti ostendit Monarcius *in l. citat. princeps 31. D. de legibus*, & *leg.* 4. *Cod. eodem.* Excipiendæ tamen sunt leges naturales quibus nemo eximitur, & leges contractuum quibus ita se teneri volunt, vt à priuatis etiam se interpellari non modò patiantur, sed quæ controuersia suboriatur coram iudice disceptari aduersus procuratorem regium, vti pluribus illustrat Mornacius *in citat. leg.* 4. Cùm igitur solus summi Imperij princeps & legibus solutus & supra leges sit, quas abrogare & derogare, & contra illas facta confirmare potest, vt dicebat Augostinus; ipse solus veniam & remissionem criminis capitalis facere, & pœnas remittere potest, non cæteri inferiores principes qui tenera cum habeant superiorem ad quem prouocetur, supra leges non sunt.

30 Neque vt ait Fragosus ex Doctoribus quos affert 1. *parte lib.* 4. *disput.* 11. *num.* 263. eiusmodi indulgendi facultas præscribi potest etiam longa consuetudine. Refertque Bossius *tit. de remedio ex sola clementia principis*, *num.* 5. quemdam feudatarij subditum cum gratia collo appensa fuisse suspensum; vide & Bottell. *de prastant. Reg. cap.* 38. *num.* 8.

Potest nihilominus summus Princeps facultatem dandi veniales codicillos facere inferioribus, idque ita aliquando factum legimus; nam Franciscus I. matri suæ Ludouicæ à Sabaodia permisit ius venialium codicillorum in Andegauo Ducatu, quo illam donauerat, Senatus tamen tamdiu sustinuit iuris huiusmodi comprobationem donec Regem consuleret, sed Ludouica maluit eo iure cedere quam à Senatu Regiæ huius prærogatiuæ repulsam ferre, vt ex Curiæ monumentis refert Chopin. *lib.* 2. *de doman. titul.* 7. *num.* 12. cùmque aliàs Prætores prouinciæ Delphinatus gratias & abolitiones conferrent, summique Imperij iura exercerent; excepta abolitione perduellionis, alienatiue patrimonij fiscalis, remissione mulctarum adiudicatarum, & collatione officiorum Parlamenti Delphinalis, id vetitum deinde est diplomate regio die 4. Iulij an. 1580. quod Curia Gratianopolitana promulgauit eodem anno 7. Decembris, quibus litteris adiicitur futuros Delphinatus Gubernatores minimè collaturos regia officia, nec arresta Curiæ eorumdem nomine inscriptum iri, quæ omnia refert eodem loco Choppin. Carolus Comes Angolismorum flagitauit à Ludouico XI. sibi iure eximendorum reorum sui Comitatus oppida ingredienti frui liceret, quod ipsi indulsit rex excepta perduellionis & falsæ monetæ reis, anno 1477. vt constat ex sanctiori regesto & tabulario, id enim vnius est supremi principis nouo in singulas vrbes ingressu, quasi fœlici embola reos compedibus, & publica custodia soluere, quod ibidem ostendit Chopin. & *lib.* 3. *Parisiens. morum, tit.* 3. *art. vlt. & lib.* 1. *legum Andegau. cap.* 48. *art.* 6. Cardinalibus concessum esse vt obuium sibi capitis damnatum supplicio liberent, ait Baldus in *l. addictus, C. de appellation.* Sanè id concessit Neustriæ Dux Guilielmus conquestor Abbati Monasterij sancti Martini de Bello, quod extruxit in eo ipso loco in quo Anglum Regem Haraldum cum suo exercitu deleuerat die 4. Octobris anno 1067. vti testantur Norman. Chronic. Auriaco Principi Ludouicus XI. permisit potestatem cudendi numismatis aurei & argentei, indulgendæque reis pœnæ necis, nisi maiestatis compertis diuinæ, vel humanæ, circa annum 1475. quod tradit Gaguinus in Francicis annalibus, neque hoc ius remittendi delicta soli supremo principi & ex eius solùm potestate aliis, quibus communicare voluerit, competit duntaxat aduersus laïcos, sed etiam Clericos, ita vt Clerico de parricidio delato, solus Rex indulgentiam facere possit ex antiquo vsu Francico; quod testatur Benedict. *in cap. Raynutius, v. & vxorem nomine Adelasiam*, *num.* 445. de testamentis; vbi & decreta Curiæ Tholosanæ in qua ipse Senator sedebat, adducit. Et Paponus similia arresta refert *lib.* 24. *tit. de gratiis & remission.* Vides igitur non nisi Regis concessione principes in Gallia ius indulgendi delicta sibi vsurpasse; eamque potestatem illis factam fuisse cum certis conditionibus, & restrictionibus, maximè quoad genera delictorum, censuræ enim regiæ perpetuo reseruarunt insidiosos parricidas, incendiarios voluntarios, & raptores, siue vt loquuntur antiquæ tabulæ, *murtrum*, *raptus*, *incendium*: quæ omnia ex actis, & variis monumentis confirmat Choppin. *lib.* 2. *de domanio tit.* 7. *citato num.* 12. *&* 13. *& lib.* 3. *sacræ politiæ tit.* 6. *num.* 9.

Præterea circa hanc facultatem factam à supremis principibus aliquando dynastis inferioribus, quædam alia notanda sunt cum Fragosa *disputat.* 11. *citat. lib.* 4. §. 2. & primò quidem *numero* 265. ait ad hoc non sufficere generalem duntaxat facultatem, sed requiri omninò specialem, quia per generalem regalium concessionem non veniunt principi reseruata, in quibus est ista indulgendi facultas, & Menoch. *de arbitrar. quæst* 91. *num.* 7. Delrio *lib.* 5. *disquis. magic. sect.* 2. & aliis. Secundò eiusmodi facultas concessa alicui subdito, extinguitur morte concedentis, neque eius successorem obligat. Cùm non possit sua concessione successori præiudicium afferre circa iura regaliorum, & coronæ, allegat Farinac. Felin. & Mastrill. Tertiò *num.* 266. ait per concessionem 31

meri

meri & mixti imperij non concedi facultatem gratiandi, vt loquitur, quia licet vassallus habeat vtrumque imperium, non tamen aliquid statuere contra ius commune, nec legibus derogare, neque consuetudinem inducere potest, igitur neque pœnas remittere, neque gratiam delictorum facere, cùm illud sit contra ius commune. Confirmatur, quia feudatarius haberet ius impediendi appellationes, si enim gratias dare potest, & delicta remittere, non est post eam gratiam locus appellationi, atqui in concessione meri & mixti imperij, & omnimodæ iurisdictionis non comprehenditur concessio cognitionis causarum appellationis, ex communi Doctorum opinione Quattò non potest hæc facultas concedendi gratias præscribi, aut longa consuetudine acquiri, cùm ea sit de coronæ iuribus, quæ à subditis non præscribuntur contra principem, vti diximus libro superiori.

32 Restat quærere de inferioribus magistratibus, quid nimirum possint circa veniam delictorum, & remissionem pœnarum. Magnum inter Principem, Senatum, & Prætorem in danda venia & restitutione, discrimen colligunt DD. *ex l. 1. D. de postulando*, §. 10. vbi enim Vlpian. dixit eos qui haberentur infames arceri edicto prætoris à postulando, nisi fuerint in integrum restituti, quærit à Pomponio, de qua restitutione prætor loquatur, atque eundem Pompon. de vtraque illa restitutione intelligendum esse edictum: tum quærit an prætor restituere possit. Ratio propter quam Pomponius quæstionem istam proposuit est, quia licèt omnis in integrum restitutio, omnia in priorem statum reponat, *l. quod si minor* 24. §. *restitutio. D. de minorib.* & idcircò à Paulo definiatur in sententiis, redintegrandæ rei, vel causæ actio, debet tamen restitutio, vt habeat omnes istos effectus, fuisse data ab eo, qui dandæ habuerit potestatem, solus autem princeps restituere potest aduersus infamiam, aut aliam pœnam quamlibet, ex legibus irrogatam; quia solus est supra leges, non Senatus aut prætor. Quod si pœna non ex legibus, sed ex aliquo Senatusconsulto erat, poterat etiam Senatus contra eam pœnam restituere, non etiam prætor. Immò neque poterit idem prætor restituere in integrum aduersus infamiam ex ipsiusmet prætoris edicto irrogatam, quia licet Senatus neque legem ferre potuerit, neque fuerit supra leges, potuit tamen facere similem constitutionem legi, §. *quos autem Institut. de bonor. possess.* ac proinde & infamiam Senatusconsulto irrogatam tollere: prætor autem non potuit constitutionem similem legi ferre, *ex citat.* §. *quos autem.* Neque proinde potuit famam restituere ei, cui ipsiusmet. prætoris edictum illam abstulerat præterquam in minore XXV. annorum, qui per lubricum ætatis omissa aliqua iusta allegatione, fuit condemnatus ex causa depositi, commodi, societatis, aut alia simili, quæ infamiam ex edicto irroget, & postea restituitur aduersus rem iudicatam, & impetrata restitutione tandem absoluitur, hoc enim casu abolentur infamia, non potestate restitutionis, si propriè loquamur, sed absolutionis, cui restitutio in integrum viam parauit. Nemo siquidem dicere potest infamem eum, qui fuit absolutus. Deinde restitutio habet eundem effectum, quem appellatio, suspendit enim vtraque iudicatam, donec tum de restitutione, tum de appellatione pronunciatum fuerit, *l. si causa cognita* 32. *C. de transaction.* Aliud porrò est aliquem condemnatum restitui aduersus rem iudicatam, vt ex integro causa cognoscatur, eaque cognita demùm sequatur absolutio. Aliud verò restitui aduersus pœnam sine absolutione. Prius illud potest prætor in iis casibus in quibus potest ex edicto suo dare restitutionem, posterius fieri nequit nisi per principem, de eaque restitutione nos disputamus hoc loco, agitque totos titulos vltimus *lib. 9. C. de sententiam passis, & restitutis:* quare quod dicitur *l. in causa* 16. §. *vlt. & l. sequent. D. de minoribus*, prætorem, præfectum vrbi, & alios magistratus posse in integrum restituere aduersus sententiam suam, ita intelligendum est, vt possint restituere, ad hoc vt iterum causa cognoscatur, non verò quod possint restituere aduersus pœnam, & condemnationem. Quia ista restitutio, non tam est restitutio dicenda, quàm indulgentia, immò & plus quàm indulgentia, quia indulgentia quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, sed pœnæ tantùm gratiam facit, *l. vlt. C. de gener. absolut.* & *l. 5. C. Theodos. de indulgentiis*, restitutio verò & pœnam, & bona, & honorem restituit. Antoninus enim Iulianum Licinium ab Opilio, vel vt legit Cuiacius, Ælio Vlpiano legato, in insulam deportatum restituens prouinciæ sic ait. *Restituo te in integrum prouinciæ tuæ, vt autem scias quid sit in integrum restituere, honoribus & ordini tuo, & omnibus cæteris te restituo, l. 1. C. de sentent. pass. & restitut.* Vides itaque restitutionem ampliorem esse, quàm indulgentiam, quæ pœnam remittit, non autem bona, honores, & alia reddit, nisi id exprimat: indulgentiæ igitur, & multo magis restitutionis arbitrium penes solum Principem est, & aliquando penes Senatum, nisi quando princeps in certis casibus Senatui potestatem fecerit pœnæ moderandæ, vel in totum remittendæ, quod non nisi soli Senatui concedere solet, nunquam vero iudici, aut prætori, qui neque olim Romæ potuit aduersus infamiam, aliamve pœnam restituere, sed solùm, vt in quibusdam casibus causa purè cognosceretur, vt dixi, quam cognitionem si exciperet absolutio restituebatur aduersus sententiam indicatam, & pœnam per illam latam vi absolutionis, cùm non posset esse absolutus, & tamen pœnæ ac condemnationi manere obnoxius, vt diximus. Atque hæc distinctio duplicis huius restitutionis hoc loco diligenter retinenda est, cum quæramus in hac postrema parte controuersiæ, an magistratus possit restituere aduersus pœnam, & condemnationem, atque adeo remittere pœnam, vel minuere, aut delictum abolere, non verò an possit restituere in integrum, vt causa dumtaxat denuò disceptetur & cognoscatur. Quare sapienter colligit Ant. Faber *in l. 1. D. de postulando*, quod dicitur *in* §. 10. *de restitutione per prætorem facienda*; esse ineptam appendicem Triboniani, & contra ipsius Vlpiani mentem assutam; his positis.

Dicendum est magistratus etiam maiores teneri pœnas à lege, statuto, vel consuetudine constitutas infligere, neque posse eas vel tollere, vel minuere, vel augere inconsulto principe, nisi vel pœna sit arbitraria, vti plerumque est, vel sit aliqua causa delicto cohærens, & non omnino extrinseca quæ eiusmodi diminutionem & augmentum, vel mutationem prudenter suadeat. 33

Hæc vniuersalis assertio facilè demonstratur; in primis enim cùm magistratus teneatur legibus, atque statutis, cæterisque quæ vim legis obtinent, cum non sit supra leges, earumque obseruationem vrgere debeat, iudicare quoque debet

debet consentaneè legibus, neque pro arbitrio discedere potest, in eoque eius æquitatem consistere demonstrabimus *cap. proximo, art. 3. à num. 6.* ex S. Thoma & aliis. Deinde quoad pœnarum statutarum augmentum habemus *l. lex Iulia 7. §. vlt. D. ad legem iuliam repetund.* vbi crimen illud exilio, & deportatione, vel capite puniri disertè iubet, quo iure igitur pœnam illam augebit iudex, nisi noua ratio criminis illius atrocitatem augeat. *l. 1. D. ad l. Corneliam de siccariis.* Iudex qui causa fuit vt quis iniustè iudicaretur & puniretur, l. Cornelia de siccariis tenetur; ideóque Bald. *in cap. 2. de re iudicata*; docet iudicem qui punit aliquem causa capitali non examinata, homicidam esse.

34 Quod attinet ad liberationem & exsolutionem à pœnis, Tull. 2. *Verrin.* vult iudices obstringi maiori crimine quàm reos quos pœnis exoluunt. *Non istum*, nempe Verrem, *maius in se scelus concepisse certum est, cùm fana spoliarit, cùm tot homines innocentes necarit, cùm ciues Romanos morte, cruce affecerit, cùm pradones duces accepta pecunia dimiserit, quàm eos, si qui istum tot, tantis, tam nefariis sceleribus coopertum iurati sententia sua liberarint.* Deinde contineri improbos suppliciorum metu dixit Aristoteles *lib. 10. Ethic. cap. 9.* quare iniuriam reipublicæ faciunt qui scelera impunitate fouent. Verùm habemus expressam constitutionem Valentis, Theodosij & Arcadij, *in l. seruos 8. C. de vi publica. Iudicem verò nolle operet, quod graui infamia sit notandus, si violentia crimen apud se probatum distulerit, seu omiserit, vel impunitate donauerit, aut molliorem quam prastituimus, pœnam protulerit.* Neque dissimile quid statuitur in prouinciarum rectores qui militiæ desertores non puniuerint, *l. 1. sub fin. C. de desertoribus. Sin autem rector prouincia propositam sententiam, vel gratia vel dissimulatione distulerit, patrimonij, atque existimationis damno subiiciatur, & in officij primores capitaliter vindicetur.*

35 Quæri verò potest secundum quas leges punienda sint crimina, an secundum illas quæ vigebant tempore quo commissum est delictum, an vero secundum illas quæ seruantur eo tempore quo pronunciatur sententia; quandoquidem leges pœnales interdum variari solent & augeri, vel minui. Respondet Fragos. *disput. 11. citat. num. 257.* cum Alphonso à Castro *lib. 1. de lege pœnali, cap. 6.* vbi pœna ordinaria crimini alicui imposita fuit, puniendum secundum legem quæ tempore quo patratum est vigebat, nam eo tempore, eam pœnam incurrit, & si tunc punitum fuisset, illa ipsa pœna puniri debuit; at verò vbi pœna est extraordinaria, quia illa stata, & rata non est, & modo augetur modo minuitur, seruanda erit ea quam lex infligit tempore sententiæ.

36 Limitaui verò nostram assertionem vniuersalem, primò quidem ad pœnam statam, & definitam à lege, nam si pœna fuerit arbitraria, poterit à iudice prudenter minui vel augeri, non enim dicuntur pœnæ arbitrariæ, nisi quia in illis plurima relinquuntur prudentis iudicis arbitrio, vti hodie ferè omnes relinquuntur propter diuersas circumstantias, & adiuncta facti, & plura alia quæ lex neque expressit, neque exprimere potuit, ratione quorum suboritur dubium de vera mente legis, & vtrum illa comprehendat tale delictum cum talibus circũstantiis propter quas minutæ & auctæ fuissent pœnæ, si tale factum suis illis circumstantiis vestitum occurrisset Legislatori, dum sanciuit legem. Sapienter enim dixit Iulian. *in l. neque leges 10. D. de legibus; Neque leges, neque Senatusconsulta ita scribi posse vt omnes casus qui quandoque incident, comprehendantur, sed sufficit ea qua plerumque acciderint contineri.* Et *l. non possunt 12. D. eodem. Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut Senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere, atque ita ius dicere debet.* Aristoteles *lib. 5. Ethic. ad Nicomach. cap. 14.* ὅτι περὶ ἐνίων ἀδύνατον θέσθαι νόμον ὥστε ψηφίσματος δεῖ, τοῦ γὰρ ἀορίστου ἀόριστος καὶ ὁ κανών. De quibusdam ferri lex non potest, sed decreto opus est, nam infiniti regula est infinita. Materia verò de qua agit lex est infinita; ideoque Strabo *libro 5.* de viuris agens, notat non nimis subtiliter ferendas esse leges: & Cato apud Liu. *libro 34.* nullam legem esse *commodam omnibus*; id quæri, *si maiori parti, & in summam prodest.* Vides itaque multa iudicis arbitrio permittenda necessariò esse. Deinde cum sæpius detur locus æquitati, & epieikiæ, illa non potest non pendere à prudentia iudicantis, præsertim cum non sit facilis & perpetuus recursus ad superiorem, quare vbi prudenti occurrunt aliquæ causæ minuendi, vel augendi pœnas rei, id ipsi licere, neque contra leges peccare docet Suarez *lib. 5. de legibus, cap. 11.* fauetque Seueri, & Antonini rescriptum *in l. etsi seuerior 3. C. ex quibus causis iniuria irrogetur. Etsi seuerior sententia iudicis dici debuit, tamen cum proconsul vir clarissimus certis rationibus motus mitiorem sententiam dixerit, & ordine decurionum te biennio abstinere iusserit, transacto tempore non esse te in numero infamium, palam est, eo quod post biennium remisisse tibi prohibitionem decurionatus iudex videtur.*

Limitaui secundò ad causam delicto cohærentem, quæ illud videlicet minuit, vel auget, ex eiusmodi enim causa poterit iudex pœnam quoque vel augere, vel minuere, quod intelligendum tamen est ante latam sententiam, eam enim iam latam non potest reuocare; nisi noua totius rei instituatur cognitio, qua de re dicemus *cap. sequent.* vbi de sententia iudicis disputabimus. Ratio verò nostræ limitationis est aperta; cùm enim causa delicto cohærens illius grauitatem augeat vel minuat propter diuersitatem circumstantiarum, pœnam quoque augere aut minuere debet, quod totum prudentis iudicis arbitrio permittendum est, cùm nihil aliud certi circa casus singulares definiri possit. Vide Couarru. *lib. 2. variar. cap. 9. num.* 8. & Tiraquellum *in præfat. de pœnis temperandis*, vbi ostendit multa fieri ex iusta causa contra ius commune, *à numero 25.* 37

Hæc tamen in vniuersum regula tradi potest. 38
Omnia quæ variant delicti qualitatitatem, variare quoque eius pœnam, quæ delicto commensuranda prorsus est: quare si quidpiam eximat delinquentem ab omni culpa Theologica, eximet etiam ab omni pœna in foro interno, licet à foro externo illi infligatur, quia in illo foro probatus est nocens; si verò in eodem externo innocens appareat, ideoque sit absolutus, quamuis coram Deo debeat luere pœnas suo crimini debitas, non tamen eas quæ imponuntur à lege, quia licet ipsi infligendæ essent, si probatus fuisset reus, illi tamen inflictæ non sunt, neque eas subire, vt diximus *articulo superiori*, tenetur ante senten-

tiam

tiam vel condemnatoriam, vel declaratoriam criminis, qualis hic nulla fuit, cùm ipse absolutus quasi per errorem, vel defectu probationum, vel etiam per iudicis corruptionem fuerit. Quænam verò causæ moueant tum criminis grauitatem, tum iudicis animum, & sensum circa pœnas, dicemus articulo sequenti, modò enim tradimus vniuersalem duntaxat doctrinam.

39 Moneo verò quod licèt necesse non sit causam sententiæ in illa afferre, & fatuum dicant iudicem qui id fecerit, eum viam aperiat suæ ipsius sententiæ impugnandæ, nisi occurrat alicuius adiectione particulæ, v. g. *maximè*, vt notat Panormit. *in cap. ex parte, de concess. prebenda*; nihilominus quando mutat pœnam inflictam à lege, debet in sua sententiâ causam auctæ, vel minutæ pœnæ exprimere, quod pluribus allegatis Iurisperitis demonstrat Tiraq. *de pœnis temperandis, in præfat. n.* 53. qui & *n.* 54. addit id semper faciendum iudici, quoties ex aliqua causa recedit à iure communi, & *num.* 55. allegato Imola, quem iuris canonici patentem nominat, ait citatum à iudice, qui aliquid quod illicitum & iniustum apparet, decernit, neq; eillius causam affert, non teneri obedire citationi. Quæ aliaque permulta congerit eruditè suo more Tiraquell. & tandem monet *num.* 70. hanc causæ expressionem dum pœna augetur, aut minuitur requiri duntaxat ad ipsius iudicis excusationem, & vt loquuntur sententiæ suppletionem, non ad substantiam, & validitatem sententiæ; estque communis, stylus, vt cùm à communibus regulis receditur, soleant apponi hę particulæ, *pour certaines considerations à ce nous mouuans*: vel, *pour causes* vel denique, *sans despens & pour cause*.

40 Quærendum vltimò restat de pœnæ cessatione, quandonam illa contingat. Et primò quidem quando definitum est pœnæ tempus, certum est illo exacto pœnam finire, neque inuitum posse diutius illa affici, quare qui exilio, vel ad triremes damnati sunt ad triennium, non posse nisi volentes, aut in exilio, aut in metallis, & triremibus detineri.

41 Secundò omnis querela, & actio criminalis viginti annorum præscriptione finitur, *l. querela* 12. *C. ad l. Corneliam. de falsis. & cap. cùm venerabilis* 6. *de præscription.* quod fauore innocentiæ introductum fuit, nam post eiusmodi diuturnum tempus facilè foret minimè cogitantem innocentem opprimere. Vide hanc in rem Curiæ decreta apud Louet. *littera C. num.* 47. & eius locupletem hoc loco Annotatorem. Hoc ipsum affirmat Cuiacius *tract. de diuersis tempor. præscription. cap.* 28. & *lib.* 4. *obseruat. cap.* 14. quo vltimo loco ait etiam parricidij crimen præscriptione vicennij excludi, licèt quædam sint crimina, quæ minori tempore finiantur, nulla tamen quamuis grauia, & reipublicæ perniciosa vltra vicennium porrigi, certa authoritate confirmari posse.

Nouo tamen iure duellantium crimen nulla temporis præscriptione finitur ex ordinatione Augustissimi Lodouici XIII. anno 1613. Martij 14. die, quæ deinde die 18. in Parlamento lecta, & Curiæ registris inserta fuit: quamuis autem aliquorum criminum accusatio perpetua esse dicatur in iure, & nulla præscriptione repelli, nullisque temporibus finiri in iure, vt suppositi partus *in l. qui falsam* 19. §. 1. *D. ad l. Corneliam de falsis.* crimen apostasiæ *l.* 7. *C. Theodos. de apostat.* & *l.* 4. *C. Iustin. eod.* Illud tamen in perpetuum XX. annos intelligendum est; vide Boër. *quæst.* 26. Sicut etiam actiones ciuiles, licèt aliquando perpetuæ dicantur, cessant tamen præscriptione 30. annorum, vt in specie *in l. fin. vbi glossa* 6. *C. ne de statu defunct.* obseruatque Cuiacius *consult.* 59. & *tract. de præscript. cap. vlt. sub fin.* Et sanè Paul. *l. eum debere* 33. *D. de seruitute præd. vrbanor.* ea verba, *in perpetuum*, ita interpretatur, vt res illa quæ perpetua esse dicitur, non idcircò æterna esse debeat, quare pactum vt in perpetuum redhibere liceat *l. quod si nolit.* §. *quid ita. D. adilitio edicto*; valet quidem, sed annis triginta limitatur à Doctoribus, ipsa etiam conuentio qua quis centenariæ præscriptioni renunciasset annis XXX. præscribetur, nisi aliud obstet naturæ rei, vt in emphyteusi, aut nisi materia esset tanto tępori disposita & præparata, vt census in dominiis priuatis. Consule Boeri *decisione* 182. *n.* 1. 2. 3. 4. Tiraquell. *de retract. conuention.* §. 1. *glossa* 2. *verbo, à tel temps, n.* 6. 7. Chassan. *in consuetud. Burgund. tit.* 5. *des rentes vendues à rachapt.* §. 1. *numer.* 11. Argent. *in consuet. Britan. tit. des appropriances, art.* 266. *tract. de præscript. redempt. condit. num.* 232. Rigalt. *de præscript. Aruern.* Francisc. Stephan. *lib.* 4. *placit. parlam. Aquens. decis.* 23. & 17. Couart. *lib.* 3. *varia. cap.* 9. Chopin. *lib.* 3. *de sacra politia tit.* 6. *num.* 2. *in margine*, & *lib.* 3. *de doman. tit.* 6. *num.* 1. Mornac. *ad l. traditionibus* 20. *in fin. C. de pactis.* Expellitum *in suis arrestis cap.* 129. & denique Louet. *littera P. num.* 21. Sicut igitur omnis actio ciuilis quamuis perpetua dicatur, XXX. annor. præscriptione repellitur, ita & actio criminalis 10. ann. de quocunque crimine agatur, quamuis eius accusatio perpetua dicatur. Quod autem dixit Vlpianus *l. si maritus* 15. §. *lex Iulia. D. ad l. Iuliam de adulteriis.* nullam præscriptionem obijci rem suam vindicanti, *in l.* 1. *C. de bon. mater.* nullam poterit opponere pater filiis quandocunque rem suam vindicantibus, nomine præscriptionis, intelligitur exceptio: eaque est natiua vocis illius significatio, vti obseruauimus libro superiori. *cap. de præscrip.* ex Tertull. & aliis Latinis Authoribus, quare Grotius. *ad tit. D. de exceptionib. præscriptionibus, & præiudiciis. Vox est latina præscriptio, idem significat formata à Græcum παραγραφὴ, cuius vis erat μὴ εἰσαγώγιμον ἔιναι τὴν δίκην*; ne daretur actio. Ex quibus tandem vides nullam esse accusationem quamuis perpetua dicatur, quæ non extinguatur viginti annis; idque verum esse in quocunque crimine.

Addo & id verum esse etiamsi reus damnatus fuisset, sed pœnam effugisset, & licèt idcircò sæpius citatus, nec sistens in iure tabella effigie sua depicta capite punitus fuerit, quod pluribus Senatus decretis ostendit Annotator Louetij *litt. C. n.* 47.

Tertiò pœna finitur morte delinquentis, neque aut mortuo infligenda est, aut ab eius hæredibus repetenda, quod in pœna corporali docent omnes, quamuis vulgo excipiant crimen læsæ maiestatis diuinæ & humanæ, repetundarum, & peculatus, atque homicidij suipsius, nam in his omnibus procedi potest etiam contra mortuum reum. 42

Quoad pœnam verò pecuniariam, confiscationis bonorum, priuationis dignitatis, & officiorum latam per sententiam condemnatoriam contra delinquentes, illa omninò transit ad rei defuncti hæredes, quæ omnia præterimus, indicasse contenti eo quod pertineant ad solum forum externum. Adi qui ista omnia demonstrat ex iure, & Doctoribus Fragosum *prima parte lib.* 4. *disp.* 11. §. 1. *à numer.* 259. nos ipsi *disquisit.* 4. *de censuris q.* 2. *consectar.* 5.

consect. 5. an in mortuum ferri posset excommunicatio, fusiùs inquisiuimus, & explicuimus.

ARTICVLVS IV.

Consectaria circa causas minuendi, vel augendi pœnas.

Causa committendi delicti attendi debet. 1.
In delictis non tam factum, quàm voluntas spectanda. 2.
Animi perturbatio pœnam criminis imminuit. 3.
Quid de ira. ibid.
Vir occidens uxorem in adulterio. 4.
Spectanda persona delinquens. 5.
Quid de furente. ibid.
Quid de insano amore. 6.
De dormiente. 7.
Do ebrio. 8.
Ætas peccantis attendenda. 9. 10.
Sexus delinquentis. 11.
Peritia. 12. 13.
Nobilitas. 14.
Paupertas. 15.
Merita delinquentis. 16.
Locus. 17.
Tempus. 18.
Qualitas actionis. 19.
Quantitas criminis. 20.
Euentus criminis. 21.
Fines iurisdictionis seruandi. 22.
Diuersi gentium mores. 23.

1 DIximus hactenus aliquando iustis ex causis posse minui, vel augeri pœnas inflictas à lege, vel ab ipsomet iudice infligendas, eiusque mutationis causam debere esse cohærentem delicto, siue ipsi intrinsecam, ex qua delicti grauitas crescat, vel decrescat. Nunc quærimus quænam sint singulares eiusmodi causæ, quas enumero potiùs quam expendo, cùm doctrinam vniuersalem quibusque factis singularibus, iudicis prudentia debeat accommodare ex æquitate, quæ perpetuò retinenda est. Et sapienter Claudius Saturninus in *l. aut facta* 16. *D. de pœnis*, ait in omnibus delictis septem consideranda esse; causam, personam, locum, tempus, qualitatem, quantitatem, & euentum; ex his enim crescere aut minui crimen.

Causa spectanda est, nam parentes, & magistri qui emendationis causa, non ita aut odio verberant, non puniuntur, sicut extranei, qui ira, vel odio alium pulsant. Vnde illud Ambrosij de S. Ioseph. *cap.* 13. & refertur 11. *quæst.* 3. *cap. ira* 67. *Ira sæpe etiam innocentes in crimen adducit, quia dum iusto amplius irascimur, & volumus alienum coërcere peccatum; grauiora peccata committimus.* Idem Apostolus ait, *non vos ipsos vindicantes charissimi, sed date locum iræ*, hoc est declinemus illam, ne illa nos corripiat, vnde Dominus IESVS, dimittens ad Euangelizandum discipulos, misit eos sine auro, sine argento, sine pecunia, sine virga, id est, vt & incentiua litis & instrumenta eriperet vltionis. Quamuis igitur ira non excuset à pecca- 2
to, illud tamen minuit, & dum animum commouet, illum præcipitem agit: quare in glossa *ad cap. si quem* 2. *q.* 3. negatur eum qui alium temerè accusauit, esse calumniatorem; *Temeritas enim facultatis veniam continet, & inconsultus calor calumniæ vitio caret: & ob hoc nullam pœnam huic irrogari oportet.* Quod idem omninò pronuntiasse Papinianum refertur *in l.* 1. *§. quæri posset, D. ad S.C. Turpillian.* & Aristot. *lib.* 5. *Ethic. ad Nicomach. cap.* 10. ait, quod quis cognoscens se, sine consultatione agit: ἀδικεῖ μὲν μὴ προβουλεύσας. Iniustè quidem agit; & factum iniustum est, & infert alia quæ per iram, & alios affectus qui naturales, necessariique hominibus accidunt, conciliantur: διὰ θυμὸν καὶ ἄλλα πάθη ὅσα ἀναγκαῖα ἢ φυσικὰ συμβαίνει τοῖς ἀνθρώποις. Tunc iniustè quidem faciunt, & illa sunt iniusta: ἀδικοῦσι μὲν καὶ ἀδικήματά ἐστιν. Neque ipsi dicuntur iniusti & praui, ἄδικοι οὐ διὰ πονηροί, quia læsio non prouenit ex prauitate, quare concludit illum qui ex elatione læserit, iniustum ac prauum esse, & quæ ex ira fiunt, non ex ea esse, ex prouidentia iudicari, non enim principium affert qui iratus facit, sed qui ad iram prouocat, minuenda erit igitur pœna, & in illum qui suo facto ad iracundiam prouocauit reiicienda. Et sanè affectus animum in iudicando commutant, vt idem Aristoteles significat *lib.* 2. *Rhetoricor. cap.* 3. cùm ita affectus definit: ἔστι δὲ τὰ πάθη δι' ὅσα μεταβάλλοντες διαφέρουσι πρὸς τὰς κρίσεις. Et sanè aliud dictat mens affectionem exæstuans fluctibus, aliud iam sedata, vnde Parmen. apud Terent. *in Eunucho act.* 2. *sc.* 1. *Quid hoc morbi est, adeon, homines immutarier ex amore, vt non cognoscas eundem esse.* Et vt Anton. apud Ciceron. *lib.* 2. *de Oratore. Plura homines iudicant odio, aut amore, aut cupiditate, aut iracundia, aut dolore, aut lætitia, aut spe, aut timore, aut errore, aut aliqua permotione mentis, quàm veritate aut præscripto, aut iuris norma aliqua, aut iudicij formula, aut legibus.* Et idem Cicero pro Marcello; *Serui igitur iis etiam iudicibus qui post multis sæculis de te iudicabunt, & quidem haud scio an incorruptiùs quàm nos, nam & sine amore, & sine cupiditate, & rursus sine odio, & sine inuidia iudicabunt.* Quamdiu affectus durat homines præcipiti cursu ad scelus feruntur, quod non nisi vbi commissum est iusto pondere æstimant: quare Menander apud Stobæum.

> Οὐδεὶς ξυνοιδεν ἐξαμαρτάνων, πόσον
> ἁμαρτάνει τὸ μέγεθος ὕστερον δ' ὁρᾷ.
> *Quantum sit crimen, haud quisquam videt,*
> *Dum peccat, istud re peracta conspicit.*

Quod Neroni postquam matrem occidisset accidisse, ait Tacit. *lib.* 15. *Annal. Sed à Cæsare demum perfecto scelere magnitudo eius intellecta est*: eaque de causa. Stoici affectus, iudicia, atque opiniones dixere, apud Ciceron. *Tuscul. quæst.* 4. neque enim volebant affectus esse formaliter cùm pertineant ad voluntatem, sed quia immutant iudicia, aut intellectum obscurant & aliter atque aliter iudicium formant.

Huc etiam pertinet quod in edictis non tam factum ipsum quam voluntas spectanda sit, neque tam attendendum quid aliquis fecerit, quàm quid facere voluerit. Rationem reddit Nazianzenus, *Epist.* 60. *ad Sophronium.* Multa enim sunt in quibus ij qui lædi videntur beneficium accipiunt, & contra

contra iis qui beneficium accipere putantur, iniuria infertur, πολλὰ γάρ ἐστι καὶ ἀδικοῦντας ὠφελεῖν ἔστι πάσχειν καὶ πάλιν πάσχοντας ἀδικεῖν. Quod hoc
3 exemplo demonstrat Seneca *lib.2. de beneficiis.* Tuber quidam tiranni gladio diuisit qui ad eum necandum venerat, non ideò illi tyrannus gratias egit, quod rem quam medicorum manus reformidauerant, nocendo sanauit. Tullius *lib. 3. de natura deorum.* Nec enim Herculi nocere Deianira voluit, cùm ei tunicam sanguine Centauri tinctam dedit, nec prodesse Pheræo Iasoni, qui gladio vomicam eius aperuit, quam sanare medici non potuerant, multi enim, & cum obesse vellent profuerunt, & cum prodesse obfuerunt. Idem de Iasone Pheræo narrat Valer. *lib.1. cap.* 8. sed illud Prometheo cuidam tribuunt, Plutarch. *de vtilit. ex inimic. cap.* & Simplic. *in lib. 2. physic.* vide Victor. *lib. 7. variar. lection. cap. 9.* Simile quidpiam habemus de Adrasto interimente Crœsi filium, cui custos fuerat datus à patre, apud Herod. *lib.* 1. & Basil. *Epist.* 164. *ad Andron.* & de Menelao apud Achillem Tat. *lib.* 2. qui dum aprum adolescentem impetentem telo transigere parabat, ipsummet adolescentem sibi charissimum traiecit. Lucillia maritum suum Lucretium nobilem Poëtam philtro in furorem non in amorem, vti cupiebat, egit, apud Eusebium *in Chron.* narratque Aristot *lib. 1. magnor. moral. cap.* 17. atque ex ipso Alciat. *lib.7. parerg. cap.* 25. similem mulierem in Areopago; τῷ σεμνοτάτῳ καὶ δικαιοτάτῳ δικαστηρίῳ, vt loquitur Lysias *orat.* 5. absolutam fuisse, quia id egerat non vt hominem perderet, sed vt vni sibi seruaret. Vbi autem, addit Aristoteles, animus delinquendi non est, ibi nec pœnam & supplicium esse debere, cum ea dumtaxat crimina puniantur quæ voluntaria sunt. Hanc controuersiam eruditè retractant Fabrosus in sua exercitatione Videtur quidem aliud sensisse Paul. Iurisconsult. *l. si quis aliquid* 38. *§. qui abortionis. D. de pœnis. Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciunt, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum relegantur.*

Resp. in his omnibus criminibus & factis præsumi iure optimo dolum, & ideò grauiter puniri, vti de abortione dicam inferiùs, eaque causa est cur voluntas absque facto, quod susceptum sed non perfectum, & factum citra voluntatem, aliquando iure puniantur, quod ostendunt Guilelm. Fornerius *lib.1. select. cap.* 10. & Radulphus Fornerius *lib. 3. rerum quotidianarum cap.* 17. *& lib.6. cap.*24. Scipio Gentilis *lib.1. παρεργ. cap.* 5. atque alij; neque enim vbi de facto constat facilè de innoxia voluntate credendum est, & cum constet de hominis nece, deque necis authore, & de eius animo non liqueat, tamen si eius aliqua suspicio subest, pœna ordinaria minuenda videbitur.

5 Cum peccamus aliquo prauo affectu adducti, maximè ira, amore, & odio, prout causæ quæ illos in nobis affectus concitant, atque ad ea malefacta nos impellunt, minus aut magis rationabiles apparent, pœnas admissi sceleris augent, vel minuunt, quia ex illis quoque sceleris grauitas crescit, aut decrescit.

Ira quæ, vt obseruat Eustath. in iliad α, dicitur θυμὸς ὀργὴ καὶ μῆνις, non semper eodem modo concitat animum, & mentem abripit; nam θυμὸς, vt ait idem Eustath. dicitur ἀπὸ τοῦ θύειν, quod est, ὁρμᾶν subitò commoueri, ὀργὴ ἀπὸ τοῦ ὀργᾶν concupiscere, quia est appetitus vindictæ, μῆνις ἀπὸ τοῦ μένειν; quia est χόλος ἐπίμονος, ira permanens, quamquam & ὀργὴ, vt monet ibid. Eustath. quibusdam videtur habere μονιμώτερόν τι, quiddam diutius permanens, & vt ait Virgil. est grauis ira Iunonis, & quidam furor. *Causas tanti sciat illa furoris*: & Terent *in Adelph. act. 3. sc.2. Me miserum! vix sum compos animi, ita ardeo iracundia*: quin & ipse Paul. *in l. diuortium 3. de diuort.* & *l. quidquid* 48. *D. de regulis iuris*; *Quidquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseuerantia apparuit iudicium animi fuisse.* Videndum igitur erit in decernendis pœnis, quidnam in illo animi, vt ita dicam, furore peccatum sit, & maximè an grauis aliqua causa motum & furorem insanientis animi commouerit. Præcipua est iniuria, vel contemptus apparens, διὰ φαινομένην ὀλιγωρίαν; propter eum qui apparuit contemptum. Hinc Æneid. 1. recensentur iræ Iunonis causæ.

—— *Manet alta mente repostum*
Iudicium Paridis, spretæque iniuria formæ,
Et genus inuisum, & rapti Ganymedis honores.

Hic verò contemptus iniuria quædam est, quæ iram accendit, maximè si amore inflammetur, eò quod contemnamur aut iniuriam patiamur, in re quam amamus, & qua potiri speramus: ὀλιγωρίας enim, contemptus, siue negligentiæ tres sunt species, nimirum καταφρόνησις despectio, ἐπηρεασμὸς, siue ἐπήρεια incommodatio, & ὕβρις contumelia. Καταφρόνησις igitur est merus despectus, cùm aliquid parui aut flocci pendimus, licet non incommodemus. Vnde sic apud Virgilium Corydon.

Respectus tibi sum, nec quis sim quæris Alexi.

Ἐπηρεασμὸς dicitur ab Ἄρης Marte, estque quodammodo insultatio bellica, fitque quoties aliqui aliorum operas conantur impedire non sui commodi causa, sed ne alij perficiant quod cupiunt, quare ἐπηρεάζοντες eos, quibus insultant, existimant sibi neque obesse, neque plurimùm prodesse posse, ideóque eos despiciunt, illisque audacter, & cum bellico quodam ardore insultant. Ὕβρις est contumelia, cùm quis alium damno vel dolore cum dedecore aliquo afficit, vt ex aliena ignominia capiat voluptatem, potiùs quàm aliquod suum commodum quærat, quia sic aliis quodammodo præcellere videntur, ideoque gaudent alios iniuria vel ignominia afficere: quod maximè contingit iuuenibus, & diuitibus qui maximè contumeliosi sunt, & licet iniuriam à contumelia distinguat Seneca *lib. quod in sapientem non cadit iniuria, c.4. & 11. & epist.72.* illam tamen confundimus hoc loco, quia contumelia nunquam est sine iniuria, licet ista sine contumelia possit existere; vtraque sanè grauis est, & iram concitat, prout igitur magis aut minus æquam causam ira habuerit, quod ex ea peccabitur, leuiùs, aut grauiùs punietur.

Hinc fit vt quia vir vxoris adulterio grauissimam iniuriam patitur, & dolorem æquissimum concipit, vt pluribus demonstrat Tiraquell. *in l. connub.* 13. *num.* 27. si vxorem in adulterio compertam statim interimat, non punietur, vt cæteri homicidæ pœna legis Corneliæ de sicariis, hoc est vltimo supplicio, sed solùm relegabitur *l. si adulterium, §. imperatores* 38. *§. Imperator. D. ad l. Iuliam, de adulter.* vbi Marcus Anton. & Commodus ita rescribunt, vbi & D. Pium allegant, ad Apollinium rescribentem, qui sui mandati rationem reddit, *quia difficillimum est iustum dolorem temperare*: Quod notandum omninò tanquam singulares 4

monet

monet Panorm. *in cap. 1. de iniuriis*, indeque infert cum pluribus, eum qui ira & contumelia prouocatus alium percutit, lenius puniendum esse. Et idem multis illustrat Tiraquell. *tract. de pœnis temperand. prima causa à num. 3.* multa quidem condonanda graui & iusto dolori videntur, vt in eo qui excedens moderamen inculpatæ tutelæ suum aggressorem occidit, quia licèt puniri debeat, non tamen tenetur l. Cornelia de sicariis, punietur enim tantum pro excessu, & etiamsi aggressor aufugiat, & fugientem prouocatus interimat, quæ aliaque prosequitur Tiraquell. & confirmat tum Platonis authoritate, tum Alensis quem Theologorum verum Achillem nominat, qui *4. parte, q. 86. memb. 3. section. 1.* hæc habet. *Multa perpetrata instante dolore remanent impunita, quæ si cessante dolore fierent, essent punienda.* Et denique probat exemplis ex Valerio Maximo *lib. 8. cap. 2.* Aulo Gellio *lib. 12. cap. 7.* Cicerone *pro Milone.* Quorum omnium ratio iam allata est, quod ira percitus concilij incapax sit, & furioso comparetur, idcóque in calore iracundiæ dicta, factaue irrita esse voluerunt prudentes iuris, nisi sedato illo mentis æstu confirmata fuerint; quæ *à num. 20.* docet Tiraquell. *loco citato.*

5 Secundum quod in delictis puniendis spectandum esse dicebamus ex Claudio Saturnio *in l. 16. D. de pœnis*, erat persona tum eius qui delictum & maleficium commisit, tum qui damnum & iniuriam passus est.

Ordior à persona delinquentis. Primò enim si furiosus est, de pœna illius dissimulandum est, satis enim suo furore punitur, & illum fati infœlicitas excusat. Itáque rescribunt D. Marcus & Commodus in *l. diuus 14. D. de officio præsid.* quod intelligendum est quandiu durat furor, non verò si lucida habeat interualla, iisque durantibus delinquat. De hoc furioso vel non puniendo, vel omninò leniùs, latè Tiraquell. *tract. de pœnis, causa secunda, tota*, Godofred. *in l. Diuus, citatam.* & alij benè multi. Consentit Plato *lib. 11. de legibus*, qui omninò adeundus est. Scholiastes Euripidis *in Oreste*, nominat furorem *νόσον ἀγρίαν*; morbum ferum, importuni furoris temeritatem dixit *l. 2 2. C. Theodosian. de prætoribus*; quámque reipsa sit importunus furor etiam in ipsosmet furiosos, docent energumeni, qui aliquando eiusmodi intemperies patiuntur, vt habes apud Lucam *cap. 8.* Hyeronim. *in vita S. Hilarion.* Chrysost. *hom. 82. in Matth.* & apud Spartian. de periculo, quod Adrianus ab hospitis seruo incurrit, quem cùm furiosum esse constitisset, non puniuit, sed medicis curandum dedit: neque furor tantum delinquentis, sed etiam si delicto commisso superueniat, illud excusat à pœna saltem corporali, quod ostendit Tiraquell. *causa 3.*

6 Inter furoris verò species amorem annumerat Plato, in *Phædro*, & Virgil. *lib. 4. de Didone.*

——Ardet amans, traxitque per ossa furorem
Quid vota furentem,
Quid delubra iuuant.
Vritur infœlix Dido, totaque vagatur
Vrbe furens.

Ouidius *Epistola Helenæ ad Parid.*

Quà licet, & possum, luctor celare furorem.

Et *in Metamorphos. de Myrra,*

Exiliit gremio furibunda.

Et Tullius *Tusculan. Maximè admonendus est quantus sit furor amoris; omnibus enim ex animi perturbationibus est profectò nulla vehementior.* Quare Tiraq. *tract. de pœnis, causa 4.* vel non puniendum, vel lenius eum qui hoc insani amoris æstu & furore percitus peccat, existimat, citatque Oldradum. *consil. 210.* vbi quadamtenus excusat eum, qui imaginibus magicis pudicitiam eius quam deperibat, tentarat, quod tamen non probarim. Tiberius Mundum equestris militiæ ducem qui Paulinam Romanam spectatissimi generis fœminã fraude Sacerdotum Isiacorum sub specie Anubis constuprarat exilio tantùm damnauit, quod amore, & formæ gratia victus peccasset. Sacerdotes tamen Isidis, & Idam Mundi libertam flagitij auctorem in crucem egit, & ipsius Isidis Deæ statuam in Tyberim iactari voluit. Ioseph. *lib. 18. antiquitatum. cap. 6.* & Egesipp. *lib. 2. c. 4.* Pisistratus Atheniensium tyrannus adolescentem qui eius filiam virginem sibi obuiam factam osculatus fuerat, noluit hortante licèt vxore, capite plectere, responditque, si eos qui nos amant interficimus, quid his faciemus quibus odio sumus, quod responsum laudat Valer. *lib. 5. cap. 1.*

Dormiens qui delictum commisit non punitur. 7
Clem. vnic. de homicidio, consentiunt Iurisconsulti adducti à Tiraq. *de pœnis causa 5.* quia & mortuo similis est. Homer. *Iliad. 16.* mortem *νήδυμον ὕπνον* dulcem somnum vocat; vide Platon. *lib. 5. de legib.* Aristot. *lib. 5. de generat. animalium cap. 1.* Plin. *in præfat. & lib 7. cap. 50. Quid quod æstimatione nocturnæ quietis dimidio quisque spatio vitæ suæ viuit. Pars æqua mortis similis exigitur, aut pœna nisi contingat quies.* Alia dabit Tiraq. *loc. cit.* Certum est dormientem neque iudicio neque libertate potiri, atque adeò nõ peccare, & licet ante somnium causam dederit, peccauit in ponenda ea causa, non deinde in somno quidpiam admittendo, vti diximus 1. 2. & in scientia canonica. Quare si præuiderit se in somno solere Irasci, corripere arma, ferire, & occidere, cauere debet ne id ipsi contingat, tollendo arma, aut quid aliud simile faciendo, vti monet Tiraq. *num. 10.* quosdam enim inter dormiendum solitos vagari & plurima perpetrare scelera docet *ibid.* Tiraquel. *numer. 11.* & alij quos allegat.

Sed quæritur an idem de ebrio, quod de furibundo, aut dormiente dicendum sit, & à pœna, si quod admiserit crimen, excusandus sit. 8
παροινίας vocant Græci iniurias & delicta quæ per ebrietatem fiunt, ex Hesichio. Plurimæ enim cædes aliaque crimina tunc committi solent, obseruatque Eustath. *in Iliad. 3.* Bacchi nutrices pingi armatas gladiis, & serpentibus, vt significetur ebrios homines homicidias & belluinos fieri; *τοῦτο δὲ πρὸς αἴνιγμα, τὸ καὶ θηριώδεις καὶ φονικοὺς εἶναι τοὺς μεθύοντας.* Ideóque videri poterit non esse puniendos istos in ebrietate peccantes, quia vt belluini facti sunt, *& impetu delinquunt, & non proposito*, inquit Marcian. *in l. perspiciendum 11. §. 2. D. de pœnis*, & Basilica *lib. 60. tit. 51.* *ἐξ ὁρμῆς ὡς θυμούμενος.* Sanè puniendum negat ebrium Lysias *orat. 2.* quia quod reliquum habebat mentis perdidit. Aristot. *sect. 30. problemat.* ait vinum reddere *ὑβριστὰς καὶ μανικούς*, contumeliosos & furiosos. Philo vinum vocat furoris, & amentiæ causam. Hypocrat. *aphorism. 7.* *ἐκ τῆς πολυποσίης ῥῖγος, καὶ παραφροσύνη κακόν*; ex multa vini potione rigor, & desipientia. Similia habent ibid. Galenus. Aretæus *περὶ χρονίων 1. cap. 6.* Scholiastes Æschyli *in Eumenid.* Anton. Maxim. *tit. 68.* Apulei. *in Florid.* Athenæ *lib. 10.* ideóque culpa vacare

hunc

hunc ebrium si delinquat, ait Chrys. *Hom.* 12. *in* 1. *ad Corinth.* & Martian. Capell *lib.* 5. numerat ea delicta inter ea quæ per errorem, & imprudenter fiunt. Apud Euripid. quis veniam precatur quòd vino coactus fecerit. Et apud Plaut. *in Aulul. act.* 4. *sc.* 7. quod vinolentus virginem compresserit. Vide & eundem *sc.* 10. & qui vino perturbatus Imperatori maledixerit condonatur tanquam ex insania peccanti: non excusari tamen crimen ebrietate, sed potius duplicari dixit Sulpit. Victor *in institut. orator.* neque inde scelus excusat Apulei. aut Plaut. *in Trucul. act.* 4. *sc.* 3. est enim, vt ait Seneca *Epist.* 83. voluntaria. Insania Isidor. Pelus. *lib.* 1. *epist.* 203. *αὐθαίρετος μανία.* Chrys. *homil. de resurrectione Christi: ἑκούσιος μανία μέθη δαίμων αὐθαίρετος.* Basilius *homilia in ebrietatem. μέθη ὁ αὐθαίρετος δαίμων ἐξ ἡδονῆς ταῖς ψυχαῖς ἐμβαλλόμενος.* Cicero *ad Herenn. lib.* 2. ebrium culpa se contaminare dixit; & Aristoteles *lib.* 1. *magnorum moralium, cap.* 54. istos qui voluntariè vino se immerserunt, sibi si quid mali patrarint imputare debere. Aphrodisæus *λύσεων lib.* 29. ea quæ ab ebriis fiunt non censet inter ea quæ ab inuitis fiunt.

Dicendum est ebrietatem non omninò à culpa excusare, sed pœnam minuere; ita Liban. *declamat.* 22. Nemes. *de natura hom. cap.* 31. Theodoret. *quæst.* 59. *in Genes.* Arrius Menander *lib.* 6. *de re militari.* Denique Hadrian. Saluio Aquitaniæ Legato rescripsit eum qui custodiam dimisit, si per vinum id fecerit, castigandum esse, & in deteriorem militiam dandum, *l. miles* 12. *D. de custodia*: quare Pittaci legem qua iubebat ebrium, qui alterum pulsasset altero tantu plecti, ac si sobrius id commisisset, vti refert Aristoteles *lib.* 2. *politic. cap. vltimo*, & Diogenes Laert. *in Pittaco*, reiiciunt passim omnes; quare inde minuendam esse pœnam docent Tiraquell. *de pœnis, causa* 6. Ann. Fabrotus *exercit.* 8 & alij. Sapienter tamen excipit Emmann. Patisburg. *oration.* 3. nisi sponte in se obruerit, vt meditati facinoris supplicium ebrietate deprecari posset.

Ad personæ delinquentis considerationem, ætatem pertinere monet Saturninus *in titat. l. ante facta* 16. *D. de pœnis.* Illa verò quadruplex diuidi solet; pueritia, iuuentus, *ἀκμὴ*, siue ætas constans, & senectus, ex Hippocrate *lib.* 1. *aphorism. sect.* 1. *aphoris.* 15. Cels. *lib.* 1. *cap.* 3. Alij alia ratione distinguunt, & singuli diuersum tempus, aut longius assignant, sicut & diuersos mores, atque commotiones, nam in iuuenibus magna est concupiscentiæ tempestas, ratio verò longè imbecillior, inquit Chrysostomus epist. 3. ad Olympiadem: *πολλὴ ἐπιθυμίας ζάλη, ἀσθενέστερος δὲ ὁ λογισμὸς*; & Basilius; effrenes sunt cupiditate. Et ne longiùs digrediamur in discribendis variis ætatum affectionibus, quibus ad vitia & virtutem impellimur, omnium fuit sensus in puniendis delictis habendam esse rationem ætatis delinquentium; quare & Lucan. *lib.* 7. agens de Ptolemæo puero, qui Pompeium iusserat interfici.

——Sed parcimus annis,
Damnamusque nefas, sciat hac pro cæde tyrannus
Nil veniæ plus posse dari.

Idcircò cum pueris, immò & cum adolescentibus melius esse agendum demonstrat Tyraq. *causa* 7. quamquam & fuerint hac in parte varij gentium mores, neque idem sapientum sensus. Quoad infantes quidem certum est illos non teneri iniuriarum *l.* 3. §. 2. *D. de iniuriis*, nec vi bonorum raptorum *l.* 2. §. *vi bonorum raptor.* nec *l. Cornelia nummaria, l.* 1. *C. de falsa moneta. l. Cornelia de falsis. l. impuberem* 22. *D. ad l. Cornel. de falsis* Marcian. *in l. pen. D. de fideicommiss. libertat.* ait in paruulis nullam esse culpam, non quod magis rationales sint quàm bestiæ, quod voluisse. Stoicos & Chrysippeos dicunt *lib. de Hippocrat. & Platon. placit.* ita vt existimarint circa annum decimumquartum animam illis insinuari, vt ait Iamblichus *in Stobæi physicis ecclogis*, sed quia nondum firma & matura prudentia sit, comparatur furioso, *l. quod infans* 60. *D. de rei vindic. l. infans* 12. *D. ad l. Corneliam de sicariis.* §. *pupillus, Inst. de inutilib. stipulation.* & vt prodigus dicitur non sentire, *l. Diuus* 14. *D. de officio præsid. l. si sibi* 8. §. 2. *de opt. leg. l. si cùm dotem* 12. §. *si maritus. D. soluto matrimon.* ita & infantis nullum esse sensum ait Paul. in *l. quamuis* 32. §. 2. *D. de adquir. poss.* & *l.* 3. §. 2. *D. de minor.* Idem ait impuberes iudicio carere, *l. cum prætor* 13. §. 2. *D. de iudic.* Arnob. *lib.* 2. *aduersus gent.* animum in infantibus solidum esse, mentem impuberis sopitam. August. *lib.* 14. *de Trinit. cap.* 14. in ætate tenera torpere rationem consopitam. Fulgent. *lib.* 1. *de veritate prædestinat.* imprudentem propter cerebrum aquosum in puerili corpore. Georgius Palamas *declamat.* 2. & sapienter Vlpian. nondum plenum animi iudicium illi inesse. *Regul. tit.* 20. §. *impubes*, nondum stabilem mentem adeptum esse *l. vlt. C. de testam. milit.* animum nondum consilio ac ratione firmatum. Tull. *orat. pro Cluent.* Nyssen. *tract. in Psalmum* 2. *cap.* 10. infantes *ἀτελεῖς τὴν διάνοιαν*, nondum sensu perfecti: & Zonar. *ad cap.* 144. *Concil. Carthagin. οἷς μήπω τὸ φρόνημα στερρόν*; quibus nondum solidum iudicium est. Idcircò dixit Hyppoc. *lib.* 1. *de diæta, cap.* 5. animam hominis cum corpore augeri, *ἀνθρώπου ψυχὴ ἐν ἀνθρώπῳ αὔξεται*; & *lib.* 6. *Epidem*, animam hominis semper nasci vsque ad mortem; *ἀνθρώπου ψυχὴ ἀεὶ φύεται ἄχρι θανάτου*, quæ verba Galenum aliosque interpretes exercuerunt, eorumque meminit Eustath. *lib.* 6. *odyss. β.* laudatque in eandem rem Herodotum, & affirmat Lucretius *lib.* 3.

Nam velut infirmo pueri, teneroque vagantur
Corpore: sic animi sequitur sententia tenuis.
Inde vbi robustis adoleuit viribus ætas,
Consilium quoque maius, & auctior est animi vis,

Inde aliqui mortalitatem animæ sibi colligere videbantur apud Lactant. *de diuin. proœm. cap.* 12. Verùm inde nihil habetur quàm facultates, & operationes animæ rationalis non perfectè exerceri in infantia, sed crescente ætate, quod circa annum 14. contingere dixit Possidon. apud Galenum *lib.* 5. *de Hippocratis. & Platon placitis.* Diogenes *in Zenone.* Plutarch. *de placitis Philosoph. lib.* 5. *cap.* 24. de mente etiam Stoicorum. Et sanè ipse Galenus *in lib.* 6. *Hippocrat. de morb. vulgar. commun.* infantes *νήπια* appellat vsque ad annum 14. & Mela sapiens Iurisconsultus puero relicta alimenta vsque ad pubertatem deberi dixit; *l. Mela* 14. *D. de alimen. legat.* Impuberes tamen si neque furiosi, neque septennes sint l. de sicariis teneri dicunt Basilica *lib.* 60. *tit.* 39. Itaque impures si iam pubertati proximi sint, hoc est circa 14. annum, & doli capaces sint, & lege teneri dicitur *l.* 4. §. *qua in tutore. D. de doli exception.* & cum iis furti, & lege Aquilia poterit agi, *l. impuberem* 23. *D. de furtis, l.* 5. §. 2. *D. ad l. Aquil. l. pupillum* 111. *D. de regul. iuris.* Hanc verò proximam pubertatem anno duodecimo metitur Leo *in epitom. l. tit. vlt. num.* 21. & l. Salica *tit.* 26.

Si

Si quis puer infra XII. annos aliquam culpam commiserit, fredus, & non requiratur. &c. Anastal. Sinai. *quæst.* 84. ex anno duodecimo peccata apud Deum æstimari voluit. Annum 14. alij requirunt cum August. *lib.* 10. *de Gen. ad litt. cap.* 13. & Papinian. qui adulterium post pubertatem incipere dixit. & tunc l. Iulia teneri, *l. si non minor* 36. *D. ad l. Iuliam.* Alij annum, vel sex menses ante pubertatem completam, siue annum 14. existimant, atque ita illud caput. *l. XII. Tabular. apud Plin. lib.* 18. *cap.* 3. & Aul. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. quod vult impuberem qui frugem aratro quæsitam furtim noctu pauerit, aut secuerit, prætoris arbitrio verberari, explicant. Et Libanius *declam.* 21. pueritiam non esse à peccato liberam, sed reprehensione dignam ait. Quoad supplicium autem expectandum omninò est tempus pubertati proximum, in illoque etiam consideranda doli capacitas. Triumuiri apud Dionem *lib.* 47. puerum quendam toga virili donatum inter viros retulerunt, vt iure posset occidi, quod facinus omnes detestati sunt. Ælian. *lib.* 5. *histor. variar. cap.* 16. narrat infantem pœna capitis affectum tanquam sacrilegum. Placet antiquus Romanorum vsus, de quo *l.* 1. §. *impuberi D. de SC. Syllania. Solet hoc in vsu obseruari, vt impuberes non torqueantur, terreri tantum solent, & habena, vel ferula cadi.* Habena lorum est, & scutica. Horat. *lib.* 2. *epist.*

In scalis latuit metuens pendentis habenæ.

Σκυτάλη, Scholiastes Oppiani, Hal. 1. σκυτάλα ἄβοιας λεγομένας. Theophan. δι' ἀβοιῶν μαστιγῶσαι. Vide Turneb. *lib.* 21. *cap.* 8.

10 Senectus quoque mitiùs agendum esse cum reis suadet, quare Vlpian. *l. si quis in graui valetudine* 3. §. *ignoscitur. D. ad S.C. Syllanian. Ignoscitur etiam his qui ætate defecti sunt,* vnde senes, & decrepitos à quæstione & tormentis immunes esse colligit Iulius Clarus 3. *sentent.* §. *vlt. quæst.* 64. aliosque in hanc rem Doctores ex variis iuribus allegat Tiraq. *de pœn. causa* 8. ipsumque Platonem. Et sanè si infantia, & pueritia minuit pœnam cùm eadem in senibus & animi leuitas, & morum ineptia, & mentis inconstantia, ac virium imbecillitas quæ in infantibus ex veteri prouerbio, existat, in illis quoque mitiorem pœnam obtinebit. Sapienter enim Alaricus apud Claudian. de victoria Stiliconis.

Si non mentis inops fraudataque sensibus ætas
Præberet veniam, nunquam hæc opprobria linguæ
Turpia, Danubius me sospite ferret inultus.

11 Ad personam pertinet quoque sexus, qui in decernendis pœnis est attendendus, cum segniori enim, & imbecilliori sexu benigniùs agendum est. Aurelian. Zenobiæ captæ, quam milites ad pœnam poscebant, vitam dedit; *Indignum existimans mulierem interimi*, inquit Vopisc. *cap.* 31. Veriùs id tribuerem eius superbiæ; *Mulierem siquidem triumpho reseruauit, vt populi Romani oculis esset ostentui.* Erricus Danus negabat pœnam infligendam esse mulieribus, nisi correctio pœnam emendare nequisset. Saxon. *lib.* 5. *historia Danica,* & Vlpian. *in l. sacrilegij* 6. *D. ad l. Iuliam. peculat.* vult Proconsulem sacrilegij pœnam moderari *pro qualitate personæ, & ætatis & sexus.* & Papinian. *in l. si adulterium* 38. §. *stuprum.* §. *fratres*, §. *incestum. D. ad l. Iuliam de adulter.* in pœna incestus infligenda magnum discrimen statuit in fœminis, & maribus. Ipse Leo magis in viros, quàm in fœminas sæuit, vti obseruat Plin. *lib.* 8. & denique virgil. *lib.* 2. *Æneid.*

—— Nullum memorabile nomen [illegible]
Fœmina in pœna est; inquit Æneas.

Et sanè cùm fœminæ minus habeant rationis quàm viri, quod pluribus ostendit Tyraquell. *l.* 1. *connub. à num.* 69. minus quoque illas peccare necesse est, an verò grauiùs sit adulterium & fornicatio viri quàm mulieris, disputant Theologi *in* 4. *dist.* 35. Nider. *in* 1. *præceptum.* Archidiac. *in cap.* 1. *de pœnit. distinct.* 1. & fusiùs Tiraquell. *in legem* 1. *connub. à num.* 85.

Conditio personæ spectari solet; ad illam verò 12 plurima pertinent quæ singillatim perstringenda sunt.

Primum est peritia, aut imperitia artis, quare tyronibus parcendum esse ait Modestin. *in l. desertorem* 3. §. *si plures, D. de re militar.* quod & dixit Arrius Menander *in l. qui cum vno* 4. §. *vlt. D. eod.* Ex quibus aliisque textibus passim Doctores colligunt cum nouitiis, seruis, tyronibus, atque in aliqua arte rudibus propter inexperientiam primùm peccanti parcendum esse ex veteri paræmia συγγνώμη πρωτοπείρῳ, συγγνώμη τοῦ πρῶτον ἁμαρτάνειν. Et illud Chrysostomi τὰ μὲν ἐν ἀρχῇ πίνοντι συλλαμβάνομεν ἅπαντες διὰ τὴν ἀπειρίαν. Iteratò tamen peccanti non parcitur; improbè enim Neptunum accusat, qui iterum naufragium facit, vt est apud Aul. Gell. *libro* 17. *cap.* 14. & Macrob. *lib.* 11. *Satur. cap.* 7.

Secundò consideranda rusticitas, & simplicitas, 13 ex qua sequitur ignorantia iuris, quia tunc minus peccatur, & absque dolo, qua de re fusiùs in nostra scientia canonica, vbi de factis per ignorantiam. Interea adi Tiraquell. *de pœnis causa* 11. Choppin. *de priuileg. rusticor. lib.* 1. *part.* 2. & *toto. lib.* 3.

Tertiò nobilitas personæ, propter dignitatem, 14 maiorum illustria facta, & natales. Distingui enim in delinquentibus hanc conditionem constat *ex l. sacrilegij pœnam* 6. *D. ad l. Iuliam de peculat.* & *l. Pedius.* 4. *D. de incend. ruina, & naufrag.* vbi Antoninus, eos qui bona naufragorum diripuerint, si liberi sint, fustibus cæsos in triennium relegari; si sordidiores in opus publicum eiusdem temporis dari, si serui flagellis cæsos in metallum damnari iubet. Qui sepulchra violarint, & corpora, vel ossa eruerint, *humilioris quidem fortunæ summo supplicio adficiuntur, honestiores in insulam deportantur,* ait Paul. *in l. vlt. D. de sepulchro violato.* Quod idem discrimen obuium est in iure; ita semper persuasum omnibus fuit nobilitatem aliquo priuilegio gaudere, & maximè quoad pœnam criminum, de qua re consule Tiraquell. *cap.* 20. *de nobilit.* & *tract. de pœnis, causa* 31. vbi de variis nobilium pœnis.

Quartò paupertas non modò à mulcta quam 15 pendere non potest, liberat, sed etiam pœnam minuit, maximè cùm quis cogente paupertate delinquit, quamuis illa non excuset à facinore; vide Tiraquell. *de pœnis causa* 32. & 33. quo postremo loco plura de necessitate excusant.

Quintò delinquentis antiqua merita maximè in 16 rempublicam, nam eius interest viros eiusmodi seruari, sic Ionathas qui Philistæos fugarat, seruatus à populo est, licèt parentis Saülis legem violasset, 1. *Reg. cap.* 14. parcitumque Horatio qui sororem desponsatam vni ex Curiatiis, illiusque mortem deflentem interemerat. Liu. *lib.* 1. Vide apud Tiraquell. *de pœnis, causa* 49. Idem contingit quoties delinquens insignis est in aliqua arte, vt habet Tiraq. *causa.* 50. vel aliunde fuerat omni vitæ genere commendans, & illustris virtutis, licèt casu quodam infœlici à sua virtute tunc longiùs desciuerit. Tiraq. *causa* 51.

Tertiò spectandum esse in mensurandis pœnis,

delicti

delicti locum, monebat lex *aut facta* 16. *D. de pœnis*: nam furtum in loco sacro sacrilegum fit, & aliquando ratione loci decernitur capitale supplicium, aliàs minus, vt qui in palatio Principis peccat, grauiùs punitur, qui clam deliquit leuiùs puniendus est quàm qui palam. Tiraquell. *causa* 57.

18 Quartò tempus facinoris mutat quoque pœnam, & vt ait in *l. cit.* Saturninus. *Tempus*. inquit, *discernit emansorem à fugitiuo, vel furem diurnum à nocturno*. Est verò emansor, qui diu vagatus extra castra tandem regreditur, *l. desertorem* 3. §. 2. *D. de re militari*; qui & remansor dicitur *l.* 5. §. *à barbaris*, *D. eod.* Itaque differunt emansores à desertoribus, vt erronesà fugitiuis: emanere est diutius extra castra vagari *l. si ad diem* 3. *D. de re milit. Si ad diem commeatus quis non veniat, perinde in eum statuendum est ac si emansisset, vel deseruisset pro numero temporis*: & *l.* 17. §. *caeterum*. *D. de aedilit. edic.* emanere est extra domum manere, sic enim Vlpianus eum esse fugitiuum ab imprudentibus dici solet, qui noctè aliqua sine voluntate domini emansisset, quod falsum ait Vlpian. A tempore igitur emansio distinguitur à fuga, fures nocturnos à diurnis distingui dicemus inferiùs. Hi expilatores dicuntur, qui qui obuium quemque noctu corripiunt, & exuunt vestimento, *οἱ τὺς ἀνθρώπους ἐκδύοντες ὡς τραχώτεροι τῶν κλεπτῶν ὑπάρχοντες*, inquiunt Basilica. Vide Cuiac. *lib.* 15. *obseruat. cap.* 31.

Secundò delicta ante Baptismum commissa, eo suscepto dimittuntur, & ipsorum etiam pœna, quod in foro quidem animæ certum est 26. *dist. tota*, & *cap. quod autem* 32. *quæst.* 1. *cap. vltimo de pœnit. dist.* 7. *cap.* 2. *in fin. de consecrat. dist.* 4. atque alibi. Quod in foro quoque iudiciali obtinere dixit Felin. *in cap. de his, de accusat.* narratque Tiraquell. *de pœn. causa* 25. Paduæ Iudæum Christianum factum enormis criminis reum coactis Vniuersitatis Doctoribus, & causa disceptata, tandem absolutum fuisse. Contraria tamen sententia communior & verior est, cùm Baptismus externum illud forum non respiciat. De eo verò reo, qui efficitur Clericus, vel Religiosus, vide Doctores laudatos à Tiraquello *in causa* 25. *num.* 8. nam ille reuerà puniendus est.

Tertiò delictum iam diu commissum, leuiùs punitur, *l. si diuturno* 15. *D. de pœnis*. & nuper ostendimus vinginti annorum præscriptione perimi actionem criminalem. Vide quoque Tiraq. *de pœnis causa* 29.

19 Quintò considerānda est qualitas criminis, an atrocius, an leuius sit, inquit Saturnin. *cit. lege aut facta* 16. §. *qualitate*, *D. de pœn.* Sic furta manifesta à non manifestis discerni solent, rixæ à grassaturis, expilationes à furtis, petulantia à violentia, quam in rem allegat Demosthenes *in orat. aduersus Midiam Atheniens. praeditum*, à quo in Theatro cum Dionysia agerentur, pultatus fuerat. Ipse Demosthenes, qui inter Choragos delectus erat, ideóque ipsum apud populum accusauit, & elegantissimè grauitatem iniuriæ, & facinoris atrocitatem ex omnibus adiunctis eleganter amplificauit, vti obseruauit ipse Quintilianus *lib.* 6. *institut. cap.* 1. affertque ibidem Demosthen. Euodonam tandamantis fratrem inter epulas in conuentu publico obtruncatum à Boota vnicum ob colaphum inflictum.

Quod verò dixit Saturninus, rixas à grassatoris qualitate distingui, ineptè illud ab Accursianis additum esse aduertit eo loco Budæus, qui idcireò monet grassatores esse viarum in vrbes, vicorumque obsessores, qui obuios iniuriæ opportunos spoliant, aut pulsantes, aut intentata morte territantes, *λωποδύτας* Græci nominant. Plinius *lib.* 13. *cap.* 22. *sub fin.* de Thaphia loquens. *Nero claritatem & dedit initio imperij nocturnis grassationibus conuerberatam faciem illinens sibi cum thure, ceraque, & sequente die contra famam cutem synceram circumferens*. De eodem Nerone Sueton. *cap.* 26. *Siquidem redeuntes à cœna verberare, ac repugnantes vulnerare cloacisque demergere assueuerat, tabernulas effringere, & expilare*: has quoque rixas nocturnas, quas à grassatoris distinguebat Saturninus, describit Iuuenal. *satyr.* 3. *sub fin.*

—— Miseræ cognosce procemia rixæ.
Si rixa est, vbi tu pulsas, ego vapulo tantum,
Stat contra, starique iubet, parere necesse est.
Nam quid agas cùm te furiosus cogat, & idem
Fortior, vnde venis, exclamat, cuius aceto,
Cuius conche tumes, &c.

Grassari tamen aliquando non per lasciuiam sumitur, sed in perniciem, & necem alterius. Suetonius de Caligulæ etiam inter ludos sæuitia, *cap.* 34. *Nec minore liuore, ac malignitate, quàm superbia, sæuitiaque, aduersus omnis æui homines grassatus est*. Alias tamen in bonam partem sumitur ea vox apud saluftium, vbi ad gloriam, virtutis viâ grassatur. Horat. *lib.* 2. *serm. satyra* 5.

——Dauus sis, comicus atque,
Stes capite obstipo, multum similis metuenti,
Obsequio grassare.

Et Liu. *lib.* 10. *Consilio grassandum, si nihil vires iuuarent, ratus*. Sed redeamus in viam, & in definiendis pœnis qualitatem criminis expendamus, vndeque atrocius, leuiusque fiat.

Nam primò si casu & imprudentia deliquit, quod etiam in homicidiis casu factis comperies. Vide Tiraq. *causa* 13. vbi pluribus illustrat.

Secundò diligenter attendendum erit an fuerit dolus, an culpa lata, an leuis, an leuissima, de quibus alibi dictū, & quantum inde minuatur, vel augeatur culpa & pœna, docet Tiraq. *causa* 14 & 15.

Tertiò ratione quoque amicitiæ poterit aliquando iudex leuiùs punire. Tiraq. *caus.* 16. & 17. nam etiam qui peccat gratiâ affinium, amicorum, & consanguineorum, immò & vicinorum, aliqua ratione excusari solet, & censetur minùs peccare, vt idem Tiraq. ostendit *causa* 20. 21. 22. 23.

Quartò qui falsa pietate motus peccat, minùs peccat, nisi in eo sit dolus. Tiraq. *causa*. 24. vel si rem communiter fieri solitam, licèt malam, præstitit. Tiraq. *causa* 42. aut qui falsâ alia ratione deceptus. Tiraquell. *causa* 43.

Quintò qui Principiaiussu, quamdiu legi naturali & diuinæ potiùs obediendum sit, minùs apud homines peccare censetur. Tiraquell. *causa* 34. Sicut & qui importunis precibus rogatus, *causa* 35. & potiori iure qui inuitus, graui metu, aut necessitate compulsus quidpiam patrauit, *causa* 36. qui denique ratione, aut potiùs occasione sui officij. *causa* 58.

Sextò omissio leuiùs puniri solet quàm commissio. Tiraq. *causa* 44.

Septimò quem criminis admissi pœnitet, dignus est aliqua venia. Tiraq. *causa* 28. sicut & qui crimen fatetur, *causa* 30. 4:. & 60. qui iam punitus aliqua ex parte fuit, & castigatus, leuiùs deinde plectendus est. *causa* 41. 45. & 64.

Octauò multitudo reorum pœnam singulorum minuit, Tiraq. *causa* 47. Sanè tota cōmunitas puniri vix debet, pœna maximè corporali, *causa* 59. & 63.

Sextò consideranda est quantitas criminis, illa enim, vt ait sæpè laudatus Satturninus *discernit furem ab abigee, nam qui vnum suem subripuerit, vt fur coercebitur, qui gregem, vt abigeus.* Hinc etiam fit vt delictum nondum consummatum, minùs punitur, quamuis aliquando & solus conatus, atque etiam voluntas, quæ aliquo externo signo se prodidit, puniatur, sed minori, & non ordinaria pœna. Vide fusè Tiraquell. *causa* 37. 38. 39. 40. 61. *&* 62.

21 Septimò euentum criminis spectari vult Saturninus, vt dum casu contingit, de quo nuper, aut eùm ex patrato scelere aliquid præter mentem, licèt prosperi, contingit, de quo casu consule Tiraq. *tract. de pœnis*, *causa* 52. vbi quæstionem in vtramque partem disputat. Huc quoque pertinet quod aliquando in facienda punitione creatur scandalum, tumultus, clamor & seditio, prudentisque fuerit quid eo rerum articulo agendum sit, diligenter inspicere. Vide Tiraquell. *causa* 46. Denique quando punitio ad plures fortasse non reos pertinebit, vt si parens plurium liberorum plectatur capite, aut fortunis omnibus. Vide Tiraquell. *causa* 26. aut si ipse pater liberos accuset, seipsum enim puniendum exponit. Tiraquell. *causa* 18. *&* 19.

22 Octauo debet Iudex suæ iurisdictionis fines non transgredi: nam aliquando potest leuiores tantùm pœnas imponere. Tiraquell. *causa* 54. & siue procedat viâ inquisitionis, & officij, siue viâ accusationis, eodem modo, in foro saltem ciuili procedere debet. Tiraq. *causa* 53. Qui ex præsumptione damnatur, minùs quoque plectendus, *causa* 27.

23 Nonò denique, sunt & diuersi gentium in iisdem criminibus puniendis mores, qui nisi aliquid iniquum contineant, seruandi erunt, & aliqui extraordinarij casus, ex quibus minuitur, aut etiam remittitur pœna, euiusmodi est occursus Cardinalis reo qui ad furcam ducitur, liberat enim eum omni pœna, vti nuper dicebamus, & pluribus Doctorum testimoniis probat Tiraquell. *causa* 55. quod priuilegium quoque Virginibus Vestalibus fecerat Numa, vt Plutarch. *in eius vita* testatur. Aul. Gell. *lib.* 10. *cap.* 15. inter Flaminis Dialis priuilegia, hæc recenset, ex *lib.* 1. Fabij Pictoris, *Vinctum si ades eius introierit, solui necessum est, & vincula per impluuium in tegulas subduci, atque inde foras in viam demitti. Si quis ad verberandum ducatur, si ad pedes eius supplex procubuerit, eo die verberari piaculum est.*

Recepta quoque consuetudo in pluribus Franciæ prouinciis fert, vt si puella reum mortis sibi in maritum poscat, illud liberet, quod testatur Masuer. *in pract. tit. de pœnis.* Chassanæ. *ad consuetud.* §. 5. *verbo, s'il n'a grace. versu duodecimus casus, n.* 96. *tit. des instances, & droicts d'icelle*, ait esse generalem consuetudinem totius Franciæ, cuius nullam aliam rationem affert, quàm quod matrimonium maior illi pœna futura sit. Tiraq. *de pœnis causa* 56. negat hanc consuetudinem hodie seruari.

Hæc paucis ex Tiraquello libuit perstringere, & ferè duntaxat indicare, si enim de singulis illis disputare placuisset, longiùs ad alienas materias suo loco commodiùs tractandas, digredi oportuisset.

ARTICVLVS V.

An aliquis pro alieno peccato puniri possit.

Ratio difficultatis. 1. 2. 3.
Varia responsiones. 4.
Mensura pœna. 5.
Pœna diuersis modis incurritur. 6. 7. 8.
Communicans alieno peccato iure punitur. 9. 10.
Non delinquens nequit propriè puniri. 11.
Non delinquens potest pati in alieno peccato. 12.
Hac pœna non est spiritualis. 13. 14.
Neque corporea & capitis. 15.
Pœna extensio per consequentiam ad non delinquentes. 16. 17.
Res inanima in pœnam peccati aliquando destruuntur. 18.

SVppono eos qui ex alieno delicto puniuntur, non esse illius aut Socios aut complices, & 1
cùm ipsi non peccarint, alieni tamen peccati, cuius immunes ipsi sunt, ferre pœnas, quod crudele & iniquum videtur. Fuit tamen illa Persarum lex, cuius meminit Ammian. Marcellin. *lib.* 23. *per quam ob noxam vnius omnis propinquitas perit.* Quod Darius apud Herodot. præstitit: nam non solùm Intaphernem morte damnauit, sed eius liberos, omnemque familiam. Artaxerxes apud Iustin. *lib.* 10. eos qui suæ vitæ struxerant insidias, eorumque coniuges ac liberos occidit: & Artaxerxes alius Estheris maritus Amanú, eiusque liberos, & omnem cognationem interfici iussit, atque vniuersos Iudæorum hostes ipsis necandos tradidit, qui tum in Susam, tum in aliis prouinciis ingentem illorum stragem ediderunt, inter quos dubitari nequit plurimos innocentes extitisse. Verùm Deus ipse id ipsum quod Persarum Reges præstitisse videri poterit, puniturum enim se ait parentum peccata vsque ad quartam generationem, *Exodi* 20. 5. *Ego dominus Deus tuus fortis zelotes, visitans iniquitatem patrum in filios, in tertiam, & quartam generationem.* Et *lib.* 4. *Reg. cap.* 21. 10. *Quia fecit Manasses Rex Iuda abominationes istas pessimas super omnia quæ fecerunt Amorrhæi ante eum, & peccare fecit Iudam in immunditiis suis; propterea dicit Dominus Deus Israël, ecce ego inducam mala super Ierusalem, & Iudam, vt quicunque audierit, tinniant ambæ aures eius.* Huius igitur Regis, & omne genus profusam intemperantiam luit gens tota. Quod idem dicitur *Ieremiæ cap.* 15. 3. Et ne dicas populum imitatum esse scelera sui principis, atque adeò iustè punitum fuisse tanquam reum; iubet Deus Saüli aduersùs Amalecitas pugnanti etiam innocentes occidere, inquit enim *lib.* 1. *Regum cap.* 15. 3. *interfice à viro vsque ad mulierem, & paruulum, atque lactentem*, qui reuerà rei non erant: Et *Ezechiel cap.* 9. obiiciuntur Prophetæ sex viri militarem in modum armati ferro, quibus imperat Deus, vt interficiant omnes quorum frontibus à vi-

ro linteato non fuerit inscriptum salutare signum *vers.6. Senem adolescentulum & virginem,parvulum & mulierem interficite vsque ad internecionē.* Et Moses *Num.c.31.17.Cunctos interficite,quidquid est generis masculini,etiam in parvulis.* Iosue *cap.6.* Capta Iericho omnes interfecti sunt Dei iussu, etiam infantes. Idem imperatur circa ciuitatem Hai eidem Iosue *c.8. Deuteron.13.vers.15.*ciuitates omnes idololatras mādat euerti omninò,& deleri debere, omnesque eius habitatores interfici, nullumque discrimen inter nocentes,innocentesque constituit.Quis etiam neget igne Pentapolitano pueros ac puellas sublatas fuisse. *Iosue.7.* pro delicto Acham multi ex exercitu Iudæorū cæsi sunt. Denique qui sine Baptismo decedūt puniuntur pro peccato originali pœna damni,cùm tamen ipsi non peccauerint vllo peccato actuali. Dauidis puer ex illicito cum Bersabea congressu natus,à Deo fuit extinctus propter crimē paternum. *lib.2. Reg.* Filij Dathan & Abiron terra absorpti sunt diuina vltione propter scelus paternum, *Num.cap.17.*

2 Humanis etiam legibus peccata parentum in filiis puniri solent; nam *Iudicum* 20. decem tribus pugnantes contra Beniamitas, mulieres & paruulos interfecerunt,neque id Scriptura reprehendit, idēque videmus sæpiùs contingere in bello, vt euersa, aut incensa ciuitate pereant simul innocentes quando deuouetur ciuitas,aut vi capitur.Quod autem in bello licet, potest à Iudice iusta sententia decerni, cùm bellum actus quidam iustitiæ sit, vt constat. Iosue iudiciaria sua potestate Achanum violati diuini mandati,& sacrilegi furti reum iussit vnà cum filiis, & filiabus occidi. Neque aut diuino iussu se id facere testatur, neq; factum contra Beniamitas à reliquis tribubus commissum Scriptura vsquam reprehendit.Idem iure tum Cæsareo, tum Pontificio constitutum est,vt filij,& nepotes eorum qui diuinam humanámve maiestatem læserant,infamia, incapacitate ad omnia munera,& confiscatione etiam bonorum puniantur, *l.quisquis. C. ad l.Iuliam maiestatis,cap.vergentis,de hereticis,& cap.statimum. eod. tit.in 6.*numeratque duodecim casus in quibus filij pro parentum peccatis puniuntur Mathæ.de Afflict. *in constit.Neapolit.tit.*1.n.24.& 33.

3 In contrarium affertur illud Dei præceptum *Deut.24. Non occidentur patres pro filiis, nec filij pro parentibus, sed vnusquisque pro peccato suo morietur.* Quod se quoque seruaturum promisit Deus *Ezech.18.& Ier.31.anima quæ peccauerit ipsa morietur.* Quæ verò referebamus initio de Persis,aliisque gentibus, qui totas familias propter vnius peccatum rescindebant facilè reiiciuntur, cùm constet plures earum gentium leges iniquas fuisse.

4 Vulgò quidem respondent cum Aug. *lib. 44. veteris Testam.in c.8.Iosue.* Alensi 1. *parte quæst.39. memb.3.* & aliis, posse quempiam puniri pœna temporali & corporali pro peccato alterius, non tamen spirituali maximè perpetua. Verùm vti subtiliter obiicit Vasquez 1. 2. *disp.135. num.2.* hinc sequeretur infantes sine Baptismo decedentes puniri posse pœna æterna sensus,sicut puniuntur pœna æterna damni perpetua, quæ longè maior est, quam tamen pœnam sensus illis aduersarij negant. Deinde isti infantes plectuntur pœna spirituali propter Adami peccatum, quā tamen pœnā pro alterius peccato irrogari posse iure meritò inficiantur.

Respondet secundò Lyran. *in cap.20. Exodi.* cui & alij plures Doctores consentiunt, non infligi pœnam filiis pro parentibus nisi eorum peccata imitentur, quia illo Exodi loco additur, *in quartam generationem eorum qui oderunt me*, hoc est qui propriis peccatis Deum offenderunt. Ideóque S. Thomas 2. 2. *quæst.108. art.4. ad 1.* obseruat non extra quartam generationem istam punitionem extendi, quia vltra illam non solent filij videre peccata parentum, vt illa imitentur; quod etiam dixerat *lib. contra Adimantum, cap.7.* Augustin. & Gregor. *lib.15. moralium cap.31.* verùm cùm Deus illo loco dicat se visitaturum iniquitatem patrum in filios in tertiam & quartam generationem, *eorum qui ipsum oderunt*; ait quoque, *se facere misericordiam in millia iis qui diligunt eum, & custodiunt præcepta eius.* Opponit igitur eos qui oderunt ipsum iis qui diligunt, nempe imitando parentum scelera, vel virtutes. Debet igitur in vtrisque tertiam, & quartam generationem assignare. Quod si respondeas cum eodem August. *lib.5. quæstionum veteris testamenti, quæst.42.* per tertiam, & quartam generationem intelligi omnem generationem consequentem, cùm septenario numero vniuersitas comprehendantur, iam deficit ratio plectendi filios, quia peccata parentum imitentur; nam post quartam generationem videre non possunt parentes quos imitentur, vti monebat S. Th. Deinde perspicuus est sensus. Verborum Dei, opponit enim suam misericordiam iustitiæ, eo quod non puniat peccata parentum in filiis, nisi vsque ad quartam generationem, & tamen exhibeat misericordiam in mille generationes filiis propter bona opera parentum, quod iterum expressiùs explicatur *Exodi 34. Dominator domine Deus misericors, & clemens, & patiens, & multæ miserationis, ac verax, qui custodis misericordiam in millia*: & mox; *Qui reddis iniquitatem patrum filiis ac nepotibus in tertiam & quartam generationem.* Itaque quod dicitur priori *cap.20. visitans iniquitates patrum in filios in tertiam, & quartam generationem eorum qui oderunt me*, non debet referri ad filios qui oderunt Deum parentes suos imitantes, sed ad filios parentum qui oderunt Deum, eiusque præcepta violarunt, propter quorum iniquitatem liberi ipsorum ad quartam vsque generationem puniuntur. Et sanè si filij puniuntur, quia parentum peccata imitantur, non puniuntur parentes, sed ipsi filij propter propria peccata,& non propter scelera parentum,vti argumentatur Alphonsus à Castro *lib.2.de iusta Hereticor. punit.cap.10.*

Respondet tertiò Augustin. *lib.5.quæstionum veteris Testamenti, cap.8.* S. Thomas 1. 2. *quæst.87. art.8. ad 1.* puniri parentes in filiis, quia sunt aliquid patris, quare ipsorum bonum & malum reputatur bonum, & malum patris. Quæ ratio passim probatur à Doctoribus, ipsique etiam Aristoteli, *lib.1. Ethicorum,cap.11.* vbi ait mortuo bonum & malum adesse perinde ac viuenti, nimirum filiorum & posteriorum prosperas & aduersas fortunas, verùm sapienter sibi ipsi opponit Philosophus hinc fieri posse, vt qui secundùm rationem mortuus erit, deinde secundùm varias mutationes, quæ in posteris ac nepotibus contingent, quorum alij vitam ea ratione ducent, alij sceleratam, modò fælix, mòdò miser fit, & cameleontis instar mutetur. Non possunt igitur calamitates, aut bona posterorū facilè parentes iamdiu mortuos fœlices aut infœlices reddere; etsi id contingere possit in parētibus viuentibus qui vident totam suam familiam exscindi, aut torqueri. Sed hæc infortunia quartæ generationis parentes iamdiu mortuos non perturbant, aut multùm afficiunt.

5 Vt difficultatem istam quæ plurima exercuit ingenia

genia facilè definiamus, obserua quod S. Thomas, aliique pridem aduerterunt, pœnæ nomen si proprie capiatur, esse punitionem alicuius culpæ commissæ, ad quam idcircò relationem necessariam dicit, vnde est vulgatum illud August. *lib. 1. retractat. c. 9. Omnis pœna si iusta est, peccati pœna est.* Hinc fit, quod etiam aliàs annotauimus, vt qui peccat, meritum graue contrahat, & se obliget ad pœnam, idcircò contractus quandam speciem ea in re Michaël Ephesius agnouit *in quintum Nichomachiorum Aristotelis*, & quandam acceptionem & dationem atque synallagma; quare vt in contractibus spectatur æqualitas, ita in pœnis seruanda est inter culpam, & pœnam qua punitur. Horat. *lib. 1. sat. 3.*

—— Cur non
Ponderibus, modulisque suis ratio vtitur, ac res
Vt quaeque est, ita suppliciis delicta coercet.
Et alibi.

—— Adsit
Regula, peccatis quæ pœnas irroget æquas,
Nec scutica dignum horribili secare flagello.

Et Cicero *Epist. 15. ad Brutum*; *Est pœna modus, sic ut rerum reliquarum, & quædam mediocritas.* Quare Papinian. pœnam nomine æstimationis appellat, *l. Sanctio 41. D. de pœnis.* Aristid. *in oratione Leuctrica*, ait in quoquo crimine aliquid esse vltra quod vindicta procedere non debet. Hanc verò æqualitatem non esse ondè spectandam vt in ponderibus & mensuris, sed expenso proposito, ac voto eius qui deliquit, aliisve circunstantiis, monuit Demosthenes *in epistola* pro *Licurgi liberis.* Quare intra meriti modum magis, aut minus peccata puniũtur. Ex qua causa fit vt aliquando maior infligatur pœna quàm fuerit iniuria, vel dãnum scelere quod punitur illatum. Quod obseruauit Ambrosius *lib. 3. de offic. cap. 3. Leges*, inquit, *ea quæ detracta sunt alicui, cum iniuria personæ, aut rei ipsius cumulo, restitui imperant, quo furem à detrahendo aut pœnâ deterreant, aut mulcta reuocent.* Neque enim grauitas sceleris ex solo damno dato pensanda est, ideóque non censetur punitum ad æqualitatem per damni dati compensationem, quod initio huius capitis monuisse me memini, quare Lex Attica furem vltra dupli condemnationem vinci per aliquot dies iubebat, ex Demosthene *in Timocratem.* Aristid. *in Leuctrica.* 2. ait licere ex legibus propter iniurias sibi illatas, in iudicio persequenti, maiora in pœnam exigere, quàm ipsi acciderint. Apud Indos qui aliũ mutilauerat vltra talionem, manu, mulctabantur, teste Strab. *lib. 15.* Rationem reddit Aristot *lib. 1. magn. moral. cap. 34.* quia iustum est, vt qui alteri oculum effoderit non modò tantumdem, sed & aliquid amplius patiatur, vbi pluribus ostendit iustitiæ æqualitatem non esse in sola talione & contrapasso, vti contendebant Pithagoræi, qua de causa superiori articulo recensuimus varias causas propter quas pœnæ minuendæ, vel augendæ sint.

6 Secundò pœnæ nomen aliquando significat quodcunque incommodum quod alicui infligitur, quamuis nulla eius culpâ, vel peccato præcedente, quod obseruauit glossa *in 2. cap. de constitution.* & alij deinceps. Hinc illa regula iuris 23. *in 6. Sine culpa, nisi causa subsit, nemo est puniendus*; quæ non est vera punitio sed afflictio quædam. Obseruat autem ibi glossa, hanc regulam & negare neminem esse puniendum sine culpa, & posse tamen ex iusta causa puniri, quamuis nullam admiserit culpam, quæ essent propositiones contradictoriæ, si punitio in eadem significatione sumeretur, in vtraque nempe pro punitione vera & propria quæ essentialiter refertur ad culpam. Sumitur itaque pro aliquo incõmodo quod alteri infertur, siue ad emendationem, & vltionem culpæ cõmissæ, siue ex alia quapiam causa, iusta tamen, tunc enim nulla fit iniuria illi qui illud incommodum & malum pati cogitur, quia quãuis non deliquerit, iustè tamen ex alia quapiam ratione ipsi infligitur. Exemplum ponit in eo qui viduam duxit in vxorẽ, & eo qui casu leprosus factus est, nam vterque remouetur à sacris Ordinibus, prior quidẽ ob bigamiam & defectum Sacramenti, alter propter horrorem, & scandalum, de quibus fusiùs disputauimus in nostro opere de irregularitate. Hæc verò inhabilitas ad Ordines sacros censetur quoddã incommodum, atque adeò pœna impropriè dicitur, vti contingit in quibusdam aliis, v. g. domino serui qui noxam fecit, nam vel noxam emendare cogitur vel seruum noxæ dedere. Sic eadem glossa docet aliquam Ecclesiam posse priuari iure suo sine sua culpa *in cap. remouentes 22. dist. & in cap. 2. de constitution.* illud commune dictum, neminem priuari iure suo sine culpa, quod frequens est in iure, intelligi monet sine culpa, vel sine iusta causa, quæ eadem habet *in cap. antiqua, de priuilegiis.*

Tertiò hæc verò causa iusta propter quam sine propria colpa, quispiam patitur malũ, & incommodum sibi inflictum, oritur aliquando occasione alieni peccati, & pœnæ propriè, illi impositæ, propter aliquam connexionem, & veluti necessariam consequentiam. Aliàs imponitur propter quandam participationem peccati ab alio commissi, quare tum committenti peccatum, tum participanti directè, quodammodo æquè primò imponitur, estque vera, & propria punitio in vtroque. Quod alij explicant per damnum directè datum, vel quod in consequentiam venit: prius appellant per quod alicui aufertur id ad quod proprium ius habet; per cõsequentiam tantùm dari dicunt damnum, quo fit vt quis non habeat id quod habiturus esset, cessante nimirum conditione, sine qua ius non habebat, aut habiturus non erat. Probant exemplo Vlpian. *l. fluminum 24. §. vlt. D. de damno infecto.* In domo mea puteum aperio, quo aperto venæ putei tui præcisæ sunt. Ait Trebatius me non teneri damni infecti, quia existimari nõ potest operis mei vitio damnũ tibi dari in rein qua iure meo vsus sum; si tamen tã altè fodiam in meo, vt paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur; quæ & alia quæ sequenti lege 26. *D. eod.* afferuntur ostendunt ex alieno facto inculpabili nos damnum aliquod per quandam consequẽtiam pati posse, neq; damnum nobis teneri qui illi dãno, vel occasionem, vel etiam causam dedit, quãdoquidem in ponenda eiusmodi causa, iure agit. Idemque cõtingere poterit ex facto alterius, licèt peccaminoso, quoties ex pœna illi delicto iure imposita, damnum aliquod in nos perueniet per quandam connexionem necessariam, & consequentiam; quod frequentiùs accidit quando quis non propriè damnum patitur in re quam habet quæ illi aufertur, aut in qua incommodum sentit, sed prohibetur à lucro quod facturus erat, aut ab acquirendo iure, vel re quam acquisiturus erat, nisi prohibitus fuisset, quia conditio ad eiusmodi acquisitionem necessaria, deficit alterius facto culpabili, vel inculpabili, neque tunc propriè quidpiam amittimus, sed non acquirimus, præposterum enim esset, vt ait Paulus *in l. pretia 63. D. ad l. falcid.* ante nos locupletes dici quàm acquisierimus. Sic parentum bonis confiscatis, liberi suo magno incommodo illis priuantur, neque propriè loquendo puniuntur amissione illa bonorum, quæ nondum ipsorum

ipſorum erant niſi perſeueraſſent in parentum ad extremam vitam, bonis. Ideóque Alphenus *in l. eum qui 3. D. de interdict. & relegat.* ait eum qui ciuitatem amitteret, nihil aliud iuris adimere liberis, niſi quod ab ipſo perventurum eſſet ad eos, ſi inteſtatus in ciuitate moreretur.

8 Obſeruandum denique eſt aliquod damnum inferri alicui, aut eius lucrum impediri occaſione peccati alterius, vel quia peccatum, eſt proxima cauſa actionis qua illud damnum infertur, & pœna infligitur, vel quia eſt tantùm cauſa remota, aut potiùs occaſio. Sic qui vadem ſe pro alio debito dedit, patitur malum & incommodum ſolutionis, quam ab ipſo exigit creditor; cuius mali cauſa proxima non eſt vel inopia, vel mala fides debitoris, qui debitum non diluit, ſed obligatio qua ſe ſua promiſſione obſtrinxit: nam qui pro emptore fideiuſſit, non tenetur ex empto, ſed ex promiſſo; qui etiam pro delinquente vadem ſe præſtit, non obligatur ex delicto, ſed ex ſua ſponſione; quare ſi ea de cauſa aliquid præſtare damnetur, non dicetur puniri propter delictum alterius, ſed cogi dumtaxat ad præſtandam fidem, quam pro delinquente dedit, quæ omnia diligenter aduertenda & diſtinguenda ſunt ad facilem & enucleatam propoſitæ difficultatis explicationem: quare.

9 Dicendum eſt primò eum omnem qui aliqua ratione communicat alieno delicto, pro maiori, aut minori delicti participatione iure puniri, neque enim tunc alieni delicti, ſed proprij pœnam ſuſtinet. Obſerua enim damni iniuria illati reparationem non eſſe pœnam, ſed naturalem obligationem, ad quam æquitas obſtringit, quare ſi quis alteri damnum iniuria intulit, quamuis ſine culpa, vt aliquando contingere poterit, ad eam reparationem tenebitur, neque ſi ad illam à Iudice damnetur, dicetur puniri. Quod idem etiam dicendum erit in eo qui ad eiuſmodi damnum fuerit cooperatus, etiam ſine culpa: nam aliquando ſaltem in defectum principalis cauſæ tenebitur ad reſtitutionem, vt dicemus inferiùs, vbi de reſtitutione, neque tamen dici poterit, puniri propriè loquendo. De illa igitur naturali obligatione reparandi damni ſine culpabiliter, ſiue inculpabiliter illati, ſi quando contingat, modò non diſputo, ſed de propria punitione, quam dico infligi poſſe illi qui alieno peccato participauit; quia ipſe quoque peccauit, & proinde iuſtè punitur pro grauitate, aut leuitate delicti in ea participatione commiſſi. Participant verò alieno delicto, vt dicemus loco citato, qui factum vitioſum iubent, qui conſeſſum requiſitum præſtant, qui iuuant, qui receptum præſtant, conſilium dant, laudant, aſſentantur, non vitant cùm vitare tenentur, non diſſuadent quoties ad id obligantur, reticent quod ex aliquo iure prodere tenentur, non offerunt opem iniuriam patienti, cùm ex officio, aliâue ratione afferre debent, qui omnes pro ratione delicti in his omnibus commiſſi, puniri iure poſſunt, eaque fuit ſapientum omnium mens.

10 Et primò quidem de non prohibente ſcelus, cùm poſſit, & debeat, *Cic. orat. in Piſon. Neque verò multum intereſt, præſertim in Conſule, vtrum ipſe pernicioſis legibus, improbis concionibus Rempublicam vexet, ac alios vexare patiatur.* Brutus ad Ciceron. *Aliena igitur inquies culpa me reum facies; prorſus aliena, ſi prouideri potuit ne exiſteret.* Arnob. *lib. 4. adu. gent. Quiſquis patitur peccare peccantem, is vires ſubminiſtrat audacia.* Saluian. *In cuius manu eſt vt prohibeat, iubet agi, ſi non prohibet admitti.* Denique Auguſtin. *qui deſinit obuiare cùm poteſt, conſentit.* Qua de cauſa dominus qui ſeruam patitur proſtitutam eſſe cùm poſſit eximere, pro proſtituente habetur. Paul. *in l. Imperator 6. D. qui ſine manum.* ait nihil intereſt ipſe abducas & proſtituas, an patiaris proſtitutam eſſe pretio accepto, cùm poſſis eximere. Deinde ſi ſeruus ſciente domino occidit, dominum in ſolidum obligat, ipſe enim videtur dominus occidiſſe *l. 2. D. de noxalib. action.* Lege Fabia in dominum animaduertitur, ſi ſeruus domino ſciente alium ſeruum ſubduxerit.

Requiro verò & ſcientiam committendi delicti, & nõ prohibitionem eius, atque obligationem prohibendi, & denique potentiam prohibendi, alioquin ſi quidpiam iſtorum deſit non prohibitio, non erit participatio alieni delicti, neque ex illa quis tenebitur, aut puniri poterit, vt habetur *ex l. ſcientiam 45. ad l. Aquil. l. 1. §. hac autem, & l. in delict. 2. D. de noxal. action.* & alibi. Alij modi participandi delictis alienis à nobis enumerati perſpicui ſunt, & de illis aliquid dicetur inferiùs.

Dicendum ſecundò eſt, non delinquentem, neque alieno peccato quopiam ex modis recenſitis participantem, puniri propriè non poſſe. Ratio manifeſta eſt ex dictis initio, cùm pœna ſit culpæ correlatiuum: hic verò neque proprio delicto teneatur, neque alieno, cui nulla ratione communicauit, neque patiatur æquitas innocentem puniri; neque in aſſertione tam manifeſta & communi conſenſu probata immorandum ampliùs videtur. 11

Dicendum eſt tertiò poſſe non delinquentem, neque alieno peccato communicantem, ex alieni delicti pœna quidpiam pati, per quandam conſequutionem, excidendo à iure, & bonis quæ obtinere potera, ſi aliquis non deliquiſſet, & tali pœna non fuiſſet punitus, vt oſtendebamus in filio rei cuius bona publicata ſunt, quæ ſi pater non deliquiſſet, & publicatione bonorum ſuorum punitus non fuiſſet, perueniſſent ad filium, poſt publicationem autem ad ipſum peruentura non ſunt. Itaque ex hac parentis pœna per quandam neceſſariam conſequentiam filius caret bonis quæ habiturus fuerat, ſi parens neque peccaſſet, neque ita punitus fuiſſet. 12

Dicendum eſt quartò pœnam quæ à delinquente in alterum innocentem deriuatur ex quadam neceſſaria conſequentia, non eſſe ſpiritualem. 13

Pœnam ſpiritualem diximus *diſq. 1. de cenſur. q. 1. n. 5.* eſſe priuationem bonorum ſpiritualium; non enim conſiſtere poteſt in inflictione alicuius rei poſitiuæ quæ pœnam afferat, quænam ſiquidem res ſpiritualis cogitari poteſt, quam Legiſlator, aut Iudex ſua ſententia ſontibus inurat, & ſi daretur aut fingeretur eiuſmodi aliqua qualitas, quanam ratione per illius impreſſionem torquerentur rei? conſiſtat igitur oportet hæc pœna in morali aliqua, bonorum & commodorum ſpiritualium priuatione bona verò ſpiritualia ſunt duplicis generis, quædam ſingulis interna, vt gratia, habitus ſpirituales fidei, ſpei, charitatis, aliarumque virtutum character, & cætera eiuſmodi quæ ipſi animæ inhærent, & quæ cuiuſque poſſidentis ſunt propria. Alia bona ſpiritualia ſunt tituli publici iuris, & omnibus communia, vt Sacramenta, ſacrificia, beneficia Eccleſiaſtica, ſpiritualis iuriſdictio, publica ſuffragia, & alia eiuſmodi.

Bona illa ſpiritualia prioris generis nulli ſubduntur humanæ poteſtati, ſed diuinæ duntaxat, quare à ſolo Deo illis priuari poſſumus, vti oſtendimus

quæst. 1. *cit.* quod nunquam facit Deus ratione alieni peccati, eoque sensu verum est, anima quæ peccauerit ipsa morietur, neque vllus propter culpam alterius damnatur nisi ipsemet peccauerit. S. Thom. 1. 2. *quæst.* 78. *art. vlt.* & 2. 2. *quæst.* 108. *art.* 4. Vide Vasquez 1. 2. *disp.* 135. Salam 1. 2. *tract.* 13. *disp.* 15. *sectione* 14. & alios passim. Neque obiici potest pueros puniri pœna damni, eaque æterna propter peccatum Adami, nam reuerà pueri contrahunt peccatum originale quod singulis proprium est, & non peccatum Adami. Quidquid tandem illud sit, & quomodocunque contrahatur, illud enim modò disputandum non est, id præstitimus t. 2. & fusiùs dicemus in Theologia Paulina suo tempore.

Bona spiritualia secundi generis ita communia sunt, vt eorum dispensatio credita fuerit Ecclesiæ à Christo, quæ proinde eorum vsui tum actiuo, tum passiuo, aliquibus interdicere potest, quoties graues causæ eam interdictionem suadebunt: quare si in pœnam criminis fiat illa bonorum & commodorum spiritualium priuatio, veram & germanam pœnæ rationem habet, vt diximus *quæst.* 1. *cit.* contingere in censuris Ecclesiasticis.

14 Dico verò hanc pœnam siue censuram non posse ab Ecclesia infligi alicui in punitionem peccati alieni, sed exigere propriam pœnam illius, qui censura afficitur, vti ostendimus *tractatu de censuris disquis.* 5. *quæst.* 1. *num.* 3. quoties censura propriè dicta per se & directè fertur in aliquam determinatam personam, tunc enim eius propriam, culpam exigit: quoties verò censura afficit tantùm aliquem indirectè, & quatenus est pars, aut quidpiam eius qui primò & per se innodatur, requirit quidem culpam illius in quem primò, & directè infligitur, non verò illius ad quem indirectè & per quandam veluti consequentiam extenditur, neque pœna vera, & punitio est respectu illius, sed quoddam incommodum ex alterius punitione; propter connexionem, quam cum ipso habet, consequens, quod tamen cum habeat eundem effectum, censura dici vulgò solet, quare excommunicatio nunquam fertur nisi propter propriam culpam excommunicati, cùm sit pœna grauior morte. Idem dici de suspensione quæ priuat aliquo iure personali; secus contingit in interdicto generali siue personali, siue locali, quod aliquando propter vnius culpam infertur communitati; quia cùm sit tantùm negatio quædam ministeriorum Ecclesiæ quæ alicui illi communitati propter aliquod crimen commissum negat sua solita officia, vel illa exerceri in aliquo loco non vult, eaque ratione plectit communitatem; ea pœna necessariò trahitur ad alios, & innocentes quoque afficit. Quæ omnia fusiùs demonstrauimus *quæstione cit.* quam consulas velim.

15 Dicendum est quintò neminem posse pœna corporea maximè capitis puniri propter peccatum alterius cui nullo modo communicauit, id enim vetuit Deus *Deut.* 24. 16. *Non occidentur patres pro filiis, nec filij pro patribus, sed vnusquisque pro peccato suo morietur.* Ita S. Thomas 2. 2. *quæst.* 108. *art.* 4. *ad* 2. Alens. 3. *parte quæst.* 1. *in* 4. *art.* 1. Durand. *in* 2. *dist.* 33. *quæst.* 1. Couarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 8. *proposit.* 3. Vasquez 1. 2. *disp.* 135. *c.* 3. & alij passim. Neque videmus liberos pro delicto patris cui non participarunt, verberari, aut morte plecti; cùm enim iudex non sit absolutè dominus vitæ subditorum, sed solùm si delinquant, & delictum pœnam eiusmodi mereatur; non potest illi innocenti vitam eripere, neque à Deo, si id aliquando præstitisse videatur, qua de re statim, licebit ad humanam potestatem argumentari, cùm Deus habeat absolutum in creaturas dominium, & sapientissimis rationibus ad simile quid faciendum ducatur. Itaque commendatur Amasias *lib.* 4. *Regum. cap.* 14. & 2. *Paralip. cap.* 2. quòd percusserit seruos suos, filios autem eorum qui occiderant non occidit, iuxta id quod scriptum est in libro legis Moysis, nempe *Deuter. cap.* 24. iam allato. Plura assiuia ex scripturis dabit Lorin. *in illum Deuteronomij locum.* Vide Cyprian. *Epist.* 51. Abulens. *quæst.* 5. & 6. *in Deut.* c. 24. quare peccata suos teneant authores oportet.

Dicendum est sextò posse pœnam vnius delinquentis extendi per quandam consequentiam in alios, licèt innocentes, quoad bona & iura quæ adepturi erant, si alius non deliquisset; aut non punitus fuisset, vt ostendimus in liberis quorum parentes publicatione bonorum, aut exilio, vel deportatione puniti sunt. Ratio perspicua est, quia acquisitio illorum bonorum & iurium quibus excidunt, pendebat continuò à parentibus qui illa in liberos transmittere debebant, quod non potuerunt, vbi ipsis in pœnam sui delicti priuati sunt. Secus verò contingit in bonis & iuribus quæ iam isti innocentes acquisiuerunt, neque ampliùs pendent à parentum meritis, aut delictis, cùm iam plenè & iure possideantur à liberis tanquam veris dominis, ea enim illis sine sua culpa eripi non possunt, neque enim sunt in potestate vel Principis, vel Iudicis, vt illa pro potestate, & arbitrio transferat ab vno in alium. 16

Dicendum est septimò posse innocentes propter peccata aliorum reddi infames per quandam consequentiam: qua ratione Conc. Toletan. *XVI. cap. X.* quamuis dicat legem vetare *filios mori pro patribus*; definit nihilominus, *filios machinantium contra Regem, omnémque posteritatem ab omni palatini ordinis dignitate priuari, & fisci iuribus sub perpetua seruitute manere religatos.* Rationem huius discriminis inter bona fortunæ, & honorem ac famam, reddit Vasquez 1. 2. *disp.* 135. *num.* 11. quia bona fortunæ filiis iam acquisita, ita possidentur ab illis tanquam veris dominis, vt eorum dominium nullo modo pendeat à parentibus, quare non possunt à Legislatore aut Iudice illis priuari veri domini innocentes propter parentum peccata, quibus nulla ratione communicarunt. At verò honor, & fama continuò à parentibus deriuatur in filios, ideóque cùm parens propter suum delictum infamia punitur, & honore ac dignitate omni priuatur, non potest illam in liberos transmittere, illique necessariò vnà cum parente omni dignitate, fama, & honore quem à parente accipiebãt, accepturi ve erant, simul excidunt, idque fert communis omnium existimatio, nam filios propter merita parentum æstimant, & honore afficiunt, & propter eorum delicta viliùs habent, & nihili habent, & nullo afficiunt honore. Isque metus perdendæ ac profligandæ familiæ coërcet parentes à committendis probrosis sceleribus: quod etiam obseruauit Concilium Toletanum *cap. cit.*

Dicendum est octauò in pœnam peccati aliquando res culpæ omnis expertes, ipsáque inanimata destrui: Quod constat ex diuina lege de boue lapidibus obruendo, & non comedendo si cornu percussisset, & interfecisset quempiam, *Exodi c.* 2. *vers.* 24. De pecore cum quo vir, aut mulier concubuisset interficiendo cum ipsis, *Leuit.* 26. 16. De 18

Hiericn

Hiericnuthino anathemate, de animalium interfectione, *Iosue cap.6.* atque aliis. Fuisséque etiam vsurpatum à variis gentibus, vt animalia quibus ad scelera abusi fuissent homines, vel quæ ipsa per se se sua feritate graue damnum intulissent, supplicio afficerentur, dicemus inferiùs, vbi de quadrupede pauperiem faciente disputabimus. Quibus adde quod habet Lorin. *in cap.20. Leuit. vers.16.* Couarr. *lib.2. variar. cap.8. num.1.* & qui ab ipsis citantur; estque titulus IV. apud Harmenop. & in Basilic. *lib.60. de brutescentibus*, vel *obrudescentibus* : περὶ κτηνοβατῶν; qui sic habet; οἱ ἀλογευσάμενοι ἢ ζῷον κτηνοβατοῦντες καυλοκοπείσθωσαν, illis brutescentibus penis præscindi iubetur. De pecore nihil additur, cùm tamen aliunde constet, vt dixi, fuisse interfectum, in tanti videlicet sceleris detestationem, cuius grauitatem inde colligere debebant homines, vt obseruat Theodoret. *quæst.39. in Exod.* & S.Thomas 1. 2. *quæst.* 105. *art.* 2. *ad* 2. & Philo *lib. de legib. specialib.* Erat verò iusta illa lex, quia licet eiusmodi animalia culpæ capacia non sint, eorum tamen mactatione punitur dominus; & prætereà eorum vita non diuino tantùm, sed humano quoque dominio subiecta est. Possunt igitur ex aliqua causa iusta destrui, & interimi, vt doceantur homines quàm scelera eiusmodi cauere debeant. Qua etiam de causa aliquando res ipsæ inanimæ quæ patrandi sceleris instrumenta fuerunt, destrui omninò iubentur, vt allati Doctores referunt.

ARTICVLVS VI.

Consectaria ex doctrina superiori.

Consect.I. *Explicantur, & conciliantur loca Scriptura.*

II. *An filij Hæreticorum insontes iustè puniri possint.*

III. *Quo iure puniantur filij innocentes propter humanam maiestatem violatam à patre.*

IV. *An subditi propter delictum Principis puniri iustè possint.*

V. *An multitudo propter vnius scelus puniri iustè possit.*

VI. *Alia Consectaria.*

EX vniuersali doctrina per superiores assertiones explicata, non fuerit operosum vulgares quæstiones, quæ passim proponi solent, definire. Nos præcipuas attingemus.

CONSECTARIVM I.

Explicantur, & conciliantur loca Scriptura.

ET primò quidem quæ initio superioris articuli retulimus ex Scriptura, quæ quodammodo inuicem pugnare videntur, cùm Deus aliquando dicat se puniturum filios, & nepotes parentum peccantium; alias verò neminem aliena peccata luiturum, neque filium patris, aut patrem filij iniquitatem portaturum; eamque legem seruandam Iudicibus imponat.

Primò igitur, *Exodi* 20. 5. ait se visitaturum iniquitatem patrum in filios vsque ad quartam generationem, quod idem Moyses in oratione qua Deum alloquutur, repetit *Num. cap.*14.18. idque sæpiùs Deum præstitisse constat ex variis Scripturæ locis quos addensat Lorin. in locum citatum Numerorum. Neque responderi potest id dictum factúmve à Deo, quia illi posteri maiorum suorum imitarentur peccata, licèt illi expositioni plurimùm faueat Chaldæa paraphrasis, quia quod illis locis adiicitur de diligentibus, aut odientibus Deum, non ad filios, sed ad ipsos parentes referendum est, vti docuimus *articulo superiori.* Neque etiam satisfacit quod damnum alicui inflictum propter peccatum alienum non habeat rationem pœnæ & punitionis in illo cui infligitur, sed solùm rationem alicuius incommodi, licet quandoque grauioris, vti etiam *articulo superiori* fuit à nobis explicatum, quia manet tota difficultas cur innocens nulla sua culpa patiatur grauia incommoda inflicta à Deo, vel Iudice, propter alienum peccatum. Neque denique iuuat quod dicitur delinquentem puniri tunc in aliquo suorum bonorum, cùm filij, ac posteri affliguntur; nam cùm inferuntur ista damna, maiores qui deliquerunt, ea incommoda non sentiunt, vt mortui.

Resp. igitur eo loco ita commendari diuinam misericordiam, vt non officiat iustitiæ, cùm nihil impunitum relinquat, quamuis aliquando videatur punitionem criminum differre diutiùs: quare *illo Numerorum cap.*14. ait Moses; *Dominus patiens, & multa misericordia.* Chaldæ. *Elongans se ab ira.* Græcè μακρόθυμος, longanimis. Hebræ. *Longus naribus*; vox enim *aph*, & nasum, & iram significat, vt ostendit Lorin. *in Psalm.*25. & *in Psalm.*88. 15. quia ira prodere se solet in naribus, obseruatque Ioan. Baptista Porta *cap.7. physiogn.* ex Aristot. *in physiognom. cap.6.* & aliis veteribus, ex diuersa narium compositione, latitudine, arctitudine, amplitudine, acumine, obesitate, pronitatem ad iram colligi. Qui angustioribus sunt naribus fumos ex corde efferuescente ascendentes difficiliùs efflant, ideóque faciliùs irascuntur, quod obseruauit quoque Ribera *in cap.1. Nahum. vers. 9.* Deus itaque quia non concitatur iracundia, longis aut patulis naribus, nostro loquendi more dicitur, est enim longanimis *& patiens, & multa misericordia*, inquit Moses, additque, *auferens iniquitatem, & scelera*: vbi LXX. explicant ἀληθινὸς. Verax etiam *in Exodo cap.*34. 6. Hebræa dicunt *multus misericordia, & veritate.* Pro iniquitate & sceleribus, Græcè ponitur ἀνομίας καὶ ἀδικίας καὶ ἁμαρτίας; de quarum vocum differentia modò non disputo. Aufert iniquitatem Deus remittendo, condonando, indulgendo, id enim vox Hebræa significat, & Græcum ἀφαιρῶν vel λαμβάνων, auferre, vel suscipere in se non irrogando pœnas. Addit Moses *nullumque innoxium delinquens.* Reddunt Caietan. & Oleaster, *nullum innocentabit*; quod varij variè exponunt, & communiter, quod nullus per se, & apud Deum indicetur innocens; ideóque ex Rixelio nullus dicatur totaliter innocens, & proinde nullus maneat impunitus. Quod dixit Iobus *cap.9.*28. *Verebar omnia opera mea sciens quod non parceres delinquenti.* Hebraïcè quod non mundificares me, aut non declarares innocentem. Græcè ὅτι οὐκ ἀθῷόν με ἐάσεις. Idem dicitur Nahum *c.*1.3. *Mundans non faciet innocentem.* Non absoluet nimirum reum, cùm Iobus paulo ante dixisset minimè tutum esse cum Deo contendere, rationesque huius cogitationis tradidisset, & suis se verbis iugulatum iri, si excusare se, ac

iustificare vellet, & per parenthesim quædam inseruisset verba, quæ quia defensionis speciem quandam habuissent, ipse damnauerat; demùm alias rationes adducit cur Dei congressum horrere debuerit, neque cum illo mutire tutum, aut honestum sit, quia etiamsi simplex esset, & à peccato liber, illud tamen non poterat illi esse compertum. Tandem *vers.* 18. addit sibi ab omnibus operibus aliquid fuisse timendum, quia nempe Deus, qui intima quæque penetrat, deprehendit puniendum in eo in quo nihil homini apparebat iniustum. Deinde quia Deus nullum hominum delictum abire patitur impunè, & vti dicebat Moses, nullum innoxium derelinquit, quamuis enim videatur differre punitionem, illam suo tempore reddit, & tarditatem supplicij grauitate compensat; *Quia visitas*, inquit, *peccata patrum in filios in tertiam & quartam generationem.* Ἀποδιδοὺς, *reddens*, pro, *visitans*; debitam enim pœnam reddit, quæ pœna est priuatio bonorum quæ sceleratorum parentum liberi habuissent, si parentes non peccassent, nam & ditione quam promiserat parentibus potiti fuissent, & auxiliis quibus hostes suos vicissent, & eiusmodi aliis bonis priuati sunt, vnde non sequitur innocentes punitos fuisse. Deinde minatur Deus se punitturum posteros qui æmularentur patres, licèt illis iam pepercisse videretur Deus, & qui illa impunitate fuerant abusi, & ipsi quoque paternæ impietati communicauerant, nam & *illo cap. Num.* 14. *vers.* 22. Deus respundet Mosi. *Attamen omnes homines qui viderunt maiestatem meam, & signa quæ feci in Ægypto, & in solitudine, & tentauerunt me iam per decem vicee, nec obediuerunt voci meæ, non videbunt terram pro qua iuraui patribus eorum, nec quisquam ex illis qui detraxit mihi intuebitur eam.* Ex quibus apparet eos omnes qui à Chananitide repulsi sunt, fuisse reos; nam & Calebum, & semen eius in eam terram inducturum se promittit. Dico igitur Deum vel punire posteros reos, qui parentum peccatis consenserunt, vel ea sunt æmulati, vel si innocentes fuerunt, non fuisse punitos nisi priuatione eorum bonorum quæ obtinuissent, si parentes non deliquissent, & quæ parentibus, si obsequuti fuissent, promissa fuerant, in posteros deriuanda, vel quia ipsi posteri aliorum & propriorum peccatorum rei erant, quibus indulsisset Deus intuitu pietatis paternæ, puniti itaque iustè sunt, ne in sua impietate pergerent; vel denique cùm Deus sit supremus & absolutus dominus, sapienter, iustéque omnes variis calamitatibus afflixisse. Quare ex his, aliisque similibus Scripturæ locis colligi nequit Deum innocentes in pœnam alieni peccati puniuisse, quamuis fortassis eius occasione graues calamitates suprema sua vsus potentia, ex æquissimis causis in vniuersas ciuitates, familias, & prouincias inuexerit, quod percurrenti singula quæ de hoc casu Scriptura narrat exempla, constabit: nam & Madianitas fœminas iussit occidi, quia præuaricari fecerant Israëlitas in Phogor. Virgines verò reseruari, & paruulos quoque, ne aut patrum scelus imitarentur, aut aliquando vlciscerentur, vsus hac in re summa sua potestate; quod in aliis eiusmodi videre facilè fuerit.

Atque ita verè alibi dicit Deus filium non portaturum patris iniquitatem. Itaque iudicare vult iudices *in Deuteronomio, locis initio relatis.* Quare inde nihil est quod ad tuendam cædem innocentium propter aliena peccata iure colligi possit, quod amplius constabit ex sequentibus consectariis.

CONSECTARIVM II.

An filij Hæreticorum insontes iustè puniri possint.

Ratio difficultatis. 1. 2.
Pœnæ spirituales filiis Hæreticorum inflictæ, & quo iure. 3. 4. 5. 6. 7.
Pœnæ temporales quænam, & quo iure. 8. 9.
An filij nati ante patris hæresim subiiciantur his pœnis. 10.

RAtio dubitandi est quia vt scribit Hieron. 1
Epist. 3. *de morte nepotum*, neque virtutes, neque vitia parentum liberis imputantur; & Augustinus *Epist.* 105. Deus ipse foret iniustus, si quempiam damnaret innoxium. Sanctionem illam Atheniensium Solonis legibus adiectam quâ denoueri posteros volebant, damnat D. Chrysostomus *oratione vltima*, & Dei legi contrariam dicit, illa enim non punit liberos, & posteros peccantium, sed sibi quisque fit infortunij causa: ταλὰ παῖδας καὶ γένος ἐκ ἐπιξείων ὡς ἐκεῖ τῶν ἁμαρτανόντων ἀλλ' ἑκάστῳ αὐτῷ γίνεται τῆς ἀτυχίας αἴτιος. Philo *lib.* 2. *de legibus specialibus*, reprehendit mores quarumdam gentium quæ proditorum, tyrannorumque infantes liberos morte punirent, quare Deus ipse, vti aliàs retulimus, prohibet parentes pro liberis, & liberos pro parentibus occidi, *Deuteron.* 24. 16. quam legem laudauit Plato. *lib.* 2. & Philo *lib. de legib. specialibus*, & similem apud Ægyptios Isocrates, atque Romanam Dionys. Halicar. *lib.* 8. estque vulgatum illud Platonis πατρὸς ὀνείδη παιδὶ οὐδενὶ ξυνέπεσθαι: quod exprimit Callistratus *in l. crimen* 26. *D. de pœnis*, crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest: nam vnusquisque ea suo admisso sorti subiicitur, nec alieni criminis successor constituitur, idque Diui Fratres Hierapolitanis rescripserunt. Tull. *lib.* 4. *de natura Deorum. Ferretne vlla ciuitas latorem istiusmodi legis; vt condemnetur filius aut nepos, si pater aut auus deliquissent.* Seneca *lib.* 2. *de ira, cap.* 4. *Nihil est iniquius quàm aliquem hæredem paterni odij fieri.* Pausanias Græcorum Imperator, Atagini, qui Thebanis deficiendi ad Medos author fuerat, liberos nullo supplicio, aut malo affecit, eo quod diceret fuisse extra culpam. M. Antonius Philosophus rescribit ad Senatum, vt Auidij Cassij qui in illum rebellarat, liberis & vxori veniam det, cùm ipsi non peccarint. *Quare*, inquit, *filiis Auidij Cassij, & genero & vxori veniam dabitis, & quid dico veniam, cùm ipsi nihil fecerint.*

Certum tamen est tum iure canonico, tum ciui- 2
li constitutas fuisse pœnas liberis & posteris perduellium, qui diuinam, humanamque maiestatem violarint: quare videndum nobis quo iure inflictæ fuerint eiusmodi pœnæ insontibus, quod fieri nequit nisi singulas recenseamus. Ordior ab hæreticorum filiis, & nepotibus quibus duo genera pœnarum imponuntur, nempe spiritualium, & temporalium.

Primò igitur filij & nepotes hæreticorum pri- 3
uantur habilitate ad omnia beneficia Ecclesiastica; *cap. quicunque, §. hæretici, de hæreticis in* 6. vbi Bonifacius VIII. hæreticorum, eorumque credentium, receptatorum, defensorum, & fautorum filios vsque ad secundam generationem ad vllum beneficium Ecclesiasticum admitti vetat, vbi nomine beneficij

beneficij comprehendi quoque pensionem docet Sanch. *lib. 2. in Decal. cap. 28. num. 36.* Suar. *disp. 23. de fide, sect. 3. num. 4.* & alij; eo quod Pontifex vtatur voce generali, *nullum beneficium*; eaque amplissima significatione beneficij pensio quoque designetur, vt obtinet Gigas de pensionibus *quæst. 28. num. 11.* Hæc verò inhabilitas incurritur ipso iure; quare collatio facta eiusmodi filiis & nepotibus hæreticorum est omnino irrita, vt ibidem affirmat Bonifacius.

Hæc incapacitas verò beneficiorum Ecclesiasticorum, quorum collatio libera est Ecclesiæ, iustè potuit ab illa induci hoc casu, cùm in suis ministris certas conditiones exigere iure possit, quarum defectu inhabiles sint, & inepti, vt ad illa beneficia promoueantur, qua ratione postulat certas quoque conditiones ad Ordinum sacrorum susceptionem, & sicut irregularitas ex defectu non est pœna illius, qui hunc defectum patitur, ita neque incapacitas ad beneficia Ecclesiastica, quæ prouenit ex infamia paterna, & veluti ex infami genere, & sceleratis natalibus, & non ex propria culpa, non erit pœna, sed infortunium eius qui tam sceleratos parentes sortitus est. Deinde nihil perdit iste, sed tantùm non potest acquirere, quod potuisset obtinere, si parens eius aut non defecisset à fide, aut ad illam rediisset, à suoque crimine fuisset absolutus, vt statim dicam.

4 Quod verò pertinet ad beneficia iam obtenta, certum primò est hos filios & nepotes minimè priuari obtentis beneficiis ante delictum paternum. Ita Sanch. *lib. 2. in Decalog. cap. 28. num. 28.* vbi innumeros recenset, quibus accessit Ferdinand. à Castro Palao *tract. 4. disp. 7. puncto 2. num. 9.* contra plures alios Doctores relatos ab eodem Sanche *num. 27.* Ratio est quia Bonifacius non reddit illos *cap. quicunque, citato*, inhabiles nisi ad beneficia obtinenda, & vtitur deinde verbo, *non admittuntur*: quod non excludit tempus præteritum, sed futurum, quod ita tamen intelligendum est, vt eiusmodi beneficia ad preces patris hæretici dentur, quod de omnibus tali modo beneficia impetrantibus definitur, *citato cap. quicunque. §. penult. de hæreticis in 6.*

Secundò non sunt priuandi filij per sententiam beneficiis obtentis post parentum hæresim. Ita Conarr. *lib. 2. variar. cap. 8. num. 4.* Sanch. *cap. 28. cit. num. 30.* qui alios adducit, quia nullo iure id cauetur, sed solùm redduntur inhabiles ad beneficia obtinenda. Deinde cùm ex parentum hæresi reddantur ipso iure inhabiles ad beneficia obtinenda, eorum obtentio vel collatio fuit ipso iure nulla, & irrita. Igitur per sententiam non possunt illis priuari, illa enim sententia tantùm declarabit fuisse irritam, & inualidam beneficiorum illorum obtentionem, quæ non priuabit beneficiis istis sic obtentis, sed declarabit inualidè obtenta fuisse.

Tertiò neque ipso iure priuati, sunt per sententiam priuandi beneficiis obtentis post parentum hæresim, sed ante condemnationem, quia ante eam condemnationem neque infames, neque inhabiles erant ad obtinenda beneficia, illa igitur iure & legitimè sibi compararunt.

Quartò beneficiis obtentis postquam eorum parentes tanquam notorij hæretici condemnati sunt, priuantur eorum filij, & nepotes, quia eo tempore quo illa obtinuerunt, erant ipso iure inhabiles ad illa obtinenda.

Quintò non possunt isti filij inhabiles ad beneficia, beneficium obtentum ante illam inhabilitatem, cum alio permutare. Ita Sanch. *num. 33. cap. 28.* quia in permutatione est resignatio proprij beneficij, & alterius acquisitio. Atqui inhabilis ad beneficia nullius acquirendi capax est; qua etiam de causa permutatio cum excommunicato facta nulla est, quia excommunicatus est incapax beneficij acquirendi, vt tradit Conarr. *in cap. alma mater, 1. parte, §. 7. num. 2.* & nos alibi diximus *tractatu de censuris.* Ille tamen cum quo excommunicatus, aliúsve inhabilis acquirendi beneficij permutauit, acquiret beneficium sibi resignatum, sed inhabilis non acquiret sibi datum, & proprium amittet; quia vnus habet verum titulum sui beneficij, & non alter. Deinde quia quoties culpâ permutantis permutatio nulla est, nec potest sortiri suum effectum, valet permutatio in ipsius præiudicium, vt nequeat ad suum beneficium redire.

Denique quod de obtinendis beneficiis diximus, idem vti iam monui, de pensionibus dicendum est, illisque priuabuntur filij propter parentum hæresim, eodem modo quo beneficiis, quia licèt in materia pœnali quæ odiosa est, & strictius interpretanda, maximè ob alienum delictum, pensio non sit accipienda nomine beneficij, cum tamen iisdem modis acquiratur & amittatur pensio, quibus beneficium, cuius est fructus, & pars quædam accessoria, dum de beneficij acquisitione aut remissione agitur, pensio quoque iure intelligenda videtur.

Altera pœna qua afficiuntur filij & nepotes hæreticorum, est inhabilitas ad omnia officia publica, & magistratus, *cap. statutum, & cap. quicunque, de hæreticis in 6.* de qua pœna Suar. *disp. 24 de fide, sect. vlt. n. 6.* Qui tamen sapienter aduertit ex vi huius inhabilitatis, non manere priuatos iure eligendi, & præsentandi, cùm ea non sint officia publica. 5

Tertia pœna filiorum & nepotum propter hæresim parentis, aut aui, est irregularitas. Ita Ferdinand. à Castro *tract. 4. disp. 7. puncto 2. num. 6.* vbi tamen requirit vt ille hæreticus talis esse probetur, vel per euidentiam facti, vel per sententiam, & talis decesserit. Verùm cùm tota ratio inducendi, vel potiùs extendendi hanc pœnam ad filios hæreticorum, sit, quod ipsorum parentes hæretici ea fuerint affecti, & nos *lib. de irregularit. cap. 5. quæst. 3. dub. 1.* fusè docuerimus nullam irregularitatem oriri præcisè ex hæresi, sed solùm ex infamia coniuncta illi delicto, aut saltem requiri, vt illud notorium, & publicum sit, siue inde sequatur infamia iuris siue facti duntaxat, non potest hæc irregularitas reperiri in filiis ratione paternæ hæresis, si in ipso parente hæretico ratione proprij illius delicti non reperiatur. Quare si quæ sit hoc loco irregularitas in filiis & nepotibus, illa non erit nisi ratione infamiæ quæ in ipsos ex parentum crimine, atque damnatione ob illud redundat, de qua infamia statim dicam. Et denique quidquid statuas de hac irregularitate, vides illam non esse punitionem respectu filiorum, cùm omnis irregularitas non sit necessariò pœna, & plures nascantur ex solo defectu absque culpa ipsius irregularis. 6

Atque ex his omnibus sequitur vlteriùs quod statuebamus superiori articulo, in vniuersum filios istos non puniri pœna aliqua spirituali propter hæresim paternam, cùm non priuentur beneficio, vel iure, aliave re spirituali iam acquisita, sed tantùm quam acquirere potuissent si pater non fuisset hæresis damnatus. Potuit siquidem Ecclesia a qua pendent eiusmodi iura, præscribere certas conditiones vt acquiri possent, cum non teneatur omnibus illa passim communicare. 7

Dico

Dices filios istos non tantùm incapaces reddi ad obtinenda noua beneficia, sed etiam priuari iam obtentis, vt disertè babeint *cap. vnico, de schismat. in 6.* & *cap. vt commissi, de haeretic. in 6.* & ex Innocent. III. *constitutione* 8. & 10. *constitut.* Alexandri III. quæ est 10. Nicolai III. *const.* 11. Pauli III. *constit.* 22. qui omnes hos hæreticorum filios non modò priuandos, sed etiam priuatos dicunt omnibus beneficiis, vt paterni criminis memoria perpetuo mœrore tabescant, vti loquitur Innocent. Et denique *cap. fœlicis, de pœnis in 6.* filij & nepotes percutientis Cardinalem ipso iure beneficiis obtentis priuantur, cùm tamen crimen illud minus sit hæresi.

Resp. vel illa iura quæ afferuntur loqui de ipsismet hæreticis, vel intelligenda esse secundùm ius commune *in cap. statutum 2. de haereticis in 6.* vel loqui de beneficiis obtentis post hæresim paternam, ratione cuius fiunt ipso iure incapaces obtinendi beneficij, cuius proinde collatio fuit irrita; vel diriguntur ad Inquisitores & Iudices qui docentur quomodo hac priuatione vti debeant in reos, eorumque filios ac nepotes.

Denique ad illud de filiis percutientium Cardinalem, priuari beneficiis etiam obtentis; respondet Sanch. & Ferdinand. ex pœnæ maiori grauitate non semper & necessariò colligi maiorem delicti grauitatem, cùm aliquando minora crimina leuioribus pœnis plectantur, quod verum quidem est, non tamen satisfacit difficultati, quomodo videlicet insontes filij possint bonis iam sibi iure quæsitis priuari propter crimen paternum, id enim negauimus hactenus. Itaque respondeo, hos filios fieri infames infamia ex paterno crimine deriuata, ideóque arceri à beneficiis. Deinde ea priuatione puniri ipsos parentes, ideóque non afficere nisi filios & nepotes tunc existentes, & per rectam lineam masculinam descendentes, quorum pœnæ ipsum percussorem sine dubio torquent. Denique cùm Ecclesia habeat plenam & absolutam potestatem in beneficiorum collationem, mutationem, translationem, posse grauibus ex causis illa ab vno in alium transferre, etiam sine culpa eius à quo tolluntur, in bonum etiam totius Ecclesiæ, cui offensioni esset videre filium percussoris Cardinalis dignitate Ecclesiastica fulgentem inter eius Prælatos, aut Principes sedere; itaque illos suis dignitatibus & beneficiis abdicat, neque ea abdicatio propria pœna est, aut punitio eius qui abdicatur, quod vnum contendimus hoc loco, nempe filios non puniri proter paternum crimen, quamuis eius occasione damnum aliquod patiantur.

8 Venio ad pœnas temporales quibus afficiuntur filij, & nepotes hæreticorum, quarum.

Prima est infamia ex communi sententia, quam tradunt Conarr. *lib. 2. variar. cap. 8. num. 1.* Gomez. *in l. 40. Tauri n. 91.* Simanc. *catholic. institut. tit. 29. n. 13. & 14.* Farinac. *quæst. 191. num. 3.* Verùm huius pœnæ nullam firmum argumentum habemus in toto iure canonico, quæ enim ex Innoc. IV. Alexand. IV. Clem. IV. afferuntur à Farinacio, probant duntaxat istos filios ab officiis publicis excludi, vnde non infertur necessariò infamia, alioquin isti essent priuati omnibus priuilegiis, omnique actu legitimo, etiam à ferendo testimonio, quod nullibi ostenditur. Quare hanc infamiæ pœnam hoc loco negant Sanchez *lib. 2. cap. 28. num. 5.* Suar. *de fide disp. 24. sect. vlt. n. 7.* & *de censuris disp. 48. sect. 3. num. 2.* Ferdinand. à Castro *tract. 4. disp. 7. puncto 2. num. 10.* Menoch. *consil. 808. num. 44.* & alij.

Secunda pœna est incapacitas succedendi in bona parentis quæ fisco addicuntur *ex cap. cum secundùm leges, de haereticis in 6. & cap. filij, cap. quicunque, §. haeretici. eod. tit.* Quare neque illis debetur legitima, quandoquidem bona omnia parentis sunt fisco addicta. Itaque *l. Manichaeos, C. de haereticis*, quæ filiis Catholicis concedebat legitimam parentum hæreticorum, correcta est hac in parte, etiam per *Authentic. Gazaraos, C. eod.* Quod Sanch. *lib. 2. cap. 29. num. 9.* aliique permulti docent, qui consequenter affirmant filias patris hæretici non posse dotem obtinere, cùm parens omnibus suis bonis exciderit, quæ intelligenda sunt consentaneè iis quæ de confiscatione bonorum diximus hoc ipso capite *art. 2.*

Præstanda tamen esse alimenta istis liberis affirmat Ferdinand. *puncto 2. citato. num. 5.* quia cùm parens iure naturæ teneatur ex propriis bonis liberos alere, fiscus qui in ea bona succedit, æquè tenetur hac obligatione, atque obligatione soluendi debita rei cæteris creditoribus.

Tertia, dixi porrò non succedere filios hæreticorum in bonis, nam in cæteris quæ à patre non proueniunt succedere poterunt, v. g. in maioratu qui est à primo instituente, qui omnes descendentes vocauit, vnde non numerantur inter bona patris delinquentis, sed gentis & familiæ. Ita Molin. *lib. 4. de primog. cap. vlt. n. 51.* noster Molin. *disp. 648. num. 25.* Gomez. *in l. 40. Tauri num. 91.* Sanch. *lib. 2. cap. 30. num. 3.* & alij Doctores Hispani. Neque quidquam obstat quod minoratui accedat aliqua pars de iurisdictione, in quam patri hæretico succedere nequeunt filij ex *cap. 2. de haereticis in 6.* quia illud intelligendum est de iurisdictione & dignitate per se patri concessa, non de accessoria aliquibus bonis, qui enim eorum bonorum capax est, iurisdictionis quoque accessoriæ capax erit.

Quartò non priuantur auorum, aliorumque consanguineorum, nec etiam extraneorum successione; quia nullo iure id cautum est; quamuis fortassis aliter contingat in filiis reorum humanæ maiestatis violatæ, quia in his non valet argumentum à simili, vti obseruant laudati Doctores.

Quintò non plectuntur vnquam filij hæreticorum insontes pœna corporea, vti fustigatione, & morte, quod magno consensu tradunt Doctores omnes, ipsaque experientia confirmat. 9

Debent porrò filij hæretici ad incurrendas has pœnas habere parentem damnatum ob hæresim, non solùm ratione contumaciæ. Ita Ferdinand. à Castro *puncto 2. citato n. 12.* quia ficta confessio resultans ex contumacia delinquentis non est vera, sed præsumpta probatio, quæ soli delinquénti nocere potest, non eius hæredibus, cùm nocumentum proueniens ex delicto alterius, & prædecessoris, debeat esse ex vero delicto, & non præsumpto dumtaxat, quod pluribus ostendit Ferdinand. *loco citato*, contra Sanch. *lib. 2. cap. 27. num. 19.*

Filij nati ante hæresim, & delictum patris, non 10
afficiuntur istis pœnis. Ita Simanc. *cathol. instit. tit. 29. num. 22.* Gomez. *tom. 3. variar. cap. 2. num. 16.* Molin. *lib. 4. primog. cap. 11. num. 55.* & alter Molina *dispur. 658. num. 22.* Sanch. *lib. 2. in Decalog. cap. 27. num. 14.* vbi plures adducit quibus adhæsit Ferdinand. à Castro *puncto 2. cit. num. 15.* contra Conarr. *lib. 2. variar. cap. 8. num. 5.* Suar. *de fide disp. 24. sect. 3. num. 2.* Azor. 1. *parte lib. 8. cap. 13. quæst. 8.* & 2. *parte lib. 6. cap. 4. quæst. 3.* Tolet. *lib. 1. cap. 69. num. 4.* quos, aliosque dabit Sanch. *num. 9.* Probatur verò nostra sententia, quia filij nati ante

delictum

delictum patris non ſunt propriè filij delinquentis, neque filij deportati nati ante deportationem patris, *l. ex facto* 17. §. *ex facto*, *D. ad S C. Trebell.* & è contrario natus poſtquam pater fuit Senatu motus, non dicitur filius Senatoris, *l. emancipatum, D. de ſenatoribus*; quia in his omnibus tempus conceptionis ſpectandum eſſe pluribus docet Tiraquell. *de primog. quaſt.* 31. *num.* 8. ex gloſſa, *in l. imperialis, §. illud, C. de nuptiis.* Deinde filij concepti ante ſeruitutem à parente propter ingratitudinem contracta n, non amittunt ius quæſitum libertatis. *l.* 2. *C. de libert. & eorum liberis. Quoniam illis delicta parentum non nocent quos tunc ortos eſſe conſtiterit dum libertate petirentur.* Quod ipſum traditur *l. filiam, D. de ſenatoribus*, & §. *ſed etſi, Inſt. de ingenuis.* Hac de cauſa Concil. Toletan. XIII. *cap.* 1. omnibus qui in infidelitatem incidetant indulgens addit; *Quod & de filiis eorum decernimus obſeruandum, qui poſt admiſſum ſcelus nati eſſe produntur:* quia nempe filij ante illud ſcelus nati, non indigebant illa venia, cùm pœnas non incurriſſent. Denique iura nobilitatis conceſſa parentibus, non pertinent ad filios natos antequam parens illa iura & priuilegia illa obtineret. *l. vlt. C. de decurionibus.* vide Tiraquell. *de nobilit. cap.* 15. *num.* 9. *& de iure primog. quaſt.* 31. *num.* 28.

CONSECTARIVM. III.

Quo iure puniantur filij innocentes propter humanam maieſtatem violatam à patre.

LEx *quiſquis* 4. *C. ad l. Iuliam maieſtatis*, ſic habet. *Filij eius*, nempe patris perduellis, *quibus vitam imperatoria ſpecialiter lenitate concedimus, paterno enim deberent perire ſupplicio, in quibus paterni, hoc eſt hereditarij criminis exempla metuuntur, à materna, vel auita omnium etiam proximorum hereditate ac ſucceſſione habeantur alieni, & teſtamentis extraneorum nihil capiant, ſint perpetuò egentes & pauperes, infamia eos paterna ſemper comitetur, ad nullos prorſus honores, ad nulla ſacramenta perueniant, ſint poſtremò tales vt his perpetua egeſtate ſordentibus ſit & mors ſolatium, & vita ſupplicium.*

Prima igitur pœna eſt incapacitas ſuccedendi ex teſtamento quibuſcumque etiam extraneis, quare grauiùs puniuntur quàm filij hæreticorum, qui poſſunt ſuccedere aſcendentibus conſanguineis & extraneis, vt diximus *conſectario ſuperiori.* Aduertit tamen Ferdinand. à Caſtro *tract.* 4. *diſp.* 7. *punct.* 3. *num.* 1. iſtos non priuari hæreditate matris vel auiæ ipſis delatæ ante crimen patris, licet illius poſſeſſionem nondum apprehenderint, quia illis ius iam quæſitum eſt, iure verò quæſito non priuatur filius propter crimen paternum, vti oſtendimus, vnde etiam apparet æquitas incapacitatis ſuccedendi in bona cuiuſlibet, quia per eam impeditur tantùm ius quærendum, & non tollitur ius iam quæſitum.

Secundò filiæ eiuſmodi patris perduellis legitimam in bonis maternis obtinebunt, *l. cit. quiſquis, §. ad filias*; vbi hæc ratio redditur. *Quia filiæ propter ſexus infirmitatem minus auſuræ creduntur.* Verum quidem eſt quartam dumtaxat bonorum maternorum partem his filiabus concedi, quia ſola quarta pars erat tunc filiorum legitima.

Tertiò hæ filiæ minimè externorum, vel aliorum conſanguineorum ſucceſſione priuantur, ſed ſolius patris, quia eius omnia bona fiſco ſunt publicata, atque diſcrimen iſtud inter filios & filias hac in parte colligunt ex eadem *l. quiſquis.* Molina *diſp.* 658. *num.* 13. & Sanch. *lib.* 2. *in Decal. cap.* 29. *num.* 10. Gigas *de crimine laſa maieſtatis, quaſt.* 41.

Quartò non priuantur iſti filij donatione inter viuos, cùm *l. quiſquis*, nihil de illa loquatur, ſed ſolùm de ſucceſſione teſtati, vel inteſtati, quæ plurimùm à donatione inter viuos differt. Quod vltimum addo, quia donatio cauſa mortis æquiualet ſucceſſioni ex teſtamento. Ita Sanch. Ferdin. & alij *locis citatis*: quamuis conſtitutio velit iſtos in perpetua egeſtate degere, quod non fiet ſi ſint capaces donationum inter viuos; id tantùm intelligendum eſt reſpectu ſucceſſionis. Et ſanè infrequentiores ſunt donationes inter viuos ita amplæ, vt donatarios ditent. Deinde non prohibet Imperator ne ſua induſtria, aliâve ratione quidquam acquirant ex quibus aliquando diuites euadant, ſed ſolùm ne ex ſucceſſione locupletentur.

Secunda pœna iſtorum filiorum eſt infamia, quæ ex crimine paterno illis adhæret, vt diſertè habet *l. quiſquis.* Debet porrò delictum notorium eſſe etiam per ſententiam; quare filij horum rebellium, grauiùs quàm hæreticorum puniuntur. Hinc porrò fit vt neque ad ſacros Ordines, neque ad Eccleſiaſtica beneficia poſſint promoueri, cùm ab illis omnibus infames arceat Eccleſia, vti diximus *lib. de irregularit.* Quo iure verò infamia parentum poſſit aſpergere poſteros, diximus *art. ſuperiori.* Hinc etiam ſequitur ex hac infamiæ pœna plures alias naſci, quia pluribus interdicitur infamibus.

Tertiò filiæ non plectuntur hac infamia, quia id non dicit lex *quiſquis*, quam laxiùs interpretari non licet.

Quartò nomine filiorum qui pœnis numeratis ſubiiciuntur intelliguntur primò emancipati poſt delictum paternum, quia eiuſmodi emancipatio præſumitur in fraudem facta fuiſſe, ſecus verò ſi diu ante commiſſum delictum facta fuerit, vti ex *l. quiſquis ſapiùs citata, §. emancipationes*, colligunt paſſim Doctores cum gloſſa.

Secundò filij naturales & ſpurij, ſi certò conſtet reum eorum eſſe patrem, quod etiam dicendum erit de filiis naturalibus hæreticorum, alioquin plus tribueretur turpitudini quàm caſtitati, vt argumentatur Gigas *lib.* 3. *de crimine laſa maieſtatis, rubr. de pœnis quas filij, quaſt.* 3.

Tertiò filij poſt delictum paternum geniti, non verò ante, propter eaſdem rationes propter quas idem diximus de filiis hæreticorum.

Quartò non comprehenduntur ea lege nepotes, quia *l. quiſquis*, filiorum dumtaxat meminit, quo nomine non intelliguntur nepotes in materia odioſa, ideóque, vt in pœna hæreticorum nepotes comprehenderentur id exprimendum fuit; quare quod hac in parte plures Doctores comparant filios hæreticorum, atque nepotes cum filiis ac nepotibus perduellium, & humanam maieſtatem lædentium, ita vt in vtroque caſu tum filij, tum nepotes via maſculina deſcendentes pœnas eaſdem patiantur, vtuntur argumento quodam à ſimilitudine criminum, ſed non certo iure.

Quintò filiæ matris quæ crimen læſæ maieſtatis admiſerit, non tenentur his pœnis, quia *l. quiſquis*, huius caſus non meminit; eo fortaſſe quòd id crimen rariùs contingat; atque ita cenſet pluribus relatis Gigas *lib.* 3. *de crimine laſa maieſtatis, rubrica de pœnis*, & *quaſt.* 17. *num.* 3. Farinacius tamen *quaſt.* 116. *num.* 68. contrarium cenſet; res mihi dubia eſt.

Ad

Ad extremum moneo plures existimare *l. quisquis*, quoad pœnas aduersus filios humanam maiestatem perduellione violantium ipso vsu abrogatam esse. Gigas *lib. 3. cit. quæst.* 23. *num.* 3. Alciat. *consil.* 467. *num.* 6. res mihi incerta est, pertinetque ad varias gentium leges & mores. Certum quidem est eam legem, dum dicit æquum esse vt filij vitam amittant propter crimen paternum, & vsu abrogatam fuisse, & rationi minus consonam esse, quod plerique Doctores annotarant, vt videbis apud Salam 1. 2. *tract.* 13. *disp.* 15. *sect.* 14. *num.* 19.

CONSECTARIVM IV.

An subditi propter delictum Principis puniri iustè possint.

SVppono subditos neque huic delicto consensisse, neque consilium, neque opem dedisse, eo enim casu pœnam proprij delicti iure meritò ferrent. Dauid *lib.* 2. *Regum cap.* 25. & *lib.* 1. *Paralipp. cap.* 21. iussit numerare populum, quod Dauidis factum & crimen vltus est Deus pestilentia quæ intra paucas horas septuaginta millia è populo demessuit, qui proinde punitus est pro Principis sui delicto; videturque ratio, quia Princeps punitur in subditis qui constant corpus cuius ipse caput est, nam medicus vt vnum membrum seruet, alteri cauterium inurit, & vt ait eruditus Iustinus *quæst.* 133. *ad orthodox.* acerbissimum est delinquentibus tegibus supplicium id quod populis infligitur: πικρότατη τιμωρία τῶν ἁμαρτανόντων βασιλέων ἡ τιμωρία τῶ λαῶ. Principum verò scelera luisse populum frequenti compertum est experientia; vnde Hesiodus.

πολλάκι καὶ ξυμπᾶσα πόλις κακοῦ ἀνδρὸς ἐπαυρεῖ.
Sæpè luit populus pœnas vnius iniqui.

Respon. tamen etiam hoc casu retinendam esse doctrinam vniuersalem *articulo superiori* traditam, subditos prorsus insontes non puniri propter Principis sui delicta, sed quia cum ipso peccant, siue quia eius mores imitantur, aut ab illo se in crimina incitari populus patitur, aut eius delictis consentit, vel illa non prohibet, cùm possit, aut denique quia alias peccauit, pœnasque distulerat Deus, quas tandem nouo Principis scelere prouocatus infligit, quæ singula facilè fuerit demonstrare: nam quod dicebat Hesiodus populum vnius iniqui pœnas luere, ita interpretatur Proculus. οἱ ἐξὸν κωλύειν μὴ κωλύσαντα τῆς ἐκεῖνε πονηρίας: vt qui cum prohibere posset non prohibet vnius malitiam, & vulgatum illud quidquid delirant Reges plectuntur Achiui, verum est, quia ipsorum erat in concilio cogere Agamemnonem, vt sacerdoti filiam redderet, & eorum deinde classis exusta est, *vnius ob culpam & furias Aiacis Cilei*: quia cæteri non impedierant ne virgo sacerdos raperetur.

Nonnunquam verò in punitionem scelerati populi, Deus illi imperare permittit Principem æquè peruersum, qui illum sua crudelitate & sæuitia puniat, vel imprudentia præcipitet in ruinam, vel impietate ad omnia flagitia propellat: nam Isaiæ 3. *vers.* 4. *Dabo pueros principes eorum, & effœminati dominabuntur eis.* Minatur Deus ablaturum se Ierosolimæ quidquid illi aut munimento esse poterat, aut alimento, vt ab hoste pereat præsidio nuda, aut à fame, panis & aquarum inopia; *Auferet quippe omne robur panis, & omne robur aquæ*: auferet *fortem & virum bellatorem*, ad pugnandum videlicet strenuum. *Iudicem* qui præsit, moderetorque timidum, & tumultuantem populum, *& Prophetam*, à quo in dubiis diuina sciscitetur Oracula, *& ariolum & senem*, qui acri, perspicaciique iudicio quid à tempore, siue ab hoste timeri possit odoretur & coniectet. Tollet quoque *senem* qui prudentiâ longo rerum vsu & experientia comparatâ, quid facto opus sit, imperitæ rerum iuuentuti præscribat. Auferet præterea *Principem super quinquaginta*, ducem qui possit quinquagenarium, aut alium quemcumque ordinem ducere, *& honorabilem vultu*, nullum tel nquet honorabili specie, quem obseruet obscurum vulgus, & aliquo honore dignetur hostis, *& consiliarium*, qui confusam moderati possit multitudinem; *& sapientem de architectis*, qui contra hostiles fraudes, nouas architectetur machinas, *& prudentem eloquij mystici*, qui vim habeat ad persuadendum quid facto fuerit opus, aut qui consulta senum prudenti oratione referat, atque exponat tumultuanti plebi, vbi verò sublati fuerint Iudices, & Principes, ac Duces strenui, succedent eorum loco Principes alij, quibus & prudentia deerit, & virtus, ac constantia. *Et dabo pueros, principes eorum, & effœminati dominabuntur eis*, qui prudentia & rerum vsu careant, quique effœminati noua quotidie voluptate ac luxu liquefiant, & eò spiritus habeant omninò infirmos & muliebres, hostium non modò impetum, sed neque aspectum sustinere audebunt, vnde & populi tumultus, & iurgia & omnis denique ruina quam describit reliquo capite Isaias, subsequetur, quæ ruina pœna quidem erit, tum imprudentiæ Principum illorum, tum populi cuius scelera Numen prouocarunt, vt ipsis præfici permitteret Principes à quibus in ruinam impellerentur. Denique vt vno verbo dicam, tantùm abest vt insontes populi propter impiorum & sceleratorum principum delicta puniantur, vt potiùs eiusmodi propudia, & monstra illis in principes dati sint, tanquam diuinæ iustitiæ ministri forent, & populi crimina vlciscerentur, quod eleganter dicitur Iobi 34. 30. *Qui regnare facit hominem hypocritam propter peccata populi.* Quorum verborum gemina est sententia, prima quod Deus permittat improbos, & corruptissimos homines ficta quadam humanitatis specie, & mentita sanctitate ad supremos honores prouehi, qui deinde populum durissimo dominatu, & misera seruitute puniant; quod peccata populi commeruere, *propter peccata populi*; LXX. *propter peruersitatem*, ἀπὸ δυσκολίας λαοῦ. Hebr. è *propter offendicula*; vox Hebræa significat laqueos, illaqueationem, deceptionem populi, est enim venatorum strenuentium retia. Quia igitur populi peccata quibus suos proximos fraudibus & dolis illaqueabant commeruere vt Deus illis immitteret sæuum tyrannum qui eos vexaret, & peccatata vlcisceretur. Quare Cyprianus *Epist.* 67. propter Sacerdotum contemptum excitatum Israëlis ait Saül Regem *qui eos iniuriis grauibus affligeret, & per omnes contumelias & pœnas superbum populum calcaret & premeret, vt contemptus Sacerdos de superbo populo vltione diuina vindicaretur.* Atque hunc sensum Iobi verbis dat quoque Nicetas in paraphrasi, iratus siquidem Deus constituit improbæ plebi vel Principem improbum qui illam exerceret, vel quod aliquando grauius est, illum aufert vt sine duce aberret populus, & suo libito viuat. Oseæ 13. 18. *Dabo tibi regem in furore meo, & auferam in indignatione mea*; & Ierem. *cap.* 15. 4. *Dabo eos in feruorem vniuersis regnis terræ*

terra propter Manassem filium Ezechiæ; hoc est, vt interpretatur Anastasius Nicenus *quæst. 15. in Scripturam*; per Manassem, vbi pergit ostendere Deum per reges iniquos tanquam iustitiæ suæ ministros plagas de improbis pœnas sumere, eumque in finem regnis præficere, quod & de malis Episcopis docet, & aliquot exemplis illustrat. Idem argumentum versat Irenæ. *lib. 5. c. 24.* Greg. *lib. 25. in Iob.* Ambrosf. *in apolog. Dauid.* & *lib. 5. Epist.* 28. Origen. *homil.* 14. *in Iudic.* Cyprian. *lib. 1. Epist. 3. & 4.* Beruatd. *de conuers. ad cleric. cap.* 27. Euarist. *Epist. 1. ad Episcop. Ægyp.* negat à plebe arguendum Episcopum *licèt inordinatus sit*, quia pro meritis subditorum dispomitur à Deo vita rectorum, refertur 2. *quæst. 7. cap. 1.* Anaclet. *Epist.* 3. vnde sumptum *cap. ex merito 6. quæst. 1.* quod Gratianus tribuit Gregorio. Emendatior verò editio nupera Antero Pontifici; sed tenerà ex variis Anacleti sententiis *Epist. cit.* totum hoc caput compactum est. Denique Deum eiusmodi malis Principibus vti ad puniendos ipsorum subditos eleganter explicat Plutarch. *lib. de sera num. vind. cap. 4.* quemadmodum enim Hyænæ, & Phocæ, aliorumque fœdorum animalium coagula, aliqua habent ad sanandos morbos vtilia. Sic nonnullis & motsu & pœna indigentibus Deus iniiciens Tyranni alicuius sæuitiam implacabilem, aut magistratus molestam austeritatem, vitiosos morbo liberat. Tale medicamentum fuit Agrigentinis Phalaris, Marius Romanis, Orthagoras Myro, & Chlysthenes Sycionis.

Est & alia verborum Iobi sententia, quam Caietanus & alij videntur, & illud *propter peccata populi*, non significare causam, sed consequutionem quandam & effectum, quia populos offendet, & peccabit sub Principe hypocrita, quem Deus regnare permittit, quia vel existimant illum impium non esse cùm regnet, aut quia suadet sanctum esse, quandoquidem virtutis speciem mentitur, atque ita populus deceptus, & in scelera, & in ærumnas grauissimas ruit; vnde Ambrosius in apologia Dauid. *Regum lapsus pœna populorum est, sicut enim eorum virtute seruamur ita etiam errore periclitamur.* Reges enim suo exemplo & authoritate in eadem crimina trahunt populos, vt videmus in regibus Israël, qui idololatriam toties persuaserunt. Vides itaque non plecti populum propter Principum, sed propria delicta, quia ipsi suis sceleribus, aut improbos principes commeruerunt, aut illorum crimina sunt æmulati, quod idem de bonis Principibus qui videntur aliquando puniri propter scelera subditorum quæ prouocant Deum ne faueat Principi in ipsorum gratiam, aut ne virtute, vel pietate Principis moueatur ad ignoscendum plebi, quod sæpiùs Moses expertus, qui suis orationibus Deum omnimodè placare non potuit, neque ab illo integram, & absolutam veniam impetrare. Quod verò initio asserebatur de Dauide qui suo peccato in numerando populo commisso pestilentiam in populum prouocauit, non ostendit propter vnius Dauidis peccatum punitum fuisse Israëlem, nam *cap. illo 24. lib. 2. Regum. verf.* 1. dicitur; *Et addidit furor Domini contra Israël, commouitque Dauid in eis dicentem vade, numera Israël*, & *lib. 1. Paralip. cap. 21. Consurrexit autem Satan contra Israël, & concitauit Dauid vt numeraret Israël*, quare quidam apud Hieron. *in cap. 2. ad Ephes.* ad illud, *Eramus natura filij ira*, idem esse existimant hoc loco furorem domini, & diabolum. Dic Satanam armasse se hostilem in modum contra Israëlem eùm concitauit Dauidem ad recensionem populi, propter quam Deus deinde populum ingenti clade afflixit, commoueri concitarique à Satana Dauidem permisit in pœnam ipsiusmet populi. Hanc verò diuinam permissionem Scriptura nominat commotionem Dauidis in populum, & *commouit furor Domini Dauidem in eis*, id est, *in eos*. Ista commotio Deo tribuitur, sicut & excæcatio, obduratio, deceptio, quia non prohibet vel ab excæcato, & obdurato quidpiam fieri, vel ab alio qui cæcitatem & obdurationem inducit, vti explicat Theodoret. *quæst. 37. in Reg.* vbi ait peccatum populi propter quod Deus permisit Dauidem ad hanc numerationem à Satana concitari, fuisse proditam fidem quam suo Regi debebant, cùm ab illo ad Absalonem fratricidam defecerunt, & Saüli etiam à Deo exauthorato diu adhæserunt, quæ crimina expiari voluit, & puniri occasione Dauidis iniuriâ affecti ab eodem populo. Alij peccatum in eo constituunt, quod regem à Samuële postulauerint; vetius est, vt demonstrat Sanch. in hac populi numeratione & Dauidem & populum peccasse, atque adeo vtrumque iustè punitum fuisse. Dauidis ambitionem accusat Sulpitius *lib. 1. historia*, & Ambros. *lib. de pœnit. cap.* 9. melius Sanch. peccasse vtrò contra legem de recensendo populo latam *Exodi cap. 30. 12.* non licebat enim nisi iubente Domino populum numerare secus quàm fecerit Dauid, & in illa numeratione singuli censi dimidium sicli ad vsum Templi inferre debebant, quod non est seruatum. Itaque tum Dauid, tum populus peccarunt, & puniti iure sunt, facilèque foret ostendere clades cæteras quas regnantibus impiis Principibus Iudæis accidisse narrat Scriptura, tum Principum, tum populi ipsius peccatis repensas fuisse.

CONSECTARIVM V.

An multitudo propter vnius scelus puniri iustè possit.

Respondeo non posse nisi & tota multitudo eiusdem sceleris rea sit, quòd illud aut probarit, aut intulerit, aut non punierit, aut reum dedere, vel punire noluerit, aut perfugium, & defensionem ipsi dederit, vti videmus id quod aduersus Beniamitas cæteræ tribus susceperunt *cap. 20. & 21. Iudicum.* quòd immane flagitium à Gabaonitis patratum aduersus Leuitæ vxorem, neque punire, neque homines propudiosos dedere noluerint Beniamitæ. Quandonam verò multitudo censeatur aliquid aut velle, aut agere, etiamsi singuli non sint in eo sensu, neque probent, alibi disputandum est.

CONSECTARIVM VI.

Alia consectaria.

Hvc quoque pertinent aliæ quamplurimæ quæstiones quæ vel à nobis disputatæ sunt, vel alibi commodiùs agitabuntur, & ferè ad belli causas, & iustitiam pertinent.

Primò an vnius ob scelus vel ciuis vel Principis, bellum indici possit.

Secundò an in bello innocentes cum aliis occidi, in captiuitatem duci, nudari possint.

Tertiò an repræsaliæ licitæ sint, quandoquidem innocentes sæpiùs affligunt.

Quartò an anathemati deuoueri possit ciuitas, vel prouincia, & quid tunc militi liceat.

Quintò quid liceat in obsides si fides data non præstetur

præstetur ab illis pro quibus ipsi prædes sunt.

Sextò quid in hostilem agrum, & loca alia liceat, quæ prædæ iustæ, quænam manubiæ, capta ciuitate, & cætera eiusmodi, quæ huc pertinerent, quandoquidem bellum est actus iustitiæ vindicis, & in pœnam ac compensationem iniuriarum, & damnorum suscipitur si iustum est. Verùm longiùs profecto digrederemur; quare reiicimus in tractatum de humanis artibus, & ipsarum vsu, vbi fusiùs de arte militari disputabimus, & omnia quæ ad bellum pertinent pro nostro instituto explicabimus. Nunc verò maneat illa regula quam tradit Iustinian. *Nouell. 134. §. Cùm vero contigerit adulteria, raptusve mulierum, aut cades, aut quacunque alia crimina in prouinciis admitti, iubemus vt prouinciarum prasides omnia secundùm leges iudicent, & ipsos qui deliquerunt, non alios pro aliis capiant, aut ex regionibus vnde qui deliquerunt, ducunt originem alium pro alio comprehendant, damnumve importent eorum pradiis.*

CAPVT III.

De damnatione delinquentis ad pœnam, satisfactionem iniuriæ, & damni illati reparationem.

TRIPLICEM contra hi obligationem ex delicto & maleficio, quo proximo nocemus, diximus 1. *cap. art.* 3. nimirum ad subeundam pœnam qua puniri meretur reus, ad satisfactionem iniuriæ, si quæ facta sit, & ad reparandum damnum alteri illatum. Capite verò proximo singillatim disputauimus de obligatione ferendi pœnam nobis impositam, ad satisfactionem enim iniuriæ & damni compensationem delinquens ipse ex iustitia, & æquitate naturali tenetur, licèt à nulla alia potestate imperetur; quia tamen actor qui ius suum prosequitur aduersùs delinquentem, non semper agit ad pœnam, aut criminaliter, sed ciuiliter tantùm, ad id quod sua interest non fuisse læsum à delinquente, & satisfactionem iniuriæ petit; & quia, vti monuimus, iniuriæ grauitas & damnum illatum definiri sæpiùs debet à iudice, atque adeò satisfactionis qualitas, & damni reparatio quæ nonnunquam superant ea quæ sola naturalis æquitas præcisè postularet, totus ille excessus qui delinquenti imperatur, pœna quædam est, ideóque dum agimus hoc loco de damnatione delinquentis ad pœnam, simul agimus de damnatione ad satisfactionem iniuriæ, & nocumenti compensationem, quæ à iudice imponitur, & ab actore postulatur, neque distinguimus hoc loco actionem ciuilem à criminali, & pœnam pecuniariam, aliamve mulctam à pœnis corporeis, sed in vniuersum disputamus de damnatione rei quocumque iudicio, ciuili aut criminali, & ad quamcumque pœnam damnetur, volumusque nomine pœnæ designare illud omne ad quod dandum, faciendum, ferendumve damnatur.

ARTICVLVS I.

Quis possit damnare delinquentem.

Omne delictum aliqua pœna dignum est. 1.
Non licet cuilibet alienum delictum damnare. 2.
Neque ex iure naturali, neque ex iure ciuili. 3.
Sed id licet humana potestati dumtaxat. 4.
An fas sit, sibi ipsi ius dicere. 5.
An id liceat aliquando magistratibus. 6. 7.
An supremo Principi. 8.
An parentibus in liberorum delictis. 9.
An marito in vxoris culpis. 10.
An maioribus in iuniores propinquos animaduertere liceat. 11.
An dominis in seruos. 12.
An heris in famulos 13.
Ad publicam authoritatem punitio pertinet. 14.
Hinc constituti vbique iudices. 15.
Eorum diuersitas & gradus apud Romanos. ibid.
Apud Græcos. 16.
Triplex in iudice necessaria potestas. 17. 18. 19.
An potestas existimata, & non vera sufficiat. 20.
Consectaria inde. 21.
Quidnam ad validitatem putatiua potestatis exigatur. 22.
An iudex ipso facto priuatus iurisdictione valide iudicet ante sententiam qua damnatur. 23.
An excommunicatus possit iudicare. 24.

REpetendum est quod capite superiori diximus, omne delictum commereri pœnam ad quã delinquens eo ipso quod delinquit sese obligat, quare sapienter Imperatores nescio cui dicebãt, *Ipse se huic pœna subdidisti, l. vlt. C. ad l. Iuliam maiest.* & *l. Imperatores. D. de iure fisci*, quia qui volens delinquit, sua quoque volũtate pœnæ meritũ cõtrahit. Ideo Tacit. *lib. 12. Annal.* mulierem quæ se seruo coniunxerat, in sui seruitutẽ consensisse ait, quia ea pœna talibus nuptiis constituta erat. Hinc volgò dicimus pœnam deberi nocenti, non quod nocens habeat aliquod ius in pœnam, sed quia dignus est qui puniatur, & obligatur subire pœnam ac punitionem ea de causa sibi inflictam, estque, vti etiam eodem loco monuimus, quoddam contractus & synallagmatis genus: quare Michaël Ephesius *paraphrasi in lib. 5. Nicomach. Aristot.* γίγνεται, τρόπον, τινα δόσις, ἢ λῆψις δ' ἄνευ 1

τὸ

τὸ συναλλάξαν, λαβών. γὰρ χρήματα ἢ ἄλλο τι κλέψας δίδωσιν ἀντ' ἐκείνων εὐθύνας. Est hic quodammodo datio, & acceptio, in quibus consistit natura contractuum, nam qui res, aut aliud quid furatus est, pro eo dat pœnas, & inferiùs συναλλάγματα δὲ παλαιοὶ ἐκάλουν οὐ μόνον ἃ ἔχοντες συνέθεντο πρὸς ἀλλήλους τινῶν, ἀλλὰ καὶ τὰ ὑπὸ τῶν νόμων διηγορευμένα. Contractus à veteribus appellabantur non tantùm quæ mutuis conuentionibus constant, sed & quæ legibus sunt vetita, nimirum propter pœnam quæ delictis reddenda est.

2 Verum licèt constet delicta pœnam mereri, inquirendum tamen restat, an omnia peccata punienda sint, an aliquando omitti possit punitio, qua ratione peccato commensuranda sit pœna, quo fine & à quo infligenda sit, quæ aliaque permulta quærenda & explicanda hac disputatione suscipimus.

Atque in primis constituendum est punitionem & castigationem alieni delicti non esse cuiuis licitam, contra quàm dixerit Plaut. in Trin.

Amicum castigare ob meritam noxiam
Immane est facinus: verùm in ætate vtile.

Quod confirmant aliqui ex eo quod sit quidam in delinquentem atque in cæteros charitatis actus, cùm & delinquenti & cæteris prosit eiusmodi punitio, vnde pœna dicitur τιμωρία, κόλασις, παραίνεσις, ἰατρεία ψυχῆς; sit enim in emendationem, & ἐπανορθώσεως ἕνεκα; neque modò prodest pœna delinquenti, ne iterum delinquat, sed etiam illi, qui eius delicto læsus, ne iterum lædatur, & cæteri quoque vnius castigatione terreantur. Quid porrò interest eiusmodi punitionem & emendationem fieri, vel ab eo qui læsus est, vel ab alio quopiam, qui iniuriam propulsat, & lædentem vlciscetur, quare vindicationem per quam vim ac cõtumeliam defendendo, aut vlciscendo propulsamus à nobis, ac nostris qui nobis chari esse debent, & per quam peccata punimus, esse à naturæ iure, quod nobis non opinio, sed innata vis affert, dixit Tullius *lib. 2. de inuent.* Platæenses apud Thucydidem dicunt se vltos esse iure apud omnes recepto, vt hostilia patrãtes vlcisci liceat, κατὰ τὸν πᾶσι νόμον καθεστῶτα τὸν ἐπιόντα πολέμιον ὅσιον εἶναι ἀμύνεσθαι. Iugurtha cùm aduersus Asdrubalem, qui vitæ suæ fuerat insidiatus, bellum pararet, ait populum Romanum *neque pro bono, neque pro recto facturum, si ab iure se gentiũ prohibuerit.* Ita Salustius. Ipseque Samson negat se peccaturum si Palæstinon à quo male fuerat habitus, ipse quoque malè afficeret. Deinde in gentibus quæ nulla habent iudicia publica constituta, nullos Magistratus, ius naturale postulat, vt singuli iniurias, & damna sibi illata puniant, alioquin crimina omnia licita forent, & impunita manerent. Addam cum Plutarcho *in præc. polit.* vnumquemque bonum virum à natura magistratum designari, eumque perpetuum, sapientem nunquam esse priuatum. Tullius Nasicæ exemplo probat, & Horatius vocat Lollium non vnius anni Consulem.

3 Respondeo tamen non modò Euangelicæ Legi quæ omnem vltionem priuatis prohibet, sed etiam naturæ rationali, atque politiæ benè institutæ repugnare liberam illam alieni delicti punitionem, quod & omnium gentium perpetui, constantesque mores docent, cùm etiam apud eos qui nondum in vnam rempublicam coierunt, eiusmodi vltio passim permissa non fuerit, sed familiarũ quæ dispersæ erãt principibus, qui peccata in familias patrata castigabant, vel ab aliis familiis inflictas iniurias, armis & bello vlciscebantur. Eadem omninò authoritate qua similibus de causis ipsę supremæ respublicæ & Principes bella aliis indicunt dum res suas repetunt, aut sese tuentur, cùm singularum eiusmodi familiarum capita nulli alij superiori aut domino subderentur, ac proinde inter suos summa potestate pollerent, vt hodie quoque inter Canadenses, & Brasilos, aliósque ferino & bellnino more viuentes populos videmus factitari: singulæ enim familiæ quaqua versum propagatæ vnam veluti gentem constituunt, & sibi vnum aliquem Ducem eligunt, nisi sit caput gentis, & familiæ. Deinde cùm ipsamet natura potestatem authori generis tribuat, illa maximè viget in coercendis delictis, & reparãdis atque impediendis aliorum iniuriis, eoque exemplo plures familiæ in vnam ciuitatem coaluerunt. Principes & Magistratus qui cæteris ius dicerent, sibi præfecerunt, alioquin, vti capite superiori dicebamus, maxima esset rerum perturbatio, & omnes paterent aliorum iniuriis, dum illas ipsas coercere se dicerent, ferarum more quæ sese inuicem mordent, & dilaniant. Vnde Seneca *lib. 2. de ira cap. 32. Inhumanum verbum est, & quidem pro iusto receptum, vltio, & à contumelia non differt nisi ordine, qui dolorem regerit tantùm, excusatiùs peccat:* & Tyr. ὁ τιμωρῶν τοῦ πρωτοτυπήσαντος ἀδικώτερος. Iniquior est qui se vlciscetur eo qui prius nocuit: & Musan. *Cogitare quomodo quis remordeat mordentem, & nocenti noceat fera est, non hominis*, eumque fuisse omnium sapientũ sensum obseruat Iuuenalis.

At vindicta bonum, vita iucundius ipsa,
Nempe hoc indocti, quorum præcordia nullis
Interdum, aut leuibus videas flagrantia causis.
Quantulacumque adeò est occasio, sufficit ira:
Chrysippus non dicet idem, nec mite Thaletis
Ingenium, dulcique senex vicinus hymeto:
Qui partem acceptæ sæua inter vincla Cicutæ
Accusatori nollet dare, plurima fœlix
Paulatim vitia, atque errores exuit omnes.
Prima docet rectum sapientia, quippe minuti
Semper & infirmi est animi, exiguique voluptas
Vltio continuò; sic collige quod vindictâ
Nemo magis gaudet quàm fœmina.

Denique Lactantius *lib. 6. Imperiti, & insipientes si quando accipiunt iniuriam cæco & irrationabili furore ducuntur, & iis qui sibi nocent vicẽ retribuere conãtur.*

Quare respublicæ sapientissimè constituerunt ne 4
hæc criminum vindicta cuique pro arbitrio licita foret, sed à suprema potestate, vt & cæterarum rerum cura, certis legibus imperaretur, quibus & punirentur scelera, & suum cuique ius seruaretur, nullo singulorum incommodo & maximo totius reipublicæ commodo, atque pace. Vnde Lucretius.

Acrius in ira, quod enim se quisque parabat
Vlcisci, quàm nunc concessum est legibus æquis;
Hanc ob rem est homines pertæsum vi colere æuũ.

Placuit, inquit Demosthen. in Cononem de omnibus his iniuriis ex legibus iudicium exerceri, non autem ex cuiusque impetu, & arbitrio: προστέτακται ἐν τοῖς νόμοις εἶναι τούτων ἑκάστου τὴν δίκην, μὴ τῇ τοῦ προστυχόντος ὀργῇ μηδὲ βουλήσει ταῦτα κρίνεσθαι. Quintilianus, *iniuriarum compensatio non solum inimica, sed paci, est enim lex, forum, iudex, nisi quem iure vindicari pudet.* Imperatores Honorius & Theodos. *l. nulli C. de Iudæis; Idcircò iudiciorum vigor, iurisque publici tutela in medio constituta, ne quisquam sibi ipsi permittere valeat vltionem.* Denique Theodoricus apud Cassiod. *lib. 4. Epist. 10. hinc est quod legum reperta est sacra reuerentia, vt nihil manu, nihil proprio agatur impulsu: Quid enim à bellica confusione pax tranquilla distat, si per vim litigia terminantur:* atque vt cæterorum nobis ignotas leges prætereamus, Romanorum, Græcorumque leges temperatissimæ fuerunt in hac parte.

5 Et primò quidem constituerunt ne quis in sua causa ius sibi dicat, & iniquum admodum existimarunt tribuere alicui in re propria licentiam sententiæ, extantque litteræ Adriani Græce relatæ à Paulo *in l. pars litterarum 48. D. de iudiciis*; in quibus Imperator, summos etiam Magistratus quos ἄρχοντας vocat, quo anno in imperio sunt, neque propriam, neque eorum quorum tutores sunt causam in iudicio vel agendo, vel defendendo persequi, qui etiam non poterant & ipsi à quoquam eo tempore conueniri, sed exeunte Magistratu omnes actiones ipsis restituebantur: quod prudentissimus Imperator constituit, ne summi illi Magistratus sua potentia, litigantes in sua vel suorum causa opprimerent. Erant porrò ἄρχοντες Athenis nouem lecti iudices ad quos è tota Græcia etiam ab aliorum iudicio & arbitrio licebat prouocare, quod & Demosthenis Scholiastes Vlpianus in oratione contra Midiam, quam vocat ἀντιλαχεῖν δίκην, quod enim nos dicimus ressortum, iudicium, Græci dicebant ἀντιλαχεῖν, seu ἀντιλαχάνειν δίκην; hoc est vicissim litem intendere actori, & vicissim victori quæstionem referre. Subinde tamen apud Romanos ne facile Prætoris & Magistratuum maiestas impunè violaretur, *concessum est omnibus magistratibus, non tamen Duumviris, secundum ius potestatis suæ, iurisdictionem suam defendere pœnali iudicio, l. unic. si quis ius dicenti non obtemperat*: tunc enim, inquit Salicetus, censetur aliena & publica persona, non priuata, cui legi consentit regia nostra constitutio ann. 1552. *cap.* 15. licere iudici adeò defendere potestatis suæ ius, vt si ei illata fuerit iniuria sedenti pro tribunali, possit ipse nō alius mulctare, qua libuerit pœna, temerarium: nam nisi iudex læsus dum ius dicit, seipsum vindicet, quiuis dicet eum desidem & resupina ceruice gerentem titulum iudicis, vt loquitur Imperat. *in C. Theodos.* quare Dionysius *lib.* 10. refert Consules in conuentu cohortati legem confirmasse, vt omnibus liceat eos qui irreuerenter in suam authoritatem se gesserunt, mulctare. Hanc defensionem iurisdictionis suæ fieri à iudice dixit Boerius *q.* 114. *n.* 2. cùm interdicit subditis ne coram alio in sui præiudicium litigent. Denique non esse ferendum contemptum à iudice, ab eoque puniri posse ait Bald *in l. vn. cit. ne quis in sua causa*, & *l. nullum, C. de testib.* & *can. si quis ab Episcopo*, & *can. si quis*, & 2 *q.* 7. Adde & *l. quod reip. vindicandæ, D. de iniuriis*, controuersiam de Aduocato, qui audaciùs iudicem in postulando appellauit, narrat fusiùs Mornac. *ad l.* 1. *C. d postulando*. Sanè Plaut. *in Pseudol.* non ineptè dixit, *nihil est, suum qui conseruare officium est immemor.* Vide plura apud Vid. Papon. *q.* 202. & Mornac. *in l. vnic. C. ne quis in sua causa iud.* Ab hoc tamen iudicandi in propria causa Magistratibus Romanis concesso, vt dicebamus, iure, excipiebantur Duumviri, quibus id non licebat, cum ij neque iudicationem, neque imperium haberent, neque proinde ius dicendæ mulctæ. Erant hi magistratus municipales, qui & virgas, & vestes, vti Romani Consules haberent. Vide Ant. August. *lib.* 3. *emendat. cap.* 6. *sub fin.* comparat illos nostris Cabinis ciuitatum, Mornac. *in l. vnic. D. si quis ius dicenti*; qui idem *l. vnic. C. ne quis in sua causa*, alios quosdam casus obseruat, in quibus licet in sua causa ius dicere, quos expendere non vacat.

8 Vnum dumtaxat obseruo de Principe supremo qui superiorem non habet, apud quem eius causa cum subditis, atque etiam externis disceptetur. Ius igitur ipse sibi dicere debet; neque sanè alia de causa indicere bellum illi licet, quàm quia ipse propria authoritate suum ius prosequitur armis, cùm aliter illud aut tueri, aut recuperare non possit. Cur non igitur in aliis causis ex illa summa potestate etiam iudicabit? Id tamen minimè faciunt nostri Reges Christianissimi, & nunquam sibi ius dicunt in re propria, sed totum quidquid est iudicibus, quasi inter priuatos committunt, sæpiúsque contingit Principem superari à subditis, immò & visum aliquando testatur Mornac. *in l. vnic. C. ne quis in sua causa.* in publicis causarum actionibus dum ageretur cum solo Principe, iussum à Senatu Aduocatum fisci transire à loco auditorij in quo considere solent Triumuiri, ad cancellarium fori tumulum, vnde causas dicunt Pares Franciæ, diuerso sanè more ab antiquis Gallis nostris vsurpato, de quibus Cæsar *lib.* 6. *de bello Gallico, Plebs penè seruorum habetur loco, quæ per se nihil audet, & nulli adhibetur consilio. Plerique cùm aut ære alieno, aut magnitudine tributorum, aut iniuria potentiorum premuntur, sese in seruitutem dicant nobilibus. In hos eadem omninò sunt iura quæ dominis in seruos.* Nunc verò pari æquitate, & iudicio cum ipso supremo Principe disputant.

Secundò qui aliorum quoquo modo superiores sunt, ius habent illorum leuia delicta castigandi & coercendi, citra sæuitiam tamen, eiusmodi est ius parentum in liberos, maiorum in iuniores propinquos, dominorum in seruos, mariti in vxorem, magistri in discipulos, quod & ipsa naturæ æquitate, & iure gentium omnium ac moribus receptum est, & legibus quoque plurium rerumpublicarum, præsertim Romanis constitutum. Præclara est illa Xenophontis ad milites oratio; *Si quem vt prodessem verberaui, pœnam debere me profiteor, qualem parentes filiis, & magistri discipulis*: quare totum hoc ius potiùs ad emendationem rei, quàm ad eius punitionem spectat. De patria potestate in liberos non modò lege XII. Tabul. sed longè priùs ab ipso Romulo inducta ex Dionys. *lib.* 2. quæ omninò summa erat vinciendi illos, verberibus, morte denique mulctandi, terque in seruitutē venundandi, non est quod disputemus hoc loco. Vide Hotman. *comment. in leg. XII. Tabular.* fuit illa omninò rigidior, quam ipsi deinde Imperatores tēperarunt, vt videbis *in C. de patria potestate, lib.* 8. *tit.* 47. atque *Inst. eod. tit.* vbi ait Iustinian. ita vt in grauioribus contumeliis atque delictis Præsidem adire tenetur pater: quare dixit African. *l.* 77. *D. de iudic.* in priuatis negotiis, pater filium, vel filius patrem iudicem habere potest, hoc est in pecuniariis & ciuilibus causis, de quibus institui lis potest apud iudices, & in domesticis quibusdam negotiis, aut delictis leuioribus contra familiam commissis: non in causis publicis & publicorum negotiorum in quibus non nisi de capite & existimatione agitur, inhumanum & impietati proximum foret, patrem de filio, aut filium de patre iudicare; si tamen filius patrem aliquo scelere violauit, permittitur patri etiam priuato, & nullum magistratum gerenti, vt præscribat magistratui, vel alij iudicaturo, quam sententiam contra filium ferri velit, eaque sententiæ forma omninò sequenda erit, sed tanquam à patre, & non tanquam à iudice lata, *l.* 3. *C. de patria potestate*, quod reliquum est ex antiquo illo iure quo pater habebat liberam vitæ ac necis in liberos potestatem; neque repugnat Vlpianus *in l. qui iurisdictioni* 10. *D. de iurisdict.* cùm ait eum qui iurisdictioni præest, neque sibi, neque suis ius dicere debere, hoc est neque vxori, neque liberis suis, neque libertis vel cæteris quos secum habet, quia aliud est ius dicere, aliud iudicare, aut iudicem esse, quia ius dicentis arbitrium liberum est, iudicantis certæ formulæ adscriptum; & iudex pedaneus nullus erat nisi datus à Magistra-

à Magistratu in specialem causam, & in quem litigatores consentiebant, *l. si in iudiciis* 80. *de iudiciis*. Si igitur filius dabatur iudex in causa patris, aut pater in causa filij, nulli querelæ locus erat, cùm aduersarius in iudicem consensisset. Voluit igitur dumtaxat Africanus nihil repugnare ex parte personæ quominus & pater in causa filij, & filius in causa patris iudex esse possit, cùm aduersarius consentiat, neque vel naturam rei, vel rationem iuris esse impedimento, ne inter patrem & filium possit consistere iudicium, *l. ne cum filiofamilias* 16. *D. de furtis*, *l. imperator* 50. *D. ad SC. Trebellian.* hanc legem extendunt Mornac. & Duaren. *lib.* 1. *disp. anniuers. cap.* 51. ad Abbates quoad disciplinam domesticam, atque ad omnes qui alicui collegio præsunt, iuxta *cap. irrefragabili*, §. *excessus*, *de officio ordinar.* & *Authent. de statu Monachorum*. Quò denique pertinet articulus 59. constitutionis regiæ Blesensis.

10 De iure mariti ad occidendam vxorem in adulterio deprehensam, dicemus inferiùs, vbi de damnis alterius corpori illatis disputabimus.

11 De emendatione iuniorum à senioribus, habemus constitutionem *C. de emendatione propinquorum*; permittit illa propinquis senioribus in iuniores moderatam castigationem, si mediocre sit delictum quod admiserint intra priuatos parietes, de communi sententia propinquorum mediocriter etiam coerceri, nam si res grauiorem animaduersionem desiderat, offerendi sunt iudici, vti dixerat *l.* 4. *C. de patria potestate*; & denique dat tantùm constitutio vt iuniores stultos patris more corrigant, ipseque pater in filium infamem in nouercam, statuere non potest, sed eum offerre iudici puniendum debet, *l.* 2. *D. ad legem Corneliam de sicariis*. Immò nec in filiam adulteram nisi deprehensam in flagranti crimine.

12 Dominis quondam ius vitæ & necis in seruos erat lege Cornelia; qua non vindicabantur homicidia seruorum commissa à dominis, quæ deinde emendata est Constantini constitutione *l. vn. C. de emend. seruorum*, quæ tantum facit dominum qui seruum occidit animo occidendi, si volens ictu fustis aut lapidis cæcidit, si telo lethale vulnus inflixerit, aut laqueo suspendi iusserit, vel tertio præcipitandum mandauerit, veneni virus infuderit, dilaniauerit pœnis publicis corpus, ferarum vnguibus latera perfulcando, exurendo oblatis ignibus membra, aut tabescentes artus atro sanguine permixta sanie defluentes, propè adegerit in ipsis cruciatibus vitam relinquere, sæuitia immanium barbarorum. Quæ omnia adducere placuit, vt videas quàm sæuum ius esset dominorum in seruos, & quàm immaniter illos tractarent. Nota Vedij Pollionis crudelitas, qui seruos murænos mandendos obiiciebat. Vide Tertull. *lib. de Pallion.* & Senecam *lib.* 3. *de ira, cap.* 4. & *lib.* 1. *de Clement. cap.* 8. & 9. Plin. *lib.* 23. Hanc igitur feritatem sustulit Constantin. & permisit dominis seruos loris dumtaxat aut virgis castigare, vel vinculis coercere: & si ex hac castigatione interierit deinde seruus, hic casus non imputabitur domino, nec in eo dierum distinctio quibus post emendationem, aut vincula superuixit seruus, obseruanda erat. Aduerte fustem & virgam non esse synonima, quandoquidem permittit virga cædi seruum, non item ictu fustis, virga quippe quid minus erat quàm fustis; quod etiam colliges ex *l.* 2. *C. Theodos. de cura pubertis*. Quod attinet ad illam distinctionem dierum quibus post emendationem superuixit seruus, non abest à lege quam tulit Deus *Exodi* 21. Si enim seruus inter verbera moreretur, & *in domini mani-*

bus, reus erat homicidij, non verò si vno, aut altero post die.

De herorum in famulorum emendandis noxis, & 13 Magistrorum in discipulorum culpis moderatè castigandis, iure non est quod dicam hoc loco, cùm eiusmodi coercitionem moderatam omnes agnoscant, & nimis longum esset ad omnes istas quæstiones alio commodiori loco tractandas digredi. Ex his tamen omnibus colliges nullum esse ius castigandi aliena delicta, nisi illis qui potestatem aliquam & authoritatem in alios nacti sunt, siue natura duce iure à gentibus recepto, siue ipso, & communi consensu, siue qua alia ratione. Quo iure & moderatè vti debent, & in leuioribus dumtaxat tum delictis tum pœnis.

Quare vt grauiora delicta punirentur, & præcipuæ causæ quibus vnus se ab alio lædi queritur ex æquo disceptarentur; constituerunt vno veluti consensu gentes omnes tribunalia & iudicia, in quibus publica authoritate controuersiæ agitarentur; rei damnarentur, vbi certò constaret de delicto, aut absoluerentur si insontes comperirentur; suum denique ius cuique seruaretur, redderetur que, quod pertinet ad iustitiam legalem, quæ vt monebamus nuper in suprema potestate maximè residet, & ipsa suprema sua authoritate ius dicit, constituitque iudices, qui accepta à se potestate ex legum æquitate sanctè de omnibus iudicent, & ad quos omnes eiusmodi controuersias referri mandat. 14

Hos igitur controuersiarum publica authoritate disceptatores & arbitros, iudices nominamus à iura dicendo, inquit Isidorus *lib.* 51. *origin. cap.* 14. & Varro *lib.* 5. *de Lat.* quamquam aliud est *iudicare* & iudicem esse, aliud *ius dicere*, quod ostendit Franciscus Duaren. *disp. lib.* 1. *cap.* 51. nam iudex pedaneus propriè ius non dicit, & tamen cognoscendi, iudicandique potestatem habet; Prætor verò, aliúsve magistratus ius dicere, non autem iudicare dicendus est, quando iudici à se dato ius quasi constituit, & formulam iuris atque æquitatis præscribit, à qua in iudicando, cognoscendóque discedere non potest. Hocque discrimen inde confirmatur, quod aliquando duo illa tanquam diuersa simul ponantur; vt in *l.* 3. *Cod. tit.* 5. *Ne quis in sua causa iudicet, aut ius sibi dicat*. & *l.* 70. *D. de iudic. In priuatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere potest*. & *l.* 10. *D. de iurisdict. Qui iurisdictioni præest neque sibi ius dicere debet, neque vxori, vel liberis suis, neque libertis, vel cæteris quos secum habet*. Iudicare igitur, & ius dicere, synonima non sunt. 15

Erantque diuersi iudicum gradus & ordines, quorum alij ius dicebant, alij iudicabant, iusque à iudicio differebat, vt videbis in *l. amplius* 15. *D. ratam rem haberi*; illud enim propriè ad Prætorem, istud ad iudicem ab ipso datum pertinebat. Itáque iudicis nomen aliquando generaliùs accipitur pro eo omni qui de aliqua re vel iure suo, vel magistratus, qui iubendi potestatem habet authoritate cognoscit, & iudicat; nam & Prætor olim iudex appellatus est teste Liuio, & Magistratus qui tribunali & iurisdictioni præsunt iudices nominatur in rubrica *de iurisd. & o-mne omnium iudicum*. & rubrica *de rebus authoritate iudicis possidendis*, & *l.* 1. *D. de iudic.* & *l.* 29. §. *ea autem tempore*, *D. soluto matrim.* Eodemque nomine donantur iudices dati & delegati, qui & speciales ac pedanei dicuntur, & à magistratibus, à quibus authoritatem acceperint, separantur, *l.* 2. *D. de reg. iur.* & alibi passim. Initio siquidè Romæ sicut tota potestas penes regem erat, ita & iudicia ille vnus moderabatur, & exercebat, nisi vbi de capite ciuis agebatur,

tunc enim ad populum licebat prouocare, quod deinde lege Valeria reuocatum fuit, exactis regibus summa illa imperij potestas in Consules, Proconsules, Prætores, Quæstores, Præfectos vrbi diuisa est, ita vt cuique ius magistratus competeret, non æquali tamen gradu, cùm enim duplex, teste Papiniano esset imperium, nempe merum, quo vitæ ac necis potestas, grauiorum criminum coercitio continebatur, & mixtum cui semper iurisdictio adhærebat, cuiusque officium erat iubere, iudicare, iudices dare, in integrum restituere, & cætera eiusmodi facere; merum imperium sibi Senatus & Patres arrogarunt: mixtum Prætores vrbani, Proconsules quoque in suis prouinciis, sed sine datione iudicum obtinuerunt, quæ iurisdictio & lege deinde Cornelia, & Senatusconsulto ampliata fuit. Magistratus etiam municipales, & ædiles iurisdictionem aliquam, sed nudam & simplicem habuerunt, & sontes verberibus atque vinculis castigare poterant, non tamen iudices dare. Quia verò tota potestas à Regibus ad Consules translata fuerat, exercebant & illi munus iudicis; immò si Zonaræ credere placeat, ad Decemviros vsque creatos, Prætores dicebantur: & in l. XII. Tabul. apud Plinium legitur, *impuberem Prætoris arbitratu verberare*; vbi Prætorem pro Consule positum volunt, ita à præcipuo iudicandi munere dictum; cùm tamen Consules mole negotiorum grauarentur, & ius causas cognoscendi, ac disceptandi aliis mandare cogerentur, nomen Consulis accepere, siue à consulendo, siue à iudicando, cùm vtrumque significet ea vox ex Quintiliano *lib. 1. c. 9.* Anno deinde V. C. C.C.C.LXXXVIII. creatus est magistratus qui iudicis muneri totus incumberet, isque fuit Prætor vrbanus, honoratus, cuius edicta passim vocantur honoraria ab Imperatore. Deinde creatus fuit Prætor peregrinus, qui controuersias inter ciues & peregrinos dirimeret. Hisce prætoribus adiuncti subinde sunt sex; duo quidem V. C. anno IↃXX. Scicilia & Sardinia in prouincias redactis; duo alij anno V. C. IↃLVIII. deuictis Hispanis, & demum duo alij à Sylla Dictatore additi. C. Cæsar octo creauit, duos adiecit Claudius qui de fideicommissis iudicarent; quare erant XVIII. Prætores. Ex his duo soli vrbanus & peregrinus res ciuiles tractabant, reliqui criminales, & singulis certæ quædam eiusmodi quæstiones assignabantur à Prætore; igitur iudices hac formula petebantur. *Prætor iudicem arbitrúmve postulo.* qui & annuebat, & iudicum album, ac nomina eorum qui quoquo tempore iudicare debebant, percurrebat, tum respondebat petenti *si alium procas, niue eum procas:* id est *poscis*; quia licebat tum accusatori, tum reo quos vellent ex eo numero reiicere, & in locum eorum qui reiecti erant Prætor alios subsortiebatur, quibus legitimus numerus compleretur. Deinde iudices in leges iurabant, & agendi formulas à Prætore præscriptas accipiebant, atque coram tribunali considebant, indeque pedanei dicti, quia cùm Magistratus in edito tribunali, isti in imis subselliis, & ad pedes illius considebant; quare Theophil. *in Inst. & Nouell.* χαμαιδικαστὰς nominauit, alij ita nominati, quòd leuiore causa iudicarent, alij quod è plano, *Nouell.* 82. vnde ipsorum à Magistratibus discrimina facilè colliges cum Cuiacio. Illis dabantur Ἐκατικά, siue sportulæ, non autem magistratibus; qui perampla salaria habebant, pedanei permodica, pedanei non habebant adsessores. Magistratus habebant. Magistratus plerumque erant viri militares, legum ignari; pedanei periti νόμων ἢ ποιήσει, Magistratus habent tribunal, & βῆμα; pedanei non habent, sed scamnum βάθρον, in portico regia, ἐν τῇ τῆς βασιλικῆς στοᾶς. Sedebant ibi ab ortu solis ad occasum, quod de se fatetur Agathias *lib. 3.* litigatoribus conducentibus subsellia, vel ærario gratuita præbente. Zeno Imperator singulis iudiciis certos iudices pedaneos deputauerat, veluti in iudicio præfecti prætorio, alios in iudicio præfecti vrbis, alios in iudicio Magistri officiorum, quibus solis causarum cognitiones magistratus delegarent. Iustinian. *Nouell.* 82. constituit octo quos vult esse communes iudiciis omnibus, & eis solis causas delegari etiam à Principibus, atque ipsis magistratibus, nisi quandam partem litis velint suis adsessoribus delegare, dum tamen ipsi litis constitutioni, & vltimæ cognitioni præsint, ac sententiam definitiuam pronuntient, ex *Nouell.* 60. Si pedanei darentur à Principe, appellari ab illis poterat ad magistratum officiorum, vel præfectum prætorio, & quæstorem *Nouell.* 23. Si darentur à Magistratibus, appellabatur ad eos qui dederant *l. 1. D. quis à quo appellat. l. præcipimus, C. de appellat.* Excipiebantur duo casus in quibus non licebat ab his pedaneis iudicibus prouocare, nimirum si quem ex eremodicio damnassent, *l. ex consensu. §. vlt. D. de appellat. l. post edictum. §. vlt. D. de iudiciis, l. properandum, C. eod. l. 1. C. quorum appellat. non recip.* Est verò eremodicium desertio litis contestatæ, ex qua sequitur litis interitus, & absentis damnatio, quod nos dicimus, *condamner par default.* Deinde si reus iam appellauerat, nam tertia appellatio non admittitur, *l. 1. C. ne liceat in vna eademque causa ter prouunc.* His Iudicibus Magistratus committebant humiliora negotia, quæ definit Iustinianus ad CCC. aureorum, & disceptare vult ἐν χαμαὶ παρακαθημένοις; de qua voce aliàs. Non igitur cognitionaliter, hoc est actis accuratè, diligenterque confectis, sed per annotationem tantùm causas humiliores disceptabant, breuitatis & celeritatis causâ, sententiam tamen dicere ex periculo siue ex scripto, solemni more debebant.

Erant & alij iudices arbitri siue compromissarij, à partibus litigantibus mutuo consensu electi, de quibus dicemus inferiùs. Addo aliqua de iis qui iudicij veluti partes erant, quamuis ipsi non iudicarent.

Erant in primis adsessores, qui dabantur Præsidibus prouinciarum, vt illis ius dicentibus, aut iudicantibus adsisterent, vt *ex l. 1. D. de officio assessorum, & l. 1. C. de assessoribus*, vbi vocat consiliorum participes, & *l. 6. C. quomodo & quando iudex:* sic adiutores Præsidis Basilica dicunt συμπάρεδροι ἀρχόντων. Macarius *hom.* 15. βοηθούς. Plato δίκης συνεργούς; consiliarios *l. 3. 7. 12. & 13. C. de adsessoribus.* adsensores, *l. adsensores, in Cod. Theodos. eod.* Iuris studiosi & periti erant, ideóque dabantur prouinciarum Præsidibus, vt illorum imperitia istorum peritiâ iuuaretur, vt inquit Ioseph. *lib. 2. contra Apionem*, & Balsamon, *in can. 15. Conc. Carthagin.* quare si in iudicando Præses peccasset propter imperitiam vesanam medebatur adsessor, cui iniqua sententia imputabatur *l. 5. D. quod quis.* Præsidum erat, non prouincialium iudicum eligere sibi adsessores, ex *Nouell.* 60. Damnant Imperatores *l. 1. C. de assessoribus*, eorum Præsidum tyrannidem, qui metu & minis ad hoc officium cogebant, *cùm potius spe præmiorum, atque honorificentia sua prouocare deberent, eos quorum prudentiam sibi putant esse necessariam, non metu terribili, & necessitate incongrua libertati.* Sapienter enim Plato ἐλευθέρας παιδείας; liberæ sunt litteræ, disputatque sapientissimè aduersùs Phædrum, illustriores fore Magistratus adeò

litteratos,

litteratos, vt doctrinæ ſuæ monumenta relinquere poſſent ſcripta poſteris.

Salaria aſſeſſoribus conſtituit Alexand. Seuerus apud Lamprid. de quibus vide etiam Caſſiodorum *lib.6. variar. Ep.5.* Defuncto legato cuius comites erant, iis debetur ſalarium reliqui temporis quod à legatis præſtitutum erat, modò non poſteà comites cum aliis eodem tempore fierent *leg.4. D.de officio aſſeſſorum.* Quod tamen vix hodie ſeruari obſeruat ibi Mornac. Si tamen liberi eius qui in expeditione publica deceſſit, obtinere poſſent à Principe, vt anni totius ſtipendia perciperent, nihil ex eo auferri poſſet à paternis creditoribus, ſi liberi hæreditatem repudiauerint, cùm libertatis nomine *καὶ φιλοτιμίας βασιλικῆς*, id conſequuti fuerint. Sic intelligit Cuiacius *Nouell.53.de malitia ex caſu.* Hoc igitur quod in iſto caſu filiusfamilias acquirebat, pro Caſtrenſi peculio habebatur *l.1.C.de adſeſſorib.* neque quidquam illi oneris imponi poterat, *l.11. C. eod.* Quamuis porrò deberetur ſalarium adſeſſori integri temporis, mortuo legato, vti diximus, cùm debeatur merces totius temporis ei qui ſuas operas locauit, ſi per eum non ſterit quominus eas præſtaret, niſi alteri ſuas operas locauerit, *l. ſed addes 19.§. vlt l.qui operas.38.D.locati,* iſti tamen adſeſſores, ſicut neque iuris profeſſores ſuum ſalarium iudicio petere non poſſunt, neque magiſtratus ipſis petentibus ius dicat, *l.1. D. de extr. cognition.§.5.* propter inæſtimabilem ſcientiæ ciuilis ſanctimoniam, quæ mercede corrumpi non poteſt, vt eo loco dicit Vlpian. Mirum quod ex Plinij *Epiſtol. ad Arrian.* refert Hotman. *in comment. D. de officio adſeſſor.* iudicatum fuiſſe officialis ante legitimum tempus mortui ſalarium, hæredibus non deberi, quod durum ſibi videri dixit Hotmanus cùm pro rata temporis videri debeatur, ex *l.ſi quis 9. §.1. & l.qui inſulam 30.§.1. D.locati.*

Aſſeſſorum officium in cognitionibus, poſtulationibus, libellis, edictis, decretis, epiſtolis continebatur, vt ait Vlpian. *l.1. D. de officio aſſeſſ.* Præſides tamen non per aſſeſſores, ſed per ſe ipſos ſubſcribebant libellis, *l.2. C. eod.* ne plus ſibi arrogarent, & ſine pleniſſima cauſæ cognitione quidpiam citius expedirent. Quare emendaſſe Senatum morem improbum quo plerique nometarij iudices ex leui illa libellorum ſubſcriptione quotidianos prouentus capiebant, narrat Mornac. *in l.2. citatam,* interdixitque ne quid deinceps eo nomine exigerent, & inter conuentionis capita illud numerant.

Negat Paul. in *l.1.D.de offic. aſſeſſor.* licuiſſe iſtis Conſiliariis, ſic enim nominat, eo tempore quo aſſident, negotia tractare in ſuum quidem auditorium, in alienum non prohiberi, id eſt adſeſſorem non poſſe prætextu officij ſui negotia trahere ad auditorium ſuum, vt de iis diſceptari oporteat apud ius dicentem, cui ipſe adſidet, adeóque nec ſi iuriſdictio eius alioqui ſit competens. At permittendum ei eſt, vt apud alium Magiſtratum tractet negotia ſua, nec cogi debet vt aſſeſſor eſſe deſinat. Ratio euidens eſt quia aſſeſſoris officium non egreditur auditorium in quo adſidet. Simile quid dicitur de ipſo Præſide in *l. Senatuſconſulto 16. D. de officio praſid.l. decreta 48. D.de re iudic.* indéque receptum eſſe ait Mornac. vt iuridicus minor poſtulare poſſit in auditorio iuridici maioris; paucitas enim virorum qui peritiam habeant interdum id exigit, vt in *l.eos. D.de curion.* & *in l.1.C. qui & aduerſus quos.* Eiuſmodi functiones mixtas vocat Ariſtotel. *lib.4.politic.cap.15.* ἐξουσιολόχιτα, quaſi vera lucentia, quia exhibent vicem lucernæ veru, ſeu obelo præfixæ, & modò eminent & præſunt, modò inſeruiunt & deprimuntur. Inde nata quæſtio an eiuſmodi iuridicus aliquis, tametſi iunior, præire debeat aduocatos ſeniores in foro maioris iuridici, in quo poſtulat, quid ea de controuerſia ſtatuerit Senatus, vide apud eund. Mornac. ibidem.

Conſiliarij iſti aſſeſſores, & cancellarij Iudicum, & demum qui domeſticorum funguntur officio, poſita adminiſtratione per 50. dies in prouinciis reſidebant, vt poſſet conſtare de adminiſtratione ſi quæpiam aduersùs illam forent querelæ, ſi diſceſſiſſent ante id tẽpus, aut fugiſſent, vel alia ratione ſe ſubtraxiſſent pro confeſſis habebantur. Vnde quærit. Mornac. in eam *l.3. C.de aſſeſſorib.* an eiuſmodi fuga aut ſubtractio faciat plenam aut ſimplicem tantùm probationem, qua de re aliàs. Obſerua duntaxat cancellarios quos conſiliariis iudicum coniungit citata *l.3.* fuiſſe actuarios ſiue graphiarios qui acta & ſententias in mundum redigebant, aut ſubſignabant, quos non à cancellando, ſed à cancellis dictos conſtat, quos *συγκλίδας* vocat Cuiac. in paratitl. & Agathia *lib.1.* quòd illis incluſi ſcriberent. Immò quotquot erant principi à ſecretis dicti ſunt cancellarij. Vopiſc. in Carino. *Præfectum vrbi vnum ex ſuis cancellariis fecit.* Vide Loſel. *lib.2. cap.8. officior.* & Connan. *lib.2.* verùm de præcipua apud Principes cancellarij dignitate hodiernis moribus dicetur alibi. Nullos Iudices ad prouinciam ſibi commiſſam ſecum ducere poterant, quibus domeſtici, aut cancellarij nomen imponerent, ſed primates officij ſub fide geſtorum ex eodem officio, iudicibus dare debebant *l.8.C. de aſſeſſoribus.* Iudices verò poſt depoſitam adminiſtrationem ſi querelæ de illis eſſent, eos iudicio, legibuſque tradere tenebantur, *l.9. C. eod.* ad quod etiam hodie tenentur duces, & domini, quorum milites & ſerui alios malè habuerunt. Vide Chaſſan. *ad conſ. Burg. rubric.1. §.6. verſ. en meſuſage.* Secundò & tertiò idem fungi officio aſſeſſoris poterat *l.pen.Cod. eod.* non tamen ſimul & aſſeſſoris, & Aduocati, ne cùm in vtrumque feſtinat, neutrum benè peragat, *l.vlt. C. eod.* Sapienter enim Plato in Theæteto *κρεῖττον γὰρ σμικρὸν εὖ ἢ πολὺ μὴ ἱκανῶς περᾶναι.* Satius eſt exiguum quid benè, quàm multum malè conficere. Denique ſigna ſiue ſigilla, & nouas litteras excogitare prohibetur, & in cauſis quibus aduocationem ſuam præſtitit, adſidere, *ead. l.*

Cognitor Prudentio eſt iudex qui de negotio cauſáve diſceptat. *Hic tum cognitor pronunciauit, claudatur infans carcere*: quo ſenſu etiam accipitur cognoſcens *l.1. §. calumniatoribus. D. ad SC. Turpillan.* Feſtus verò ait eum eſſe qui litem alterius, coram eo, cui datus eſt, cognoſcit, ſiue, vt ait Aman. *in tit.de cognitor. & procurat. C. Theodoſ.* is cui ſine mandato cauſam agendam præſens præſente Iudice litigator iniungit. Separatur à procuratore ex Paulo *lib.4. ſent.tit.2. & 3.* vtrumque tamen litis miniſtrum appellant Principes *l. vlt. C. Theodoſ. eod.* Verùm varia eſt cognitionis ſignificatio in iure, ita & cognitoris; ſumitur verò paſſim cognitio pro negotij examine, diſcuſſione, & quæſtione, cognitionumque diuerſa genera extant.

Quæſitores quæſtionum iudicia exercebant, cùm enim vſus poſtulabat, Senatus iubebat vel Dictatori, vel alteri Conſulum, vel vtriſque, vel alicui prætorum de crimine publica quærere, is quæſitor dicebatur; horum quæſitorum vſum etiam ante *l. duodecim Tabul.* receptum fuiſſe indicat Pompon.

l. 4. D. de orig. iuris. Dictatorem quæstionibus exercendis creatum testatur Liuius *lib. 9.* Senatum iussisse Consules de Bacchanalibus quærere, Author idem Liuius. *lib. 39.* Iugurthinæ coniurationis quæstioné Consuli mandatam scribit Cicero in Bruto. De Prætoribus qui de veneficiis & peculatu quærerent habet Liui *lib. 38. & 39.* atque hic vsus ad annum V. C. 604. retentus est, quo sunt institutæ perpetuæ quæstiones, fuisseque eiusmodi munus Prætori alicui demandatum, qui & quæreret, & iudicium exerceret; ex pluribus Ciceronis docet Asconi. qui in his Virgilij versibus *lib. 6. Æneidos.*

Quæsitor Minos vrnam mouet, ille silentum,
Conciliumque vocat, vitasque & crimina discit.

Omnes quæsitoris partes agnoscit, quas etiam colliges ex Tullio *in Vatinium, Philipp. 1.* & aliis locis. Quæsitoris itaque fuit sortiri iudices, cogere, dimittere, crimen cognoscere, accusatorem, deffensorem, testem in officio continere, vim ad potestatem Iudicum coercendorum, & sub pignoribus cogendorum habere. Sedebat in curuli eburnea pro tribunali, nec iuratus erat, nec sententiam ferebat, sed vrnæ in quam & causarum sortes conicieban tur, & Iudices sententiam ferebant, præerat. Iudices in consilium vocabat, denique videri fecisse reum vel non fecisse pronuntiabat. Vide Sigonium *lib. 2. de antiquo iure ciuium Roman. cap. 18.* Hunc tamen Prætorem quæsitorem alium fuisse contendit Hotman. *in comment. verb. iuris*, tu illum adi.

Recuperatores dicebantur quibus prætor iurisdictionem mandabat priuatarum causarum, quacunque de re ageretur, à recuperando, siue iterum acquirendo quod amissum fuerat. Theophil. §. *eadem. Inst. quibus ex caus. maior. Recuperatorum iudicium quod per Iudices datos exercebatur.* Vide Ciceron. *lib. 2. de inuent.* & Plin. *lib. 3. Epist. penult.* Orationem pro Cæcinna habuit Tullius coram Iudicibus recuperatoribus.

16 Græcis quoque fuerunt varij Iudicum ordines, & quidem Athenis ex Solonis lege, omnia Iudicia erant apud populum, ad quem etiam prouocabatur. Eligebantur verò singulis annis ἄρχοντες, qui erat summus Magistratus, erant illi numero IX. iique annui, qui sūmas causas cognoscebant; inferiores verò Iudices erāt κριταὶ δικασταὶ, quasi δικασταὶ, & διαιτηταὶ, χρίνειν autē omnes iudicandi formas cōtinebat; nam Izocrat. *oration. de permutation.* vbi neque δικαστὴς, neque διαιτητὴς, de meis factis vnquam iudicabit, siue erit χριτὴς. Sanè vocum istarum propria accceptio, & ab aliis distinctio difficilè traditur, cùm iis omnibus passim abutantur Authores; illas tamen distinguit Harpocratio, nec lubet in hac re & ratione iudiciorum Atticorum explicanda diutiùs immorari. Vide Samuël Petit. *commentar. in l. Atticas lib. 4. tote.* Salmal. *in obseruat. ad ius Atticum.* Nos prout res postulabit aliquid inter disputandum indicabimus.

17 De Hebræorum Iudicibus, & diuersis illorum ordinibus, patet ex Christi dictis, qui distinguit reos consilio, & reos iudicio. Summi Magistratus à populo electi, aut à Deo dati, qui post Iosue obitum, Hebræam Rempublicam administrarunt vsque ad Reges, iudices dicti sunt, quia regebant ex legibus, Senatorumque, concilio, & causas iudicabant, non verò tanquam Reges summo imperio vtebantur. Vide Serar. *in cap. 3. Iudicum, quæst. 5.* Feuard. *in Ruth. cap. 1.* Gennebrard. *lib. 1.* Azor. *tom. 2. lib. 11. cap. 1.* Concilium verò istud, siue Senatus, quod Synedrium, siue, vt Talmudistæ dicunt, Sanedrium vocarunt, triplex fuisse Hyerosolimis refert ex Maimonide, & cæteris Hebræis, Vossius *in Harmon. Euang. lib. 1. cap. 1.* Primum ad portam Montis Sancti, alterum ad portam Atrij, tertium in Conclaui è cæso lapide, siue parte Templi, quæ gazites dicebatur. Ordo iudiciorum erat, vt quæstio, à iudicio primo deuolueretur ad secundum, ab hoc ad tertium. Iudices ex primo consessu adscribi iubebant secundo, ex secundo item tertio, quod dicebatur synedrium magnum, aut absolutè synedrium: prima secundáque Curia, erant singulæ iudicum viginti & trium. Magnus consessus Iudicum 71. dicitur *Act. 5. 21.* γερουσία τῶν υἱῶν Ἰσραήλ. *Luc. 22. 66.* πρεσβυτέριον τοῦ λαοῦ. Senatores autem ipsi πρεσβύτεροι, Math. *cap. 27. 12. & 41. cap. 28. 12.* Marc. *cap. 5. 1.* πρεσβύτεροι τοῦ λαοῦ. Math. *cap. 27. 5.* dicti etiam ἄρχοντες. Lucæ *cap. 23. 14. & 35.* ἄρχοντες τοῦ λαοῦ. Actor. *cap. 48.* & Lucæ *cap. 24. 20.* Denique Iosephus πρέχοντας appellat. In hoc magno iudicio & synedrio agebatur de rebus grauissimus, quæque non possent expediri ab vnius ciuitatis Synedrio, vt de Rege, falso Propheta, tribu, vel ciuitatu quapiam.

Quinam verò sint hodierni mores variis in locis, illorum incolæ satis norunt, & litigatores, quod tribunal quosque Iudices adire debeant non ignorant, aut facilè docentur à pragmaticis.

Vides igitur gentium omnium vsum & consensum præficiendi Magistratus, qui de variis controuersiis tum ciuilibus tum criminalibus cognoscant, & iudicent, & reos absoluant, vel damnent, cùm neminem priuatum in sua causa sibi ipsi ius dicere, & aduersarium damnare æquitas patiatur. Hos viros, Iudices appellamus, de quibus, & toto iudicio pauca præstringimus.

Aio in primis in Iudice necessariam esse potestatem & iurisdictionem siue ex proprio munere & officio illam habeat, siue ab altero, qui eam habet, sibi demandatam accipiat. 18 Primam potestatem appellamus passim ordinariam, alteram verò delegatam, quæ quomodo differant, & quibus indiciis dignoscantur inter se, modò nobis disputandum non est; vide Azor. *tom. 3. lib. 13. cap. 13.* solus quondam, vt monui, Prætor, aliúsve Magistratus, qui iurisdictionem habeat, iudices ductos ex vrna sortibus dabant, qui iudicarent, & demandatam sibi iurisdictionem exercerent: quare iurisdictio definitur ab Vlpian. *in l. imperium 3. de iurisdic.* iuris dandi licentia, hoc est, dandi Iudices, vt ibi Duaren. Gouean. & Cuiac. explicant, & qui ipsis præiuerat Tiraquell. *de iure primogen. q. 17. n. 54. ad 67.* Quare Iudices dati & pedanei nullam iurisdictionem habebant neque propriam, neque alienam, sed solùm iudicationem, & notionem. *l. ait prætor. 5. D. de re iudic.* Nihil in nostris moribus habemus hodie ex antiquo illo iure, cùm enim singuli Iudices ex eo proprio munere iudicent, & non nominemus quotidie, & ad singulas causas à Prætore certam iudicij formulam illis præscribente, nullos habemus Iudices datos, aut pedaneos, & qui solam iudicationem habent, sed etiam aliquam iurisdictionem habent minorem, aut maiorem, ampliorem, aut angustiorem pro ratione sui muneris. Aliquando tamen vel ipse Princeps, vel Senatus grauiores quasdam causas & negotia delegat certis quibusdam electis iudicibus; vulgò dicimus commissarios dari; estque commune diuerbium, periculosissimum esse iudicari à Iudicibus delegatis siue cōmissariis. Quamuis autem ex *l. mandatam, vlt. D.*

de

de officio eius cui mandata est iurisdictio: nemo mandatam sibi iurisdictionem alteri mandare possit, eo quod non habeat illam suo iure, sed alieno beneficio, *l. more, de iurisdiction.* videturque de aliena re disponere, non de sua, *l. conficiuntur* 8. *§. si post factum. D. de iure codicill.* excipiunt tamen aliqui delegatum a principe quem volunt posse subdelegare ex *l. a iudice* 5. *C. de iudiciis*: quia Princeps maior est quocumque ordinario. Verùm ibi agitur tantùm de iudice delegato qui alium dare nequit nisi ipse sit delegatus à Principe. Nos autem agimus de eo cui mandata est iurisdictio, & non solùm mandatum iudicium; hic enim iurisdictionem dare non potest, quamuis iudicem dare possit. Quidquid verò sit de iure Romano, certè iure nostro neque delegatus à Principe, neque à Senatu, subdelegare potest, nisi ei in rescripto fiat facultas subdelegandi. Affert & aliud discrimen Ferret. *ad q* 60. *Papy*, quòd delegatus à Senatu non possit irrogare mulctam, quod licet delegato à Principe, & Senatus idcircò Tholosanus improbauit mulctam à delegato datam. Præterea Princeps qui delegat, præscribit delegato & formam & modum quo iurisdictionem mandatam exerceat, *Nou.* 17. *&* 26. v.g. vt mulctam dicere, damnare in metallum, gladio ponire, perpetuis vinculis damnare, relegates ab alio restituere, & similia facere ac præstare possit, aut non possit; eorum etiam vitæ & moribus leges dant, veluti ne fœminam prouincialem in matrimonium ducant, *l. si contra. C. de nuptiis*, ne dona, vel munera accipiant, *l. solet*, *§. vlt. D. de officio Proconsul.* Vide Cuiac. *in Nou.* 17. vbi eiusmodi plura mandata recenset, & quibusnam fierent cùm delegarentur in prouinciam, quibus Princeps arbitrio restringit vel ampliat iurisdictionem quam illis mandat. Neque à Principibus dumtaxat, sed etiam à Pontifice Romano fiunt delegationes, sed non nisi eorum qui dignitatem aliquam obtineant, vel canonicatum in Ecclesia Cathedrali, qui neque causas decidere nisi in ciuitatibus insignioribus, & locis in quibus sit peritorum copia possunt, *ex cap. rescriptum. de rescript. in* 6. Deinde Iudices ordinarij habent iurisdictionem seorsim, delegati autem nihil possunt nisi sint cæteri omnes delegati, quando plures sunt, quod notat Molinæ. *ad caput duobus* 26. *de sentent. & re iudicat.* Quæ à delegato fiunt, tribuuntur deleganti, vnde ex veteri more Gallico, de quo Choppin. *lib.* 1. *de morib. Paris. tit.* 2. *num.* 52. quidquid imperitè decernunt iuridici inferiores, luunt eam imperitiam locorum Dynastæ, qui illos præfecerunt. *Le Seigneur iusticier subalterne ne peut desauouer ses officiers pour euiter l'amende du malage par eux.* Quod verius est in Iudicibus datis & delegatis, siue pedaneis; quia vt ait Vlpian. *l.* 1. *D. de officio eius cui mandata est iurisdictio. Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius qui mandauit, iurisdictione vtitur.* Quare multum interest inter officium & delegationem: qui officio fungitur τὴν ἀρχὴν obtinet; delegatus verò, ἐπιμέλειάν τινὰ καὶ διακονίαν, diligentiam aliquam & ministerium præstat. An verò qui delegant possint pro libidine in suis causis delegare, & singulos delegatos mutare, & quas personas delegare possint, vt an laïci clericos, & clerici laicos; vide Ferret. *ad quest.* 69. vidi Pap. & Mornac. *ad l.* 1. *§.* 1. *D. de officio eius cui mandata est iurisdictio.* Atque hæc pauca de potestate delegata, & ab ordinaria, vt vocant discrimine, quarum alterutram necessariam esse diximus in Iudice, quod hactenus disputata demonstrant.

Aio secundò triplicem potestatem in iudice necessariam esse, nimirum in personas, in causas, & delicta, & in territorium: nam si vel persona eius iurisdictioni & iudicio subiecta non sit, vel de causa aut delicto; quo de agitur non possit cognoscere, vel in eo loco iurisdictione sua, & officio fungi prohibeatur, inutiliter iudicabit, vt patet. 18

Et quidem necessariam esse potestatem in personam iudicandam, inde statim appatet, quod cùm illius sententiam exequi teneantur litigantes, eiusque mandatis parere, subiici illos eius potestati necesse omnino est. Quare *l. vn. C. qui pro sua iurisdict. iudices dare poss.* Imperatores Theodosius & Valentinianus in causarum delegationibus, quoties causæ delegatæ non pertinent ad iurisdictionem delegantis, volunt cognitorem datum non accommodare patientiam præcepto delegantis; vbi tamen Cuiac. *lib.* 1. *obseruat. cap.* 6. & Brillon. *in comm. verbor. iuris*, volunt legi *parientiam*, vt legunt meliores codices à Cuiacio visi; eamque vocem vsurpauit etiam Cassiodor. *lib.* 7. *variar.* Hotman. *tamen lib.* 2. *amicabilium respons. cap.* 6. legit. *parentiam* à pareo, sicut apud Varron. *audentiam*, ab *audeo*, & *audientiam* ab *audio*. Huc etiam pertinet *l.* 5. *D. de iudiciis*, vbi dicitur eum, qui ex aliena iurisdictione ad Prætorem vocatur, debere quidem venire, ne vocantis prætoris authoritatem contemnere videatur, cùm etiam legati & cæteri qui reuocandi domum ius habent, in ius vocati veniant sua priuilegia allegaturi. Vbi vides quemque suum habere Iudicem velut domesticum ad quem reuocari postulare possit, hoc est enim ius reuocandi domum, & licèt ad Prætorem venire debeat vocatus, illi tamen ius suum reuocandi domum exponere debet, & si quo gaudet in hac parte, priuilegio, explicare.

De iurisdictione in causam & delictum, de quo disceptatur in iudicio, nemo dubitat illam esse necessariam Iudici, cùm quilibet Iudex non possit de qualibet causa cognoscere; alioquin æqualis esset omnium Iudicum potestas, quod nemo dicat. Sane solius iudicantis officium erat bonorum possessionem dare, & in possessionem mittere, pupillis tutores constituere. Apud nos etiam soli Iudices Regij de quibusdam casibus cognoscere possunt. Illos enumerat Chopin. *lib.* 2. *de domanio, tit.* 6.

Denique de potestate vel iurisdictione, has enim modò voces confundimus, in territorium, siue in locum in quo iudicium est instituendum, euidens est *l. vlt. D. de iurisdictione.* Extra territorium *ius dicenti, impunè non paretur.* In quam legem quærit Mornac. quo casu ipsi viatores exequi possint extra territorium, & notarij conficere instrumenta, & de reo criminis qui in aliam prouinciam aufugit, eiusdem, vel alienæ ditionis, & an actor teneatur sequi forum Rei etiam apud iudices externos, de obligationibus extra Galliam contractis, & matrimonio eodem modo contracto, & aliis eiusmodi. Tu illum adi, neque enim ad hæc modò digredi vacat.

Ex hac porrò triplici potestate iudici necessaria, nata est diuisio fori Ecclesiastici, & laici, fori competentis, & non competentis, immunitas quarumcam personarum, rerum, & locorum à iurisdictione ordinaria; acquisitio fori ratione originis, delicti & domicilij, de quibus passim Doctores, & nos alibi commodiori loco, ne omnia in vnum fascem indigesta coniicere cogamur.

Aio tertiò eiusmodi iudicis potestatem debere esse liberam, & expeditam: nam si vel officio 19
priuatus

priuatus fuerit, vel ab eo exercendo prohibitus, aut si aliqua causa eius iudicio subducta fuerit, aliáve quaptam ratione potestas eius impediatur exire in actum, inualide & illicitè aget, nam in omnibus agentibus tum physicis tum moralibus non sufficit potentia ad agendum in actu primo constituta, nisi expers sit omnis impedimenti, quod actionem eius impedire potest, & nisi sint omnia ad agendum prærequisita. Si igitur agens moralis vel careat potentia morali ad operandum, vel habeat impeditam, & quæ in actum exire nequeat validè vel licitè, reuera vel inualidè operabitur, vel illicitè.

21 Aio quartò Iudicem qui sciens, & volens vsurpat iurisdictionem, quam non habet, inualidè & illicitè iudicare, & peccare mortaliter contra iustitiam, atque teneri ad reparationem damni quod inualida sua sententia intulit litigantibus. Ita Lugo *dip. 37. num.* 17. & alij passim. Et quoad peccatum contra iustitiam manifestum fit ex eo quod sumat sibi iurisdictionem quam non habet, facit enim iniuriam tum reipublicæ, tum iis quos sibi non subditos, in eo tamen iudicio subiicit. Vnde Pilatum contra iustitiam peccasse, cùm Christum non subditum damnauit, & in eum iurisdictionem vsurpanit, tradit ibidem de Lugo. Verùm de hac quæstione, an Christus Pilato concesserit iurisdictionem, an permiserit tantùm, & quo peccato ipse peccauerit in ea iurisdictione sibi sumenda, disputauimus in tertia parte, cum Caietano *q. 67. art.* 1. Soto *lib. 5. de iustitia. quæst. 4. art.* 1. Suar. *3. p. disp. 36. sect.* 1. & *lib.* 1. *defensionis, cap.* 7. Valent. 2. 2. *disp. 5. q. 1. punct.* 1. Turrian. *de iustitia disp. 48. dub.* 1.

Maior difficultas est circa obligationem ad restitutionem faciendam litigantibus, quos inualida sua sententia læsit intrusus hic Iudex: nam etsi quoad expensas factas inutiliter à litigantibus, id concedant omnes, & solus Soto non nihil tricetur *in 4. disp. 22. q. 1. ar.* 4. circa damnum tamen per sententiam illatum dubitant aliqui. Iudex v.g. damnauit Titium reum ad soluendam certam pecuniæ summam, qua pœna omninò dignus erat, quamque ab alio iudice tulisset, aut ab hoc ipso, si eius quæ tunc ligata erat, expedita fuisset potestas, teneturne ad restituendam illam summam, aut si eundem reum capite damnasset, teneretutne vxori eius & liberis eodem modò quo iniustus homicida illis teneretur. Nam tota ista iniustitia videtur versari in modo potius, quàm in ipsa substantia condemnationis, quæ iusta fuit, non modus quo à iudice vel non habente potestatem, vel non habente expeditam, damnatus est, & iudex proinde non tenebitur nisi ad id quod interat reo non fuisse condemnatum eo modo, sed post expeditam iudicis potestatem. Verius tamen est iudicem istum teneri ad restitutionem, quia verè per iniuriam occidit reum quem capite damnauit, in eaque cæde reperitur tota malitia homicidij, quæ in eo consistit, vt fiat authoritate priuata, & non publica, ac iuridica. Cùm autem hic iudex vel non habeat authoritatem publicam, vel omninò impeditam, non agit vt iudex, neque vt habens authoritatem in reum qui illi verè subiectus non est. Iniustè igitur illum occidit. Atqui damnum sequutum ex iniusta actione obligat ad reparationem ratione iniustæ acceptionis, neque poterit hoc homicidium ab eiusmodi iudice factum ab eo quod à priuatiua persona committeretur distingui. Addit tamen de Lugo *disp. 37. num.* 18. quamuis per se loquendo admittenda sit obligatio ad restitutionem in hoc iudice, per accidens tamen sæpiùs ab ea obligatione excusatum iri; quia non debebit restituere nisi secundum spem quam reus habebat liberandi se à periculo huius pœnæ, si non fuisset damnatus ab isto iudice: tota namque obligatio restituendi hoc loco est, quod hic iudex fuerit causa iniusta huius damni, non autem censetur causa illius damni quod iam certò erat præparatum. Sicut si aliquis comburat domum alienam, quæ certò & breui fluminis impetu diruenda erat, & qui confodit hominem iam certò moriturum, licèt grauissimè peccent, non tamen obligabuntur ad restitutionem, nisi pro ratione spei quæ supererat euadendi periculum submersionis domus, aut interitus ægrotantis. Res quippe in illo periculo non est eiusdem valoris, cuius esset extra eiusmodi periculum, & in alio statu; immò & nullius pretij domino est, cum nullo ipsius incommodo peritura.

Neque dicas eum qui ex incensa domo pallium subripit, teneri ad restitutionem, quamuis illo incendio consumendum fuisset, igitur & qui occidit hominem certò moriturum, aut ab alio paulò post occidendum, ad restitutionem obligabitur. Nam iste qui vestem ex incendio eripuerit, tenetur ad restitutionem ratione rei acceptæ, quæ quandio extat, suo domino reddenda est, secus est in domo incensa, quæ certò erat exondante mox flumine peritura, & in cæde hominis mox certò morituri, quia in istis duobus casibus etsi grauissimè peccent, qui domum incendunt, aut hominem cædunt, nullum notabile damnum censentur inferre, eo quod illud ipsum esset statim euenturum, & modici temporis anticipatio non censetur graue damnum. Cùm igitur iniustæ huiusmodi actiones non obligent ad restitutionem nisi ratione damni illati, si illud damnum nullum aut exiguum est, & in communi hominum æstimatione nihili aut minimi fiat, non erit obligatio ad restitutionem, vel non nisi ad exiguam omninò. Vide Less. *lib. 2. cap. 12. dub. 15. num.* 93. Idem contingit in casu nostro, in quo reus erat certò damnandus eadem pœna post paulò; si enim erat spes certò euadendi, aut diutiùs differendi iudicium, intereáque fugiendi & declinandi iudicium, pro ratione illius spei obligabitur sine dubio ad restitutionem proportionatam, vti diximus.

22 Aio quintò potestatem putatitiam, & titulum coloratum, licèt reuera nullus sit, cum communi errore sufficere in iudice, modò non adsit *vllum* impedimentum iuris naturalis, aut diuini, quod ab Ecclesia aut humana potestare suppleri non possit. Ita omnes cum Lessio *c. 29. à n. 65.* Sanch. *disp. 21. lib. 3. de matrim.* Henriq. *lib. 6. de pœnit. cap. 6. n. 2. & cap. 7. n. 2. & lib. 13. de excom. cap. 7. numer. 6.* Suar. *tom. 4. in 3. p. disp. 26. sect. 6.* Lugo *de iustit. disp. 37. num.* 20. & Doctores *in l. Barbarius 3. de officio prætoris*, & *in c. infamis 3. q. 7. & c. ad probandum, de sent. & re iudic.* quia tunc, vt vitentur grauia incommoda iurisdictionem confert, non quidem error vulgi, quia priuatorum consensus iudicem non facit, *l. priuatorum, C. de iurisdictione omnium iudic.* neque etiam consensus erroneus litigantium *l. 2. D. de iudiciis*, sed ius ipsum, vt ait Sanch. *num.* 14. aut vt alij loquuntur Ecclesia, vel respublica supplet eam iurisdictionem, seu in tali casu volt illum qui aliunde caret iurisdictione, habere, eiusque omnia acta validat, ne inita rerum omnium perturbatio, & grauissima incommoda sequantur.

Verum circa *l. Barbarius* obseruandum est mendosam esse eius vulgatam lectionem, immò & Florentinam,

rentinam, atque Holoandrinam, ex ea enim non satis apparet, quare Pomponius & Vlpianus dissideant, cùm tamen certum sit in ea quæstione de gestis Barbarij serui fugitiui, qui teste Suida Romã assumpto Philippici nomine venerat, & in Antonij triomuiri gratiam se insinuans, eius authoritate à P. R. ignorante eius seruitutem, quam Antonius quoque ignorabat, Prætor fuerit renuntiatus, an eius acta rata esse oporteret, an verò quasi à non Prætore gesta pro nihilo habenda forent, nobiles istos Iurisconsultos dissidere, & Vlpianum Pomponio quem refert aduersari, vt ex particula aduersatiua. *Atquin videamus, verum est præturæ eum functum, & tamen videamus.* Negauerat igitur Pomponius Barbarium Prætorem fuisse; quare sapienter Hotman. *illustrium qq. quæst.* 17. textum emendat, legendumque vult, *sed ei seruitutem obstitisse Pomponius ait, quasi Prætor non fuerit,* & delendum illud *nihil.* Negabat siquidem Pomponius Barbarium fuisse Prætorem, ex iure enim Romano serui omnium ciuilium munerum & officiorum erant incapaces, *l. his officiis* 575. & *l. vlt. D. de regul. iur. l. cùm prætor* 12. *D. de iudic. l.* 7. *D. de fals.* Neque seruorum status abreptis mendacio dignitatibus mutabatur, *l. non mutant* 51. *l. non idcirco* 38. *C. de liberr. caus. l.* 2. *C. si seruus aut liber ad decurionat.* & alibi. Moris idcircò fuit, vt si quis contra quàm legibus liceret, magistratus creatus esset, lex ad populum referretur, ne ea res illi fraudi esset. Sic Liuius *lib.* 30. narrat latum ad populum esse ne C. Seruilio fraudi esset quòd patre qui sella curuli sedisset, ferro, non viuo, (vt mendosè legi obseruat Hotman. *lib.* 3. *obseruat. cap.* 13. cùm id ignoraret, Tribunus plebis, atque Ædilis fuisset, contra quàm legibus sancitum erat. Denique moris fuit, vt si quid vitij in clarissimorum virorum designationibus accidisset, magistratu se abdicare cogerentur, & quod vitiosè gestum erat, redintegrato auspicio corrigeretur, quod luculentis exemplis demonstrat Hotman. *quæst.* 17. *cit.* Dicebat igitur Pomponius in quæstione proposita de validitate actorum Prætoris Barbarij, illi seruitutem obstitisse, quominus veraci iure Prætor esset. Hanc Pomponij disputationem sic excipit Vlpian. *Atquin verum est præturâ eum functum.* Illa enim verba Pomponio ipsi, non nisi perabsurdè tribui possunt, cùm particula *atquin*, sit aduersatiua, & contradicat priùs positis. Sunt igitur Vlpian. verba, quibus aduersus Pomponium excipit, quasi diceret, non fuerit Barbarius prætor, attamen præturâ functus fuit, *& in prætoria dignitate latuit.* Distinguit igitur subtiliter Vlpianus, quasi aliud sit Prætorem esse, aliud præturâ fungi, sicut & aliud liberum esse, & aliud in libertate, aliud seruum esse, aliud in seruitute, quod innumeris exemplis illustrat Hotman. Dici etiam poterat aduersùs Pomponium, Barbarium Prætorem quidem fuisse, sed falsum. Sic M. Perpennæ falsum consulatum nominauit Valer. *lib.* 3. *cap.* 4. quia cùm peregrinus esset, Consul priùs, quam ciuis factus fuerat. Addit itaque Vlpianus, *& tamen videamus, & si seruus quandiu latuit in dignitate prætoria, eaque functus sit, quid dicemus.* Quamuis igitur Barbarius Prætor non fuerit, præturam tamen gesserit, & si seruus in ea dignitate latuerit, videndum est quid dicendum nobis sit, an videlicet quod ex ea opinione consequi videtur admittemus, vt quæ edixit, quæ decreuit, quæ toto imperij sui anno statuit, nullius momenti futura sint, qua ratione fortunæ, ac facultates omnium ciuium perturbabuntur, si magistratus enim non fuit, ius non fecit, nunquid igitur satius fuerit dicere firma illius acta esse oportere, *propter vtilitatem eorum qui apud eum vel lege vel aliquo alio iure egerunt, & verò puto, inquit, nihil eorum reprobari. hoc enim humanius est:* quamquam contra iuris sit acti regulas ad reipublicæ vtilitatem, atque adeò iure singulari, vti appallatur *l. ius singulare* 16. *D. de legib. & senat. l. iusto errore* 44. *D. de vsurpat.* Separandus itaque fuit Barbarij status & conditio ab eius actis, nam seruus quidem mansit, quamuis in libertate fuerit; eius tamen acta propter vtilitatem eorum quibus ius dixit, probabilius est rata haberi, quod variis ex iure exemplis, in quibus ista distinguuntur, illustrat Hotman. Addit Vlpian. *num etiam*, sic enim legendum est, non *cum etiam potuit P. R. seruo decernere hanc potestatem*, quia licèt populi suffragia vim legis obtinerent; nam l. XII. Tabulat. quodcunque populus iussisset, id ius, ratumque erat, non potuit tamen Barbario magistratum mandare, quia seruum ignorabat, nulla autem ignorantis voluntas erat, sin autem populus seruum eum esse sciuisset, eum, à domino emptum liberum ac ciuem effecisset, *sed si scisset seruum esse, liberum effecisset*; sic enim legendum est, non *sed etsi*, vt habet Florentina lectio, atque ita est aperta Vlpiani mens, & Pomponij quoque contraria sententia. Vide quæ in eandem legem annotat Cuiac. *lib.* 18. *obseruat. c.* 35. Quod verò addit Hotman. huc quoque referri posse ridiculam disputationem de Iohannæ Papissæ actibus, ridiculus ipse est, qui aniles, & tam sæpè explosas fabulas pro veris obtrudat, quod non mirum in homine heterodoxo, & Romanis infenso Pontificibus. Ineptus verò dum existimauit Baptisma collatum ab hæreticis Episcopis valere, propter ipsorum publicum munus; non enim id datur Episcopali dignitati, sed quia hæreticus etiam potest esse huius sacramenti minister, siue Episcopus, siue quis alius, modò omnia essentialia adhibeat, & animum habeat faciendi quod facit Ecclesia. Sed de his aliàs 4. *parte D. Thomæ* fusiùs disputauimus, atque hactenus de lege. Verum potiò est inueteratum errorem non modò excusare, sed & ius facere, idque communem obseruantiam vocat Molinæ *ad consuetud. Parisiens.* §. 5. *glossa* 1. cui standum omninò sit, quod intelligo modò illa obseruantia non sit expressè mala contra ius naturale, vel diuinum, & permitti ab humana potestate, immò & imperari possit, vti contingit in casibus de quibus agunt iura, quæ hanc in rem, & veluti erroris inueterati patrocinium afferri solent, vt *l.* 2. *C. si seruus aut libertus ad decurionat. l.* 3. *in fin. D. de supell. legat. l. pignus. C. de pignorat. action. l.* 3. *in princ. D. ad Macedon.* vbi glossa idem habet. Rationem reddit Plin. *lib.* 10. *ep.* 16. ne si rescindere & tollere velimus, quod communi inueteratoque errore contra legem factum, præteritumque est, multa perturbari necesse sit, quod multis illustrat Mornac. *in l. Barbarius*, & sæpiùs acta, quæ à non legitima potestate, sed existimata, vti in publicis seditionibus & factionibus, inita deinde concordia confirmata fuisse, atque si à vera authoritate gesta fuissent, refert.

Extendo autem hanc conclusionem primò ad vtrumque forum, in quo gesta à tali iudice valent, quia in vtroque foro requiritur potestas & iurisdictio, quare si in vno putatitia sufficiat, in altero quoque sufficiet, maximè cùm alioquin maiora incommoda sequutura sint in foro poli quàm in foro externo.

Hinc secundò dices valere hanc doctrinam in 23
absolutione

absolutione Sacramentali, absolutione à censuris, & aliis Sacramentalibus, ad quæ iurisdictio requiritur, quod nuper laudati Authores probant. Bonacina q. 2. *de matrim. p.* 8. *num.* 27. Inde plurimas difficultates circa Sacramentorum administrationem, & assistentiam parrochi in matrimonio deducit cum Sanchez laudato.

Tertiò idem valet non modò in iudice ordinario propter communem vtilitatem, sed etiam in iudice delegato ad vnam tantùm aut alteram causam, cuius etiam gesta cum titulo putatirio, & colorato valebunt. Ita Lessius, Sanch. & Henriq. quia *c. infami, cit.* agitur de seruo qui per delegationem sententiam dixerat, & plurimi tradunt Sacerdotis delegati, quamuis delegatio nulla fit ob excommunicationem occultam, aut propter quodlibet aliud vitium, valere tamen absolutionem.

24 Quartò non tantùm potestas putatitia valet respectu ignorantium impedimentum, ob quod nulla est ea potestas in se, sed etiam respectu scientium, quia datur hoc priuilegium propter errorem communem & ignorantiam ad quam per accidens se habet scientia priuati alicuius, qui non debet idcircò priuari communi priuilegio, & si quis sciat parrochum aut simoniacum, aut excommunicatum esse occultè, si tamen illum adeat absoluetur validè, nisi fortassis aliunde peccet communicatione, tunc enim non absoluetur quidem, sed non defectu potestatis confessarij, sed quia ipse peccat confitendo illi, propter aliquam aliam causam. Atque hæc omnia maximè vera sunt hodie, cùm post Conc. Constant. excommunicatus, non nominatim denuntiatus, retineat adhuc iurisdictionem, vt inferiùs monebimus: quare cùm Panorm. *in c. ad probandum, de sentent. & re iudicata*, n. 15. & 16. Felin. *ibid. num.* 8. Castro *lib.* 2. *d. l. pœnalis, c. vlt. conc.* 2. *ad fin.* dicunt, etsi valeant gesta in hoc casu, irritanda tamen esse in odium & pœnam criminis admissi, ab adeuntibus talem iudicem cum scientia eius impedimenti, supponunt tunc adeuntem iudicem peccare, quod tamen non semper contingit, cùm enim non teneatur eum manifestare, vbi omninò occultus est, nec in publico vitare *c. cum non ab homine, de sententia excommunicationis*, non peccabit, si defectu alterius iudicis apud quem suam agat causam, illum adeat, quare non poterit in pœnam criminosæ aditionis rettactari sententia à tali iudice lata.

25 Quintò etiamsi superior qui potestatem contulit, sciat illam esse inualidam, quia fictè tantùm concessit, si tamen accedat communis error, sufficiet ea æstimata ea potestas. Ita Sanch. *d.* 22. *cit. num.* 4. vbi matrimonium coram Sacerdote, cui parrochus fictè tantùm licentiam concessit, & confessionem factam confessario cum simili fictione facultatem habenti ab Episcopo, validam esse putat, quia est licentia collata à superiore legitimo, & nullitas illius occulta est. Less. *num.* 66. *cap.* 29. vult vt superior contulerit iurisdictionem quantum in se est, saltem actu externo, etsi noterit impedimentum propter quod talis persona incapax est accipiendæ iurisdictionis; quod difficile est quando non dat nisi fictè, hoc est enim nolle dare; quare non dat tunc quantum potest.

26 Sextò is cui iurisdictio fuit ablata occultè, & so tamen pro superiore & iudice gerit, & communi errore talis habetur, validè agit quidquid agit, tollitur autem iurisdictio primò quia cessat ipso iure beneficium aut officium, adhuc tamen retinet possessionem facti cum titulo putatio. Neque obiicias cap. *dudum de electionib.* vbi absolutiones datas ab eo qui simul possidebat duas parrochiales Ecclesias absque dispensatione, irritas declarat Pontifex. Resp. enim illud impedimentum non fuisse occultum, sed notorium. Secundò cessat potestas, quia per sententiam est ablata, aut quæ tantùm delegata erat, reuocata fuit, si tamen id passim ignoretur, & valere actum ab eo iudice tradit Less. & Sanchez, *num.* 58. *d.* 22. *cit.* plures alios citans. Henriq. *lib.* 6. *de pœnit. cap.* 6. *num.* 2. & 3. & *cap.* 7. *num.* 2. vbi ait valere confessiones factas virtute Bullæ quæ nescitur reuocata. Tertiò cessat potestas delegati mortuo delegante, re adhuc integra, si tamen ignoretur vulgò mors eiusmodi, & delegatus gerat se pro superiore, eius acta iudicialia valent, idem dices si delegantis iurisdictio suspendatur, id que ignoretur, & ipse nihilominus pergat.

Septimò eatendo conclusionem non solùm ad errorem communem, sed etiam ad opinionem probabilem, etsi forte illa opinio sit falsa, quando igitur probabile est vulgò aliquem, posse à reseruatis absoluere, valida est absolutio. Sanchez *n.* 65.

Octauò denique hæc non tantùm valent circa actus iurisdictionis, sed etiam circa omnes actus qui fiunt ex officio publico, vt tabellionis instrumentis, electione, & præsentatione ad beneficia, & cæteris id genus. Hac occasione plurima disputat Lugo *disp.* 31. *sect.* 3. de validitate actorum tyranni qui rempublicam inuasit, illamque pro imperio administrat, quæ ex ipso patitur, ad grauiora multa incommoda auertenda: illum consule.

Requirebam porrò in assertione ad validitatem putatitiæ potestatis tres conditiones. Prima est vt habeatur titulus coloratus, ad quod requiritur vt potestas aut dignitas collata fuerit à legitimo superiore, quamuis inualidè, propter aliquod impedimentum occultum, aut deinde cessatit per reuocationem nondum cognitam, aut ratione delicti ipso iure & facto priuantis potestate vel beneficio, alioquin talis iudex erit tantùm intrusus, & gesta eius quoad vtrumque forum prorsus inualida. Ita communiter Doctores quos magno numero refert Sanchez *disp.* 22. *cit. n.* 44. Lugo *sect.* 3. *cit.* Et sanè *l. Barbarius*, nuper allata ad eum Prætoria illius acta probat, quia intereesserat authoritas populi Romani, qui talem authoritatem etiam seruo deferre poterat, si autem superior non sit legitimus, perinde erit ac si non esset superior, & titulus omninò deesset, vnde sequitur vbi confirmatio superioris necessaria est, non sufficere electionem factam à potente eligere, quia titulus non censetur per electionem, sed per confirmationem, eius tamen radix est electio: quare si ea sit nulla, deficiet quoque omnis titulus, nisi electionis vitium lateat, & illi accedat nihilominus confirmatio, nam ea sufficiet ad titulum coloratum. 27

Secunda conditio est error communis; quare non sufficit ignorantia duorum, aut trium, vel denique paucorum, neque ita quæ ob errorem admittunt acta putatitiæ potestatis, agunt de alia ignorantia, quàm communi, cùm non soleant paucorum tantùm vtilitatem & commodum spectare: hic porrò communis error crassus, & supinus esse non debet, v. g. si in eodem oppido aliquis publicè denuntiatus esset incapax alicuius officij; hic enim error æquiualet scientiæ. Sufficit autem vt error ille sit in loco in quo gestus fuit actus de cuius validitate agitur, quamuis impedimentum occultum propter quod iudex impeditur ab vsu suæ potestatis, aut illâ priuatur, notorium fit in alio loco, aut quamuis 28

quamuis in hoc ipso loco aliàs fuerit cognitum passim, longinquitate tamen temporis ita ex hominum memoria euanuerit, vt communiter ignoretur.

29 Tertia, vt impedimentum huius potestatis non sit iuris diuini aut naturalis : nam qui Sacerdos non est, etsi talis habeatur, non absoluit, neque quidquam validè gerit fœmina in Pontificem ex errore electa; quia ideirco in aliis casibus titulus putatitius cum communi errore sufficit, quia respublica, aut Ecclesia tunc ad vitanda maiora incommoda dat & supplet iurisdictionem, quod non potest, vbi adest incapacitas ex iure diuino, aut naturali.

30 Aio sextò quando quis admisit crimen, cui annexa est priuatio officij ipso facto, teneri sententiam saltem declaratoriam criminis, alioquin eius acta valida fore, neque teneri dimittere suum officium propter crimen admissum, aut aliud incompatibile acquisitum, nisi constet talem esse Legislatoris mentem, vt quando additur, teneri in conscientia dimittere, & non posse absolui, nisi dimittat, aut beneficium eo ipso ita vacare, vt alteri liberè conferri possit. Ita Less. *dub.* 8. *cap.* 29. Quando autem verba legis ferunt, vt sit priuatus ipso facto, absque alia declaratione, non vacat tamen beneficium ante sententiam declaratoriam criminis,verba autem, *absque vlla alia declaratione*,intelligenda sunt de declaratione, non qua commissum fuisse crimen,sed pœnam incursam,declaretur, hæc enim postrema declaratio non est necessaria, quam expositionem vtu ipso & praxi confirmari tradit Less.cum Couarr.*de matrim.2.p.c.6.§.8. n.9. & 13.* neque propterea verba illa, *ipso iure priuetur*, inutilia censenda sunt, faciunt enim vt talis amittat titulum beneficij,etsi retineat possessionem, & ea priuari non possit, nisi causa cognita, & si bona confiscata sint ipso iure, executio retrotrahetur ad tempus commissi criminis. Sed de his diximus, *cap.superiori art.1.& 2.*

31 Post Concilium Constantiense,excommunicationem siue occultam, siue publicam non priuare iurisdictione eum qui non est nominatim denunciatus aut notorius Clerici percussor, latè probat Sanch. *lib.3.de matrim.d.22. à num.31.ad 36.*Less. *cap. 29. dubitat.7.* Nau. *cap.27. num.7.*Henriq.*lib. de excom. c.7.* & nos fusissimè in nostro edito opere de censuris; quia Constantiense concessit fidelibus, vt possint cum omnibus excommunicatis non denuntiatis nominatim, & notoriis percussoribus clerici communicare in omnibus tam diuinis,tum humanis, tum priuatis, tum publicis. Vult igitur eorum omnium actus legitimos, & validos esse, alioqui non concederet fidelibus adire eorum tribunalia,& præterea deberet Ecclesia eiusmodi acta rescindere,& retractare; neque molliuisset rigorem antiquorum canonum,qui iurisdictionem tollebant omnibus excommunicatis, nisi eandem iurisdictionem illis relinqueret.Dum autem patres dicunt hæreticos aut schismaticos non posse soluere,aut ligare, quia sunt extra Ecclesiam,non agunt de excommunicatis de quibus nos agimus, hi enim habent vnitatem fidei, etsi non habeant sacrorum communionem.Deinde loquuntur iuxta ius antiquum dum hæretici publici ita excõmunicati erant, vt amplius non tolerarentur ab Ecclesia.Quamuis autẽ sententia à iudice excommunicato,de quo agimus, valida sit, illum tamen adire non teneris,& potes excipere contra illum quod excõmunicatus sit,*c.exceptionem, de exceptionib.* immò & peccare mortaliter iudicem excommunicatum seu laicum, seu Ecclesiasticum, qui sententiam in eo statu fert, nisi aut ignorantia, aut inconsideratio,aut functionis breuitas illum excuset, multis contendit Less. *c.29. n.59.* qua de re nos egimus tractatu de censuris.

ARTICVLVS II.

Ex qua cognitione iudex procedere debeat.

1 DVæ excitantur hoc loco quæstiones; prima est, an iudex ita vti debeat cognitione, & scientia iuridica,vt probatum per eam cognitionem, reum, quem certò scit scientia priuata insontem, damnare possit,aut debeat,quãdo nulla alia via seruandi eum superest,nisi vel ipsum dãnnet,vel suo se officio abdicet,si enim suppeterent aliæ viæ tuendi vitã innocentis,tentandas omninò esse dubitari nequit. Hæc quæstio duos celeberrimos Iurisconsultos Martinũ & Ioannem exercuit; & Ioannes quidem hoc casu licitam esse innocentis etiam à iudice qui nouit, cõdemnationem, si acta publica illum nocentem probent;existimauit,quod ipsum tradit S.Th.2.2. *q.67. art.3.*dum absolutè dicit iudicem sequi debere allegata,& probata contra veritatẽ quam nouit vt priuata persona.Caiet.*ibid.*Petr.de Palude & de Tatetasia afferens.Aragon *in eund. art.* 3.Alens.3.*p. q.4. M.6.art.2.& q.34.M.1. art.4.* Ricard. *in 4. d.18. art.3.q.2 ad 1.*Henriq.*quodl. 3. q.25.* Soto *lib.5.q.4.art.2.*Azot.*tom.3.lib.2.c.2. q.11.* Valent. *d. 5. q.11.p.2.*Cou. *lib.1.variar.c.1.* vbi plures iuris Doctores allegat. *n.64.* estque inter Canonistas communior opinio, immò & inter Theologos, idcòque se illam sequi dicunt Sanch.*lib.6.consil.c.1. dub.17.* Lugo *disp.37. n.45.* Sylu. *v. index 42.q 5.* Clauis regia *lib.12.c.8.n.13.*& Regin.*lib.21.n.3.*Ratio est quia iudex est persona publica, & authoritate publica vtitur,debet ergo vti scientia publica non priuata,quia non facit quidquam ex suo officio publico nisi quod ipsa communitas censetur facere, inquit Valẽtia, est enim quasi ipsa communitas quæ ad vitandam confusionẽ suas vices illi committit, suamq; personam in illum transtulit; atqui non censetur communitas facere quod non fit communi scientia, sed solùm priuata, vt constat; non potest igitur iudex ex suo officio publico quidquã agere per scientiã priuatam contra scientiam & cognitionẽ publicã,quæ per instrumẽta,& testes seruato iuris ordine parta est.Confirmat Aragon,sicut in cognitione iuris quæ ad, iudicandum æquè necessaria est, atque cognitio facti, non potest priuatam opinionem quam verissimam existimat contra leges sequi, cùm earum non sit iudex, sed custos; imò non audiet

andiet litigantes si legis iniquitatem probare se dicant, nisi forrassis manifestissima eius iniustitia appareret, ita neque in cognitione facti suam priuatam notitiam consulet, sed publicam, cùm tota authoritas absoluendi, aut condemnandi sit publica, alioquin plurima in iudiciis contingerent incommoda, dum enim iudex voluerit etiam nocentem absoluere, dicet se vti priuata scientia, atque ita eludent rei facilè omnia supplicia, vbi gratia valuerint apud iudicem, præterquam quod nunquam satisfieri poterit plebi & communitati dum contra probationes & ordinem iuris, authorem criminis liberum volitare videbit.

3 Non peccare verò iudicem hunc innocentem ex legum iussis damnantem, quod vnicum obiiciunt aduersarij, facilè ostenditur: in primis enim non agit contra conscientiam, quia sibi persuadet se teneri eo rerum articulo probatum nocentem, ratione officij quod gerit, condemnare, neque mentitur dum sontem pronuntiat, quia non ait nocentem nisi ex iudicio publico, & probationibus, neque suo nomine, sed ciuitatis, cuius ipse os & vox est, sententiam fert. Innocentem denique non occidit per se, inquit Caiet. sed per accidens vacans rei licitæ, hoc est, suo officio, & ne ipse aut officio, aut fortunis, aut fama excidat, si contra iuris ordinem absoluat, aut non damnet, & nuper diximus licitam esse innocentis occisionem ad defensionem tum propriæ vitæ, tum fortunarum & honoris, imò & eiusmodi occisionem intendi posse non per se absolutè, sed tanquam medium ad licitam sui tuitionem necessarium. Valentia verò negat occidi tunc innocentem, sed solùm nocentem iudicio communitatis moraliter certo, & procedit iudex non ex falsis, sed actis veris publicè habitis. His accedunt iura allata à Couarruuia, quibus iubetur iudex secundum veritatem publicam, & secundùm allegata & probata iudicare, & perspicua est constitutio Caroli VII. Turonibus 1453. art. 135. & Henrici 3. ann. 1585.

4 Nihilominus verior videtur contraria sententia quam docent P. Nauar. *lib. 2. cap. 3. n. 161.* Eman. Sà. *verbo iudex*, quoad supremum Principem, nam quoad inferiorem iudicem consentit S. Thomæ Less. *cap. 29. dub. 10.* Layman. *lib. 3. tract. 6. cap. 2. quæst. 1. conclus. 3.* Adrian. *quodl. 6. art. 3.* Angelus *v. iudicare, num. 7.* Lyran. *in illud Exod. 23.* vbi Deus; *Insontem & iustum non occides, quia auersor impium.* Panorm. *in c. pastoralis, de officio delegati*, & alij. Quia intrinsecè malum est humana authoritate per se & directè innocentem occidere, vt ipsi fatentur aduersarij, ne quidem ob bonum totius reipublicæ id licitum erit, vt cùm hostis vltimam internecionem & vastitatem vrbi minitatur, nisi ciuis aliquis innocens occidatur. Atqui in hoc casu iudex occidit innocentem directè, ergo peccat. Occidi quidem innocentem certum est, cùm reuerà talis esse supponatur, quod enim Valentia & Couarr. respondet probatum fuisse nocentem, non facit illum talem esse, alioquin qui falsò accusatur nec diluere potest accusationem & calumniam, nocens reuerà foret; & iudex manifestò scit calumniã meram esse totam illam accusatorũ probationem: ergo damnat & occidit reuera innocentem, & quem talẽ esse nulla ratione dubitare potest, neque apud ipsum obruere veritatem potuere aduersariorum artes. Occidi autem directè & per se, non tantùm per accidens, innocentem in hoc iudicio fatetur Valent. contra Caiet. qui malè dixit iudicem vti tantùm officio publico ad quod per accidens sequitur innocentis occisio, nam iudicẽ hîc & nunc vti suo officio est velle innocentem occidi, idque vult per se ac directè, eodem prorsus modo atque vellet si nocentem existimaret, & in vtroque illo casu nõ intendit aliud quàm ferre sententiã mortis in Caium reum, non in aliquẽ alium actum distinctum, & per se licitum, ad quem tamen sequatur occisio insontis, vti fatemur quandoque contingere in bello iusto, vt in ruina, aut conflagratione vrbis, submersione hostilium triremiũ, suffossione turris, ad quã hostes confugerunt, in quibus omnibus casibus innoxij aliqui vna cum nocentibus pereunt, eaque occisio iniusta non est, quia sequitur ad actum iustum, quo alter carere non debeat, & magno suo, aut totius reipublicæ incommodo, paucorum innocentium vitam, qui nescio quo eorũ infortunio iisdem cladibus implicabuntur, vitare. Hîc autẽ intenditur vna occisio innocentis, quæ ex sua natura licitè fieri nequit humana authoritate, neque vlla intentione boni Reipublicæ honestari, quidquid sentiat Caietan. qui etiam non rectè obiicit iustam esse occisionem innocentis ad sui tuitionem necessariam, vt idem valere ad conseruationem ordinis iudiciorum, qui vsque adeò necessarius est reipublicæ, colligat. Nam simili ratione efficeretur occidi posse ad salutem totius ciuitatis, cui hostis alioquin flammã & interitum minatur, ciuem innocentem. Deinde qui innocentem occidit ad vitã conseruandam, assumit eam occisionẽ tanquam medium necessariũ, eaique directè vult, ergo & nunc volet occidere innocentem per se & directè, quod tamen negat Caiet. quare discrimen est, quia, vt dixi, vacat actui licito distincto ab occisione innocentis seipsum deffendentis: hic autem innocentis occisio seu condemnatio est ipse actus publici iudicij.

Confirmatur primò, quia qui iussus est à iudice cognoscere vxorem, quam certò scit non esse suam, quamuis aliter probatũ sit in iudicio, non potest illam sententiam exequi, neque iudex illum in quem certò scit se nõ habere potestatẽ, iudicare, licèt probetur aut publicè cõstet eũ gaudere tali authoritate.

Confirmatur secundò, quia si ipse iudex falsos testes subornasset quibus crimen probaretur, ipsisque deinde mortuis non posset detegi falsitas, posset ipsemet iudex author falsitatis illum innocentem dãnare, ex aduersariis, quod tamen opinor non concedent. Neq; satisfaciunt discrimina quæ inter duos istos casus Turrian. de iustitia, *disp. 48. dub. 2. n. 7.* & alij excogitarunt, vti ostendit Lugo *disp. 37. n. 43.*

Leges verò non imperant iudicem damnare innocentẽ contra sibi compertã veritatem, essent enim iniquæ, sed solùm volunt eum inquirere veritatem per allegationes & probationes iuridicas, non tamẽ vbi aliunde eam certè deprehenderit, neque propter accusantium malignas artes illam in lucem educere poterit, iudicare contra veritatem. Deinde volunt quidem iudicare ex legum præscripto, hoc est ne ipse fingat sibi ius, aut condat, sed pronuntiet, vt leges iubent, irritet quæ volunt irritari, probet quæ probant, damnet quæ damnant, stante tamẽ veritate rei. Quia tamen præcipuum argumentum ex iure sumunt aduersarij ex *l. illicitas 6. §. veritas. D. de officio præsid.* vbi Vlpianus ait, *Veritas verò in erroribus gestorum non vitiatur, & ideò Præses prouinciæ id sequeretur, quod conuenit ex fide eorum quæ probabuntur*: quibus verbis existimant Vlpian. velle Præsidem debere non animi sui sententiam, sed instrumentorũ & testium authoritatem sequi. Respondet Hotman. *q. 27. qq. illust.* siue legamus *gestarum*, hẽpe rerum, vt in Florentinis libris, siue *gestorũ*, vt in vulgaris, *gestorũ* nomine aliquãdo significari res administratas, & vt loquitur *l. Labeo 19. D. de verb. sign.* siue 5

verbis

verbis factas, aliàs significantur ipsa acta & instrumenta, vt in *l. iubemus 14.§. sit quoque, C. de sacrosanct. Ecclesia*: & alibi. Prima significatio non iuuat aduersarios, hortatur enim iudices, vt probationes diligenter examinent, quandoquidem veritas semper eadem est. Secunda etiam significatio idem monet, nempe ne Præses plus instrumentis quæ vitiosa & falsa esse possunt, quàm rerum veritate moueatur, quod potiùs impugnat aduersarios quàm iuuet. Neque aliud vult Ambros. *serm. 20. in Psal.* 118. boni iudicis officium describens, quem locum adeò vrgent aduersarij. Illud verò *Deuter.* 17. *in ore duorum vel trium testium*, significat non sufficere vnum testem ad probandum facinus aliquod, non tamen inde sequitur statim atque duo testes idem asseuerant, facinus verum esse, & à duobus accusatum occidi & damnari posse; *cap. pastoralis. §. quia, de officio & potestate delegat.* Innoc. III. definit Ordinarium debere obsequi delegato, & quamuis sciat sententiam illam iniustam esse, exequi nihilominus teneri eandem, quem textum vrget Couarr. *loc. cit. n.5.* sed parum efficaciter, quia Pontifex ibi non agit de pœna capitis aut mutilationis, sed aliis Ecclesiasticis, de quibus diuersam rationem esse constabit statim. Deinde sermo est in textu de executore tantùm, qui nullam cognitionem causæ ex suo officio habere debet, quamuis enim sciat sententiam latam iniustam, seu contra ius rei; quia tamen ille non prouocat ad Pontificem, vti posset, videtur cedere iure suo, nam si executor sciat ex falsis allegationibus, & dolosis artibus aduersariorum latam fuisse sententiam, non magis, illam potest exequi, quàm subditus inire bellum, quod certò scit contra æquitatem indictum fuisse à Principe. Si autem his in casibus minister aut subditus sit, debet obsequi superiori, vt aliàs diximus.

6 Fundamentum aduersariorum de officio publico quod gerit Iudex, ad summum probat vbi scientia publica facit nocentem reum non posse absolui à Iudice, qui iudiciorum ordinem & processum sequi tenetur, non tamen inde sequitur posse talem, quem certò scit innocentem, damnare ad mortem; hæc enim sunt valdè diuersa. Neque dicas non obligari iudicem cum suo tanto incommodo, quale erit aliquando abdicatio Magistratus, aut etiam periculum vitæ ab insana plebecula, meri vitam innocentis, id enim totum vltro do, sed aliud est cum his incommodis innocentem deffendere, aliud illum occidere. Ad primum non obligatur quidem, sed non idcircò postremum admittere potest, alioquin posset ciuitas ad redimendam vastitatem, innocentem occidere, immò & Pilatus ne iratam & insanientem plebeculam in suum caput armaret, Christum tradidit ad Crucem. Si igitur hic Iudex non possit sua authoritate propter aduersariorum malignas artes, & potentiam, aliáque impedimenta vitam innocentia tutari, & è periculo eruere, non est quod vltra nitatur; non tamen propterea illum damnare seu occidere quod idem est, poterit, & sequi manifestum errorem vulgi in iudicando, quãquam vix hæ angostiæ accidere possint, nam si sit Iudex tantùm inferior, facilè viam inueniet, vt ad superius tribunal, aut ipsum etiam supremum Principem prouocetur. Supremus verò pro sua amplissima potestate etiam reo & nocenti reipsa, veniam vitæ dare poterit, multò magis illi quem scit esse innocentem, & tunc omninò eum liberare tenebitur, quandoquidem id potest ex quibus etiam apparet, non sequi illa absurda, & incommoda ex perturbatione iudiciorum, quæ timent aduersarij, tarius enim continget vt iudex inferior, & alius à supremo Principe, possit quem libuerit liberare contra probationes publicas, hoc genus esse innocentem, quia cognitio traheretur ad superius subsellium, in quo eius acta examinarentur. Distingui etiam posset hoc loco quod videtur velle Layman. *lib. 3. tract. 6. c. 2. n. 6.* & alij, non posse quidem iudicem quem scit innocentem damnare, non posse tamen absoluere si probetur nocens per acta publica.

7 Hæc tamen assertio limitanda videtur, in pœna capitis, mutilationis, & aliis eiusmodi: nam quoad pecuniarias tantùm, si iudex nequeat detegere falsitatem probationum, eas infligere ei quem innocentem nouit, poterit; atque hanc limitationem probant P. Nauarr. *cap. 3. cit. numer. 161.* Lessius *numer. 78.* Konin*k. de sacramentis disp. 13. de censuris num. 106. & 110. & disp. 34. de matrim. n. 98.* Mald. *de iustitia tract. 6. cap. 1. dub. 13.* Layman. *loco cit.* Ratio discriminis est quia respublica habet potestatem de bonis & fortunis suorum ciuium disponendi, prout postulabit bonum commune, vt apparet ex legibus de præscriptionibus quas iustas esse diximus aliàs. Ne igitur forma publicorum iudiciorum facilè intermittatur, vti contingeret, si ex priuata scientia in ipsis causis ciuilibus & pecuniariis contra falsitatem processuum agere teneretur iudex, statuere potuit, vt iudex in his circunstantiis & angustiis constitutus solemnem formam sequatur, quamuis inde detrimentum innocenti in bonis fortunæ proueniat, quod verius etiam est in officiis & beneficiis, quæ magis subiacent dispositioni reipublicæ quam bona priuatorũ.

Horum tamen bonorum innocens non ita amittit dominium per iniquam sententiam quin ipsi liceat illa recuperare occultis, aliisque modis, si queat. Quoad pœnam infamiæ nulla est difficultas, cùm enim ea sequatur ex probatione iuridica, vbi quis eo modo probatus est crimen admisisse, iam contrahit infamiam iuris, quæ abstergi nequit nisi per absolutionem à Principe.

8 Limitanda est secundò nostra sententia ad cognitionem extra sacramentalem, nam si quis notitia confessionis nosset innocentem eum, qui probatur reus, neque posset illum non damnare nisi reuelando confessionem, neque alia via vitare posset iudicium ferre, posset illũ damnare. Ita Lugo *disp. 39. num. 47.* Cùm enim illa notitia non sit humana, sed cuiusdam ordinis superioris, illa non potuit in his casibus comprehẽdi; quia licèt teneatur in Sacramento credere pœnitenti, non tamẽ extra Sacramentum tenetur illi plus credere quàm testibus. Deinde etiam cum illa notitia tenetur seipsum interficere; v.g. hauriendo calicem consecratum, in quo scit sibi esse propinatum venenũ, tenetur enim ille potius haurire quàm effundere, & proiicere, vt ait Suar. *tom. 4. in 3. p. disp. 33. sect. 7. n. 7.* Igitur & in eum potiùs pronuntiare, etiam innocentẽ poterit, si aliter prouidere nequeat quàm reuelatione confessionis, sed de his alibi.

9 Altera quæstio est an iudex quem priuata scientia nocentem certò scit, absoluere possit, si iuridicè probetur innocens.

Resp. primò inferiorem iudicem id non posse, nomine autem inferioris iudicis intelligo cum Couarr. *lib. 1. variar. c. 1. num. 7.* Layman. *lib. 3. tract. 6. cap. 2. n. 6.* ipsos etiam Senatores qui prætoriis regiis assistunt, & quos nos in Gallia Curias Parlamenti vocamus, hi enim omnes cùm non possint dispensare in legibus, & constitutionibus Principum ac Reipublicæ, debent acta publica sequi, & non ex priuata scientia contra allegata & probata iudicare,

dicare, etsi ea priuata scientia omnium iudicum sit, quo casu supremis curiis malè hanc authoritatem concessit Guido Pap. *q.* 29.

10 Respondeo secundò Principem supremum cùm leges condere, & conditis derogare possit, sententiã ferre ea priuata scientia, tametsi contrarium in iudicio probatum fuerit, nihil prohibet. Ita Couar. *loco cit.* vbi Felin. Barth. Alberic. Cynum refert, contra Nauar. *c.* 25. *n.* 9. Caiet. *v. homicidium, initio.* Less. *c.* 29. *n.* 94. Bonac. *disp.* 10. *de praeceptis, q.* 2. *p.* 1. *n.* 5. Lugo *disp.* 37. *num.* 50. & 51. & alios. Probatur, quia forma iuridica neq; ex natura rei, vt malè dicit Bonacina, neque ex iure gentium, vt voluit Less. requiritur, sed solùm ex iure ciuili in quo supremum Principem dispensare posse iam òlim docuimus. Ergo nihil est quod cogat summum Principem hanc formam, & processum solitum in iudiciis vsurpare. Antecedens negari nequit à Lessio, qui ait rempublicam potuisse concedere Principi facultatem iudicandi ex priuata scientia, quoties illa certa esset. Atqui si ea forma iuridica solemnis, esset ex iure naturali, aut gentium requisita, id concedere non posset respublica, cum nequeat in illis iuribus dispensare. Deinde id nunquam licitum esset Principi, vti tamen volunt aduersarij in certis casibus, vt si crimen atrox sit, & expediat puniri, non tamen haberi processum publicum propter graues causas, id si sine citatione, defensione, aliisque solemnibus iuris poterit Princeps. Cùm igitur in his & similibus casibus licita hæc condemnatio sit, non est prohibita iure naturali, ac proinde nulla est ratio, propter quam potestas eam vsurpandi denegetur Principi.

11 Limitaui tamen assertionem, dixique ordinariè non esse vsurpandum à Principe hunc modum, ipsumque peccaturum, primò ratione scandali, audiet enim male hic processus, nisi dedoceat populum, ostendatque deinde cùm licebit sententiæ suæ æquitatem, quamquam si condemnatio, eiusque executio fuerit occulta, non erit locus scandalo, si publica, poterit deinde sufficienter instrui processus. Præterea si agatur de damno & pernicie auertenda, aut ab ipsomet Principe, cui impendet, aut à Republica, neque alia ratio suppetat, poterit Princeps ea priuata scientia authorem eius mali dedere morti, quia quilibet priuatus eodem modo se, aut rem sibi concessam deffendens iniustè inuadentem interimere posset, vt aliàs docuimus. Secundò non vsurpandum ordinariè hunc modum à Principe monueram, ne fiat aliqua iniuria reo, quamuis aliunde certò nocenti; cùm enim quandiu crimen occultum est, habeat ius in suam famam, illamque tuendi, vnde neque tenetur ad mentem iudicis respondere, dum non interrogatur iuridicè, videtur concessa omnibus deffensio, quandiu non apparet publicè de crimine: sed hoc intelligendum est modò crimen non saltem innotuerit Principi, & tribus aliis per quos iuridicè probari posset, quia tunc non fit vlla iniuria reo, neque illi eripitur iusta deffensio, quam nullam habet, tenerà enim non posset se tueri in iudicio, & aliundè non expedit tale iudicium publicè institui. Ita P. Nauar. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 191. Deinde si reus ita potens sit, vt capi nequeat, & qui non patietur se damnari, si de suo capite agi nouerit, sed omnia miscebit, poterit absque alio processu damnari ex Bonac. quia illi non fit iniuria cùm non tollatur iusta defensio quã exponit se habere, sed ipsemet sua potentia iuridicũ processum impedit. Vbi verò ampliùs non timetur, poterit instrui processus, vt prioris damnationis æquitas constet,

Ad quæstionem tertiam, an aliquis non citatus neque auditus damnari possit; Resp. id colligendum ea nouissima quæstione, & eadem distinctione vtendum esse, id enim non possunt iudices inferiores, possunt autem supremi Principes eo modo & ratione, qua contra allegationes & probationes ex scientia priuata certa nonnunquam agere & iudicare. Vide Lugo *à n.* 52. 12

ARTICVLVS III.

De æquitate iudiciis.

Necessaria legum notitia. 1.
An debeat ex legibus iudicare. 2. 3. 4.
An sententia contra leges obliget. 5.
An laxare possit pænas à lege statutas. 6.
Quam opinionem sequi debeat. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13.
Quando ad restitutionem teneatur. 14.
De incorruptione iudicis. 15.
De sportulis. ibidem.
An debeantur. 16.
De muneribus. 17. 18.

ÆQuitatem iudicis constitutio in conformitate cum legibus, recta conscientia, & incorrupta, & modo procedendi iuridicè, de quo sequenti articulo, tria priora capita exequar hoc loco. 1

Quoad primum caput de iudicio ex legibus ferendo, præmittenda est vulgaris illa quæstio, ac Iudex legum & iuris peritiam habere debeat, cùm ex suis adsessoribus, & iurisconsultis illam possit mutuari. Si ius Romanum attendamus, & mores, dubia videbitur hæc quæstio, nam Romæ sæpiùs iudicia exerceri solita sunt ab Equitibus, & ærarij Tribunis, quod ex Verrinis, orationibus Ciceronis, & legibus iudiciariis notum est; immò Antonij lege cautum fuit, vt tertia iudicum centuria fieret ex centurionibus antesignanis Alaudis, & municipalibus, quod testatur Cicero *Philip.* 1. & 5. Hi verò legũ imperiti erãt, sicut & Equites, atq; ærarij Tribuni. Deinde in causis centumuiralibus, quæ apud centumuiros disceptabantur, vsucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluuionum, circumluuionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum, cæterarumque rerum innumerabilium iura versabantur, multos autem ex centumuiris à iuris disciplina, & studio fuisse alienissimos satis constat, neq; tam ex doctrina, quàm sensu iudices fieri solitos ait Plin. *lib.* 14. *cap.* 1. & Agell. *lib.* 14. *c.* 2. scribit hominem adolescentem, à pastorum tabulis & Rhetorum epilogis in numerũ iudicum allectum fuisse, & confestim libros de officio iudicis sumpsisse, vt ex mutis magistris officiũ suum cognosceret. Recuperatores plerumque iuris imperiti dabantur à iudicibus, militaribus quoq; viris datum iudicandi officiũ, qui armorum nõ iuris studio dediti erant, *l. vlt. C. de iure deliber.* Aliunde tamen cùm constet iudicẽ de ipso iure pronuntiare debere, & in grauia crimina incurrere si cõtra leges iudicet, aut iniustitiã committat, legũ sanè & iuris peritum esse oportebat; nã *l.* 2. *C. quando prouoc. non est necessa,* sententia qua testamẽtum ab impubere factũ, ratũ esse iubebatur, nullius momenti pronuntiatur, vtpote datũ contra manifesti iuris formã; quæ aliaque peccabit iudex legum imperitus: quare Iustinianus *Nou.* 82. disputat perniciosum esse iuris ac legum imperitos ad iudicis officium adhibere; quare Hotman.

man. *quæst.* 18. *illustri*, distingoit inter iudices maiores & pedaneos, nam illi adsessores plerumque de corpore iuris studiosorum sumebant, & eo casu ipsi iudices, imperiti legum esse poterant, non verò
* pedanei, nisi vbi à Iurisconsulis consilium expetissent. Responsa enim Iurisconsultorum tantæ erant authoritatis, vt ab ipsis discedere iudici non liceret, *l. 2. in fin. D. de orig. iuris.* Sanè non decet illum qui de iure definire debet, & sua sententia ius constituere, ius ab alio mendicare.

Apud Hebræos non constituebantur iudices nisi sacri & ciuilis eorum iuris periti. Vnde apud ipsos duæ celebres erant Academiæ, in quibus ius dicebatur. Vide Hotting. *de iure Hebræorum*, Selden. *simili tractatu.* Th. Ionel. *in prolusione academica de iudice cap.* 6. vbi idipsum fusius ostendit in Republica Attica, estque sanè insculpta illa omnium animis lex, neminem aggredi debere artem, cuius sit imperitus, maximè cùm ex eiusmodi artis inscitia damnum aliis imminet. Quis amabo non damnet chirurgum aut medicum, qui vulnus aut morbum curandum susceperit, cùm tamen artis chirurgicæ aut medicinæ imperiti sint; & quis si inde pereat æger, aut aliquod aliud graue damnum subeat, ineptum istum chirurgum & audaciorem medicũ non obliget ad reparandum damnum quod sua imperitia intulit, quatenus saltem reparari poterit. Quæ eadem ratio valet in imperito indice, qui sua inscitiâ malè reum damnauit, & vel vita, vel fortunis spoliauit.

Quare iudicem, qui vel petit, vel suscipit munus iudicandi, cuius propter suam inscitiam incapax est, peccare mortaliter existimant passim Doctores. Nauar. *cap.* 25. *num.* 12. Antonin. 3. *parte tit.* 9. *c.* 2. *initio*, & 2. *part. tit.* 1. *cap.* 12. §. 4. Gabriel. *in* 4. *dist.* 15. *quæst.* 6. *notab.* 2. & si sua culpa damnum litigantibus afferat, illud reparare tenebitur; quænam verò culpa ad eiusmodi obligationem damni resarciendi, sit necessaria, dicemus inferiùs, vbi de obligatione ad restitutionem ex delicto. Non placet tamen quod ait Angelus *v. culpa*, §. 10. & Syluest. *eodem v.* §. 4. Iudicem qui officium illud petierit cum essent alij ipso digniores, teneri etiam ex leui culpa, si alius quispiam futurus erat diligentior, non placet, inquam, quia satis est vt ipse dignus fuerit suo munere, quod vel suscepit, vel etiam petiit, vt sit in conscientia tutus, siue ipsum eligens aut præficiens teneatur eligere digniorem, siue non, quod modò non disputo, ago enim de ipso tantùm electo, atque ita existimat Soto *lib.* 3. *de iust. q.* 6 *art.* 2. & Lugo *disp.* 37. *n.* 2. His positis.

Respondeo ad primam quæstionem de conformitate cum lege, quam ad rectè iudicandum seruare debet iudex, distinguendas esse leges naturales & diuinas ab humanis, & iudex inferior à supremo Principe separandus est: In lege quoque attendi debent tum verba, tum mens Legislatoris.

2 Consentaneè igitur diuinis & naturalibus legibus ferendam esse sententiam nemo dubitat, cùm earum obligationi, & imperio nemo mortalium subducere se possit.

3 Quoad humanas & ciuiles, quondam docuimus supremum Principem illis absolui, nisi ita infixæ sint sceptris, & coronæ, atque, vt loquuntur fundamentales, vt iis conuulsis totum regnum & statum concidere necesse sit. Poterit igitur ab aliis legibus se Princeps eximere, & contra earum scita ius dicere, modò aliunde suppetat aliqua ratio sic iudicandi, & nulla iniustitia committatur; quamquam, vt ibidem dixi, non deceat nisi in grauioribus quibusdam casibus à legibus discedere etiam Principem, ne eiusmodi non vsum populus despicientiam interpretetur, & parui æstimet leges, quas ab ipso passim legislatore violari animaduertit.

Iudices verò inferiores, legum quæ in eo imperio & republica vigent, præscripta sequi omninò oportet; quia non condunt ipsi ius, hoc enim est supremæ potestatis, sed declarant, & dicunt populo, neque dispensare se aut alios possunt à legibus. 4
Dixi autem attendendas esse leges in republica vigentes, quæ enim iam antiquatæ sunt, seu contrarius rescriptis Principum, seu non vsu, vel contraria consuetudine; leges præterea Cæsareæ in Gallia, & aliis regnis non subditis imperio Romano, non obligant: quare secundùm eas iudicare non tenentur nisi quatenus regiæ constitutiones id iubent. Attendenda verò potiùs est mens Legislatoris quàm verba, quare vbi in quodam casu voluerit aliud voluisse Legislator, quàm verba præ se ferant, contra verba legis iudicare poterit, atque epieichia seu interpretatione legis, cum aliqua authoritate vt fas erit. Vbi verò dubiũ ingruit an voluerit Legislator quod præcisè sonant verba legis, standum esse verbis legis, quia illis fauet possessio, existimat Less. *c.* 29. *dub.* 5. Illud tamen dubium definiri posse à supremis Curiis existimatim, atque ita vulgarem parœmiam, Curiam non ignorare ius, interpretor: ita eius effata, oracula Themidis dicimus, & Senatores iuris Antistites ac Sacerdotes nominamus, non quòd ipsi condant ius nisi supremas potestates de gradu excelso & illustri deiiciamus, sed quia mentem legis optimè peruadunt, & si quid implexum videatur, explicant, qua etiam de causa iudicem ius animatum dixit Aristoteles. Denique æquitatem iudicis hac in parte descripsit Tullius *pro Cluentio*; *Est enim sapientis iudicis meminisse se hominem, cogitare sibi tantum esse permissum quantum commissum sit, & creditum, animaduertere debet qua lege reus citetur, de quo reo cognoscat, qua res in qua versetur, cùm hæc sunt videnda, tum illud est hominis magni iudicis atque sapientis, habere in consilio legem, fidem, religionem, æquitatem: libidinem autem, inuidiam, metum, & cupiditates omnes amouere, maximè æstimare conscientiam mentis suæ, quam à Deo immortali accepimus, quæ à nobis diuelli non potest.* Ambrof. verò sermone 20. *in Psalm.* 118. *Bonus iudex nihil ex arbitrio suo facit, & domestica proposito voluntatis, sed iuxta leges & pronunciat, scitis iuris, obtemperat, non indulget propriæ voluntati, nihil paratum, vel meditatum domo affert, sed sicut audit, ita iudicat.*

Sententia verò lata vel contra veritatem, vel cõtra iura, & leges, nõ obligat in conscientia, est enim iniusta, secus, si ex iuris Ordine & legibus, & secũdùm veritatẽ pronuntietur, quãuis ex odio, aut alio prauo iudicis affectu, aut non nisi omissis quibusdã accidẽtalibus solẽnibus, tunc enim etsi peccet iudex ob prauum affectũ, iusta tamẽ est sententia, & quod inde sequitur valida, & obligans, nisi vbi ad tribunal appellare liceat. Quãdo autẽ fuit falsa præsumptio facti, eaq; probata in iudicio, in foro externo valet quidem sententia, qui tamen per eam aliquid acquisiuit non potest in conscientia illud retinere, vbi veritatẽ comperit; quia sententia iudicis non est lex translatiua dominij ab vno in aliũ, sed solùm declaratiua iuris cuiusque. Excitio tamen sententiam priuatiuam beneficiorum ob crimen, solùm materialiter iniustam, eo quòd iuridicis, probationibus, & processibus conformis sit, & iudex non vtatur mala fide, hæc enim in vtroque foro valida est, quia Prælatus habet vim auferendi beneficiũ ab vno, & alteri cõferendi, vbi causa subest, vti cõtingit in illo casu

casu propter probationes quarum falsitas non innotescat. Immò diximus nuper, etsi iudex priuata scientia perspectam habeat falsitatem, quam tamen iuridice perspicuam reddere non possit; valituram eam sententiam, si autem sit sententia tantùm declaratiua, vti vulgò est, qua declaratur cui competat beneficium, non obligat in foro externo, etiamsi sit solùm materialiter iniusta. Vide Bonac. *disp.* 10. *de peccatis, quæst.* 2. *p.* 4. Less. *c.* 31. *dub.* 4. idem sentientes.

6 Hinc solues vulgarem difficultatem an iudex possit relaxare pœnam à lege statutam reo: nam si agamus de iudice inferiore, non potest ex S. Th. 2. 2. *quæst.* 65. *art.* 4. & communi sententia Doctorum, quia non potest dispensare in lege superioris, etsi pars læsa consentiat, nisi quatenus cedit illa iuri suo, & commodo quod ex ea pœna proueniebat. Ago verò de pœna certa, & determinata per legem, si enim arbitraria sit, quia iudicis prudentiæ & æquitati relinquitur, poterit Iudex illam pro variis circunstantiis augere aut minuere, modò nulla fiat in ea diminutione iniuria Reipublicæ, vel parti læsæ, cui satisfieri debet, alioquin tenebitur ad restitutionem parti non consentienti, tum ipse reus, cui non potuit condonari à iudice, quod iure naturæ debebat parti, ipsa inuita, tum iudex in defectum rei non soluentis, peccat enim contra iustitiam, & damnum iniustè infert illi parti, illud ergo tenetur reparare. Si autem pœna erat applicanda fisco, non tenebitur ad eam reus, etiamsi iniustè non sit condemnatus, quia nimirum fuit relaxata pœna à iudice, qui id non poterat: quia pœna & satisfactio non debetur fisco ex natura rei, sed tantùm per sententiam condemnatoriam, & non ante illam. Hinc etiam damnant peccati mortalis Doctores iudicem qui pœnam capitis in pecuniariam mutauit, quia vel mors crimini statuebatur à lege, vel ad bonum reipublicæ necessarium erat reum occidi, immò fit iudex ipse reus omnium scelerum quæ ex ea deinde impunita procedunt; in casibus tamen, in quibus diximus esse locum epieichiæ, & attendendam potiùs mentem Legislatoris quàm legis verba, minui aut etiam tota pœna condonari poterit à Iudice inferiori, maximè quando non erit formalis aditus ad superiorem, & bonum commune aliquam condonationem postulabat, aut aliæ causæ quæ non comprehenduntur; supremus Princeps poterit condonare pœnam, quia dispensare in iure humano potest, si tamen non sit iusta causa propter quam, ad bonum commune possit partem læsam suis bonis priuare, tenebitur ad satisfactionem & reparationem damni illati à reo, & debitam parti iure naturali. Hine optimè aduertit Valent. 1. 2. *quæst.* 11. *p.* 4. periculosum esse intercedere pro reis apud Iudicem, in his quæ ab ex eius arbitrio non pendent, quare totum fuerit prius partem læsam adire, & ab ea remissionem aut condonationem obtinere, ne illi nostris precibus aliqua deinde fiat iniuria. Vide latè Suar. *lib.* 6. *de legibus cap.* 11. hanc quæstionem de relaxatione pœnæ à iudice, tractantem.

7 Secundum caput quo dicebamus æquitatem iudicis contineri, erat probitas conscientiæ non modò vt nullo peruerso affectu in transuersum agatur, etiam in ferenda sententia iusta, sed vt dictamen bonæ conscientiæ sequatur: & quidem cùm tum ius, tum factum liquidum est, proba conscientia dictat ex liquido iure in eo facto constanti & certo, iudicandum esse iudici, qui ab eo nequit sine iniuria alterius litigantis discedere. Verùm cùm sæpius & ius dubium sit propter diuersas Doctorum interpretantium opiniones, aut propter legis obscuritatem, aut vsum & praxim aduersariorum, aliasque ob causas; & de facto non satis constet, nam dubitatur an Titius sui compos esset dum fecit testamentum, aut an tale delictum commiserit, quæritur quid debeat iudex in his dubiis facere, vt ex bona conscientia, atque adeò ex æquitate iudicet. Et quidem, quando dubium est facti seruandæ erunt communes regulæ iuris, v.g. in dubio fauendum potiùs esse reo, quàm actori, aliæque similes quas explicate non est huius loci. Vide Sayr. *in claui Reg. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 4. Salas 1. 2. *tract.* 8. *disp. vn. sect.* 12. *num.* 115. & Salon. 2. 2. *q.* 63. *art.* 4. *contron.* 2. tota difficultas consistit in dubio iuris propter probabilitatem opinionis in vtramque partem circa ius litigantium, an possit videlicet iudex pro arbitrio quam libuerit opinionem sequi, & secundùm illam ferre sententiam; an verò obligetur iudicare secundum ius illius, quod habet maiorem probabilitatem; vel si æqualis sit probabilitas, debeat à iudicio abstinere; distinguendum est, vti iam monui, dubium circa factum, & circa ius: nam quando sunt opiniones probabiles oppositæ circa ius, siue vna sit altera probabilior, siue non, tunc probabile est vtrumque litigantem habere verum & proximum ius in iudicio, ac proinde probabile est pro ipso debere iudicari, quare dum iudex pro alterutro iudicat, sequitur opinionem probabilem circa iudicium quod facere tenetur. At verò in dubio facti, quamuis vtraque pars sit probabilis, v.g. Titium fuisse institutum hæredem, inde tamen non sequitur ipsum habere ius in iudicio; immò contrarium contingit; quia Titius non habet etiam, probabile ius in iudicio, nisi eius institutio probetur; atqui ea non probatur, sed dubia positiuè manet, cùm æquè probabilis sit non institutio. Quare licèt ex probabili iure possit ferri sententia, non tamen inde necessariò fit, ex æquali probabilitate facti acquiri ius probabile in iudicio; ad hoc enim necessarium est vt factum ex quo nasci debet ius, probetur in iudicio, quod non fit quandiu est positiuè dubium, neque illud dubium in iudicio vincitur, sed perstat. Agimus verò hoc loco de dubio positiuo, & non negatiuo dumtaxat, in hac igitur controuersia prures diuersæ sunt Doctorum sententiæ, quæ tamen vix reipsa dissentire mihi videntur; ideòque, vt facilè componantur, moneo non esse separandum factum à iure in hoc iudicio, sed vtriusque probationes simul considerandas, & inter se comparandas: nam aliquando sunt æquales probationes iuris litigantium, & non facti, aliquando probationes facti superant probationes iuris. Appello vero probationes æquales vel inæquales, quæ sunt minùs vel miuùs efficaces, aut æquè efficaces.

8 Quando igitur constat alterum litigantium habere probationes efficaciores tam circa ius quàm circa factum, tenetur iudex secundum illas pronuntiare; ita omnes, quia iudex iudicare debet secundùm allegata & probata, maximè cùm nullam aliam habet notitiam contrariam de veritate rei. Atqui hæc allegata & probata magis fauent, siue factum siue ius spectetur alteri litigantium, illi igitur lis adiudicanda est à iudice.

9 Secundo quando probationes vtriusque litigantium æquales sunt, & ius æquè vni fauet atque alteri, non est liberum Iudici cui libuerit litem adiudicare, sed si res diuisibilis sit, illam diuidere, si sit indiuisibilis alterum ita compensare, vt inter eos

maneat

maneat æqualitas in iudicio causæ, debet, sicut est in probatione facti, & in iure, quod vltimum addo, quia contingere nonnunquam poterit, vt licèt ratione facti probationes sint æquales, ius tamen vtrique non faueat æqualiter, propter varias circumstantias. Sic ius potiùs fauet possidenti, quàm non possidenti, *cap. ex litteris, de probationib.* Deinde vniuersalis est regula, *de regul. in 6.* cùm sunt partium iura obscura, reo fauendum est potiùs quàm actori, quæ tamen regula suas patitur exceptiones, nam in dote, matrimonio, libertate, pupillo, vidua, peregrino, & aliis piis causis actori, cæteris paribus, fauetur, modò contraria opinio non sit aut appareat verior, tunc enim non debebit in fauorem illarum causarum, pro matrimonio, v. g. aut libertate iudicari, non enim dicuntur causæ istæ fauorabiles, vt aliis fiat iniustitia, sed vt in æquali iure, illis potiùs faueatur, & non vbi ius alterius partis verius aut probabilius apparet. Quod sapienter obseruat. Mascard. *de probationib. concl.* 1143. *num.* 14. Deinde in criminalibus licèt accusator æquales aut etiam efficaciores probationes protulerit, quàm reus & accusatus, si tamen non sunt prorsus liquidæ, & efficaces, siue conuincentes, non debebit damnari reus; ad id enim necessariæ sunt probationes luce clariores, quod obseruat Salas 1. 2. *tract.* 8. *disp. unic. sect.* 12. *concl.* 2. *num.* 115. Villalob. *tom.* 1. *tract.* 1. *diffic.* 15. *num.* 2. Salon. 2. 2. *quæst.* 63. *art.* 4. *concl.* 2. & qui multos dabit Mascard. *de probat. v. delictum, concl* 497. *num.* 1. In casu autem nostræ assertionis, & in similibus, vbi probationes ratione facti sunt æquales, & ius æqualiter fauet vtrique litiganti, componenda ita lis erit, vt in iudicio æquales sint, siue per rei controuersæ diuisionem, siue per æqualem compositionem, cùm res indiuisibilis est, siue quapiam alia ratione: neque in arbitrio iudicis est in quam voluerit partem iudicare, contra quàm velit Ioan. Sanch. *disp.* 44. *num.* 51. Petrus Ledesma *de matrim. quæst.* 45. *art.* 1. *dub.* 2. *ad* 3. Lugo *disp.* 37. *num.* 115. Sequimur tamen Salon. Salam. Villalob. nuper laudatos. Sanch. *lib.* 2. *de matrim. disp.* 41. *n.* 16. *& lib.* 1. *in Dec. cap.* 9. *num.* 45. Etsi enim hoc postremo loco videatur contrarium affirmare, nihilominus expressis verbis ait rem esse diuidendam, vbi sunt æquales facti probationes. Sayr. *in Clau. Reg. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 22. Suarez *de charitate disp.* 23. *sect.* 3. *num.* 4. Koninx. *de matrim. disp.* 34. *dub.* 10. *num.* 64. Ferdin. à Castro *tract.* 1. *disp.* 2. *puncto* 10. *num.* 2. Ratio manifesta est, quia iudex non est dominus rei de qua controuertitur, hæreditatis v. g. sed eius prout iustitia postulat, distributor. Debet igitur illam diuidere, aut assignare vni, prout poscit ratio iuris quod habent litigantes in illam: atqui vterque litigans æquale ius habet, vti supponimus; cur igitur vni potiùs, quàm alteri res assignabitur, & quandoquidem neuter totam & integram vindicare potest absque iniuria eius, qui æquale ius habet, neque iudex poterit eandem quoque integram tribuere, sed diuidenda erit pro ratione iuris vtriusque.

Neque dicas in controuersia de beneficio Ecclesiastico, vbi contendentium sunt æquales probationes, præsentationes, & alia eiusmodi cætera paria, liberum esse iudici, cui voluerit illud conferre, nam in ea controuersia nullus habet ius ad tale beneficium, antequam eligatur, & iustitia distributiua postulat, vt vni tantùm conferatur, & cùm litigantes æquales in omnibus sint, neque simul possidere valeant beneficium litigiosum, liberum debet esse cui libuerit conferri, vel neutri, neque is cui negatur queri potest sibi fieri iniuriam; at verò in aliis causis litigantes habent ius ad rem illam, quæ vtriusque est ex æqualitate probationum, & iuris, etiam ante sententiam iudicis, cuius tantùm est declarare cuinam tale ius competat. Atqui vtrique parti competit, pro vtraque igitur parte declarare debet, & non vni totum ius, totamque rem controuersiam tribuere.

Tertiò quando vel probationes ex parte facti non sunt æquales, vel si sunt, dubitatur tamen cui parti ius magis faueat, vel licèt vnus excedat in probationibus facti, superatur ab alio in probationibus iuris; poterit iudex cui libuerit rem controuersam, v. g. hæreditatem, adiudicare: ita Sayrus *lib.* 1. *Clauis Reg. cap.* 11. *num.* 4. Salon. Sanch. & Salas locis cit. & alij quos refert & sequitur Ferdinand à Castro *tract.* 1. *disp.* 2. *punct.* 10. *num.* 5. contra Bann. 2. 2. *quæst.* 63. *art.* 4. *dub.* 1. Villalob. *tract.* 1. *diffic* 15. *num.* 2. *&* 4. Koninx. *de sacram disp.* 34. *num.* 94. quibus fauere videtur Suar. *de charit. disp.* 23. *sect.* 6. *num.* 4. quandoquidem non distinguit de probabilitate iuris, aut facti. Ratio est, quia cùm iudex teneatur eo casu sententiam ferre, & nulla sit potior ratio cur vni potiùs fauere obligetur, quàm alteri, in eius arbitrio relinquitur cui libuerit fauere. Neque dicas posse in simili causa modò vni, modò alteri fauere non sine scandalo. Respondet enim optimè Sanchez secluso illo scandalo nihil omninò impedire quominus diuersæ illæ sententiæ in simili, & pari omnino casu iustæ sint, cùm reuera in neutra sententia ferenda vlli faciat iniuriam, per accidens tamen propter scandalum, si aliquid inde probabiliter timeatur, debebit ab ea sententiarum varietate, vel dissidio abstinere.

Dices primò, licebit igitur iudici accipere munus aliquod, vt vni ex litigantibus faueat, non enim hoc accipiet pro aliquo ex iustitia debito, cùm non teneatur ex iustitia pro illo iudicare, nec accipit etiam pro re turpi, quandoquidem licitum omninò est eo casu sententiam in eius gratiam ferre.

Respondet Lugo *disp.* 37. *num.* 110. hæc munera illicita fore, quia acciperet pretium pro re, quæ non est digna pretio, tenetur siquidem ferre sententiam pro alterutro contendente, determinatio verò ad Caium potius quàm ad Titium facit quidem sententiam vtiliorem Caio, non est tamen ratione. Iudicis sese determinantis ad aliquid pretio dignum, neque enim qui ex iustitia obligatur dotare aliquam virginem ex tribus, potest quid accipere vt Camillam potiùs quàm Bertham eligat, repugnat siquidem teneri ex iustitia dare rem integram vni ex duobus, & tamen posse ab illo petere pretium pro re donanda, sic enim non daretur integra, cùm tamen ex iustitia debeatur integra, sed ex ea aliquid detraheretur contra iustitiam.

Dices secundò cùm in casibus in assertione positis vtriusque litigantis iura, si benè inter se comparentur, æqualia reperientur, debebit iudex, qui non est dominus rei, sed dispensator, siue distributor, illam diuidere, aut alia ratione satisfacere illi cui rem indiuisibilem non adsignabit, neque poterit vni totam applicare excluso altero, cuius est æquale ius, vti tamen faciendum esse diximus, cùm probationes æquales sunt ex parte facti, & ius æqualiter vtrique fauet.

Respondeo discrimen esse inter duos istos casus, quia cùm probationes facti sint æquales, & iura æqualiter fauens, ius vtriusque litigantis ita certò æquale est, vt non videatur relinqui dubium de illa

dum est, reipublicæ restituendum erit ratione detrimenti quod ex peruerso, & iniquo illo iudicio bonum commune reipublicæ passum fuerit, quod erit aut nullum aut exiguum; litiganti verò damnato non tenebitur ad interesse litis, cum illi nullam intulerit iniuriam sua sententia: nam qui eligit dignum omisso digniori ad beneficium, non obligatur restituere digniori omisso, sed Ecclesiæ, si quod damnum in illa electione passa sit.

Respondeo tamen cum Lugo *num.* 121. hunc iudicem teneri ad restitutionem litis parti quam damnauit; quia cùm peccarit, & iniuriam ac damnum intulerit reipublicæ, ad illudque reparandum teneatur, eiusmodi damnum reparare nequit, nisi ille ciuis qui habebat probabilius ius ad rem controuersiam, illam reparationem recipiat, quia totum damnum quod patitur in illo iudicio respublica, consistit in eo quod ciuis qui habebat probabiliorem causam, priuatus fuerit suis bonis, quod damnum, vt vides, resarciri non potest, nisi bona quibus per iniuriam priuatus est, ipsi restituantur. In electione verò digni, prætermisso digniori ad beneficium Ecclesiasticum, damnum quod Ecclesiæ infertur diuersum est à damno dignioris præteriti, quare fieri potest reparatio damni Ecclesiæ, absque reparatione damni, quod dignior præteritus, qui non habebat verum & proprium ius, passus est.

Confirmatur nostra assertio ex eo quod magistratus, qui sua culpabili negligentia patitur homicidia, furta, aliáve crimina, non tantùm peccat aduersus rempublicam contra iustitiam, sed aduersus quoque singulos qui inde damna patiuntur, tenetúrque illis ad restitutionem, ex communi Doctorum sensu quos adducit & sequitur Lessius *lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 70. Quidni igitur tenebitur damno quod priuati ferunt in suis bonis per iniquam sententiam, quandoquidem æquè obligatur à republica ad inquirendam veritatem & secundum illam sibi cognitam iudicandum, atque ad crimina pro potestate coërcenda.

15 Tertium caput quod æquitas iudicis requirit, est incorruptio, siue ne se muneribus, gratia, & fauore, corrumpi sinat, & in transuersum agi. Distinguenda vero sunt stipendia & mercedes à muneribus, quæ non in laboris pretium, sed gratuita liberalitate donantur.

Stipendia & mercedes, salaria, honoraria, & sportulæ frequentiùs dicta sunt, earumque sæpiùs meminerunt iura, habemúsque *in lib.* 3. *Cod. titulum de sportulis.* De his vide Cuiac. *in paratitlis eiusdem Codicis.* & *lib.* 15. *obseruat. cap.* 18. Budæ *in prioribus annotat ad Pandect.* Alciat. *lib.* 3. *dispunct. cap.* 17. Turneb. *lib.* 10. *cap.* 27. & *lib.* 28. *cap.* 24. Brisson. *lib.* 17. *de verbor. significat.* Iuret. *ad Epist.* 55. *lib.* 4. *Symmachi*, & alios. Certum est sportulas fuisse obsonia, quæ Romani dabant salutatoribus, cùm ipsi secreto cœnarent, neque illos mensa sua dignabantur. In limine autem domus constituebantur sportulæ. Iuuenal. *satyr.* 1.

—— Nunc sportula primo
Limine parua sedet, turba rapienda togata.
Ille tamen faciem priùs inspicit, & trepidat ne
Suppositus venias, & falso nomine poscas.

Recta cœna sportulæ opposita erat, liberaliores enim, ciuilioresque salutatoribus suis legitimum conuiuium exhibebant, quæ recta cœna dicebatur, cum sordidiores sportulam tantum præberent. Has sordes Domitianus sustulit apud Sueton. *cap.* 7. *Sportulas*, inquit, *publicas sustulit reuocata cœnarum rectarum consuetudine.* Et de Augusto *cap.* 74. *Conuiuabatur assiduè ac sæpius rectè at dapsilè, vt macellarios adiuuaret.* Subinde sportularum loco dati sunt nummi, centum nimirum quadrantes, iique similiter sportula dicta fuit. Ad veterem illum morem accedare ait Budæ. id genus erogationis in domibus Principum, quod *liberatas* vocant vernacula lingua, & in antiquis codicibus *liberationes*, quod genus celebrabatur in aula nostrorum Principum, vt ex libris dispensationis regiæ, quos statuta omnes appellant, constat. Quod verò *buccam ad curiam* dicunt, latinè rectam cœnam appellare licet. Hactenus Budæus. Subinde sportularum appellatio ad salaria, diaria, honoraria omnia & congiaria porrecta est, quare Suidas definit sportulas [illegible] : & Hesychius sportulam quoque vitam interpretatur, sub eo siquidem nomine nonnunquam exigebantur vsuræ, *l. eos* 26. *C. de vsuris.* Dabantur & in nuptiis, sæpius enim sportulæ nuptialis meminit Symmachus *lib.* 3. *ep.* 24. *lib.* 4. *epist.* 4. *lib.* 9. *epist.* 96. *In duobus solidis ad te misimus sportulam nuptialem.* Apuleius *lib.* 2. *Apolog.* agens de suo cum Pudentilla matrimonio. *Ita placuerat in suburbana villa potiùs vt coniungeremur, ne ciues denuo ad sportulas conuolarent, cum iam pridem Pudentilla de suo quinquaginta millia nummorum expunxisset ea die qua Pontianus vxorem duxit, & hic puerulus est toga inuolutus.* Vnde vides datas etiam fuisse sportulas cùm quis togam virilem indueret; quod testatur Plinius *lib.* 10. *ep.* 120. *Qui*, inquit, *virilem togam sumunt, vel nuptias faciunt, vel ineunt magistratum, vel opus publicum dedicant, solent totam buleen, atque etiam à plebe non exiguum numerum vocare: binosque denarios, vel singulos dare.* Mos porrò ille dandi sportulas ob introitum Collegio, Curiæ, & Corpori, in quod cooptatur, liquet *ex l.* 7. *C. de proximis sacr. Scrin.* & ex eodem Plin. *lib.* 10 *ep.* 40. pro introitu militum, quidquam erogatur, *l. penult.* §. *vlt.* & *penult. D. de legat.* 3. Inde etiam sportulæ decurionum quas Ordini dabant pro introitu, quæ tamen aliquando gratuitò remittebantur. Conferebant quoque Clerici & Præsbyteri xenia pro introitu Ecclesiæ, quod tamen leges Francorum prohibuere *lib.* 1. *tit.* 140. & Concil. Aurelian. apud Burchard. *lib.* 3. *cap.* 137. Iustinianus *Nouu.* 56. & 123. concesserat in Ecclesia Constantinopolitana tantùm fieri insinuationes, siue *ἐνθρονιστικά*, id est, ea quæ pro introitu Clerici noui veteribus dare consueuerant, qui mos quoque seruabatur ab iis qui in latronum numerum cooptabantur, nam apud Apuleium *lib.* 7. *de Asino*, Hemus Thracius de latronum collegio sic loquitur. *En istam sportulam, immò verò dotem vestro collegio libens, meque vobis ducem fidelissimum, si tamen non recusatis, offero, breui temporis spatio lapideam istam domum vestram facturus auream.* Omissis istis sportulis frequentes in iure sunt illæ quæ iudicibus pedaneis dabantur, & dicuntur *ἐκβατικά*, *Nou.* 82. *in C. de sportulis* agit Iustinian. de illis quas conuentus reus dat executoribus litium, idest, viatoribus, conuentionis nomine, horum enim proprium munus est reos conuenire & commonere, reorum quoque est sportulas eis exoluere *Nou.* 53. addit Cuiac. *in C. citatum.* De aliis sportulis siue sumptibus, quos in diuersis iudiciis vtraque pars facit, & erogat in apparitores, notarios, exceptores, arbitros, aduocatos, scriniarios, vel inducendarum, vel extrorsendarum cognitionum causa, vel pro exceptione, & editione actorum, relationis, sententiæ, litis contestatione, pro recitatione sententiæ, vel instrumentorum, pro libello, vnde executoribus datus conueniendi

niendi potestas, pro insinuando rescripto, vel edicto Principis, vel aliis pluribus ex causis: de his, inquam, sportulis agit quoque Iustinianus in constitutionibus Græcis quæ in citato Codice omissæ sunt, & quas Cuiac. retulit *lib.* 13. *obseruat.cap.* 18. illisque certum modum imposuit Imperator, quod & fecit *in l.* 12. *C. de proximis sacrorum Scrinior.* Ab his tamen præstationibus & sportulis liberabatur fiscus, qui semper gratis litigat *Nou.* 17. *&* 11. quod idem conceditur Episcopis *Nou.* 123. §. *sportularum*, & tenuioribus personis, *Nou. de mand. princip* & his qui cum eis litigant.

Obseruat verò Aristophanis scholiastes *in nubibus*, sportulas Romanorum, fuisse Atheniensium *πρυτανεῖα*, erantque decimæ nominum quas pendebant fœneratores viatoribus, aut iudicum apparitoribus, vt debitores sisterent iudicio, vt cum ipsis accitis, creditores coram experirentur, inde enim soluebantur sportulæ iudicum, & omnis apparitus iudicialis: vocantur aononarum solatia *l.* 7. *C. de annonis, & capit administrant.* Executores qui plus exigerent, quàm definitum esset sportularum nomine, quadrupli pœna damnauit Iustinian. §. *quadrupli, Inst. de action.* & *Nou.* 17. 82. *&* 123. Modum autem sportulæ pro modo peritæ quantitatis in centenos aureos dimidiatum, in ducenos aureum vnum, in millenos, aureos sex, vti Theophil. *in* §. *tripli, de action.* scribit.

Obseruat porrò Mornac. *in C. de sportulis*, in Gallia ante Carolum VI. nihil protius iudices accepisse, nisi ex publico, & victori litis tantùm permissum fuisse honorifici & leuis muneris loco ei qui litem explicuisset dare, donec dynasta quidam circa ann. 1369. duobus litis suæ interpretibus viginti aureos, indulgente Curia, donauit: inde sensim mos priscus inuerti cœpit, vetabat tamen Curia ne pecunia illa numeraretur in æstimandis & taxandis litis sumptibus, tandem reuocata sunt stipendia publica, & priuata inducta, quæ à litigantibus soluerentur, quod probarunt quoque Pontifices *cap. cum ab omni, de vita & honestate Clericorum*, & *cap. statutum, de rescriptis in* 6. leges item Vvisigothor. *lib.* 1. *tit.* 2. *cap.* 25. vide Rebuff. *tit. de salariis taxatis.* Carol. Loiseau. *lib.* 1. *de officiis. cap.* 8. salaria dicta quod iis se alant iudices, aliique Græci interpretantur τὰ δίδόμενα εἰς τροφὴν σιτήρεσια, & ὀψώνια. Suidas, ἀλλαγεία σιτηρέσια pro ταλλαγίοις dixit. Harmenopul. autem *lib.* 1. *tit.* 4. ἐκτογιατικά, quòd modò leuiores modò grauiores prout ferunt tempora sint. Iustinian. *in Authent. sed hodie. C. de Episc. & Cleric.* quatuor dumtaxat siliquas in qualibet causa criminali vel pecuniaria dari voluit, erat verò siliqua vicesima quarta pars solidi. Suidas *verb.* βουλεύσια triobolum solutum ait. Immensam verò iudicum auaritiam hodie insectatur hac in parte Mornac. *in Authent. cit.* & *in C. de sportulis.* Langlæus, in suis semestribus prudenter monet spectandas esse causas, personas, ac lites, ex quibus non debeantur sportulæ. Monet denique nomine sportularum neminem posse cogi à iudicibus, itáque censuit Senatus die 1. Iulij ann. 1600. & 19. Decembris ann. 1607.

16 Circa sportulas igitur & mercedes iudicum, aliorumque officialium, certum est eas deberi, & censeri legitimas, quæ vel lege, vel vsu, & consuetudine diuersis in locis pro causarum, litium, atque personarum varietate, vti monebat Langlæus, præscriptæ sunt. Secundò si quid supra pretium taxatum, & stipendium legitimum capiat iudex, iniustitiam committit, & illud restituere debet, quia capit aliquid supra iustum pretium, vti contingit in omnibus aliis. Suppono verò stipendium definitum iustum esse, alioquin posset aliquid amplius ad vsque æquitatem stipendij accipi; quæ omnia tradit ex communi Doctor. Molina *tract.* 1. *disp.* 83. vbi tamen sapienter monet non esse id facilè concedendum iis ministris, qui licèt non habeant sibi attributum sufficiens stipendium, gaudent tamen eo officio quo alij plures libenter defungentur pro modico illo stipendio, eo quod honoribus & pluribus priuilegiis quæ magni fieri solent, fruantur; hæc omnia siquidem faciunt partem præmij. Deinde Princeps non tenetur semper eiusmodi officialibus integram sustentationem præstare, cùm plures reperiantur ditiores, qui illa officia ambiunt, & nullam, vel exiguam mercedem ab officio distinctam postulant. Consentiunt quoque Doctores quoties labor aliquis extraordinarius suscipiendus est, aut actio præstanda minimè solita, aliquid pro ea mercedis capi & exigi posse.

Diximus præterea nuper nihil exigi aut capi posse à iudice pro actione, quam debet ex iustitia, cum non possit aliquid deberi ex iustitia, & simul vendi illi cui debetur; quod vti monet Molina, intelligendum est non solùm de eo cui debita est illa actio ex iustitia, sed etiam de alio tertio qui daret quidpiam iudici vt sententiam ferret pro Petro, vti tamen existimat Soto *lib.* 4. *de iustitia quæst.* 7. *art.* 1. *ad* 2. dum docet eum qui accepit aliquod præmium ne occideret Caium quem volebat occidere, non teneri ad restitutionem, quod etiam existimauit Ioan. de la Cruz. in *directorio. precept.* 7. *art.* 5. *dub.* 3. *conclus.* 3. quia, inquiunt, ille quidem tenebatur non occidere Caium, non tenebatur tamen in gratiam Titij ab ea meditata cæde abstinere, & eam ob causam pretium aliquod accipere poterit, quæ doctrina ab omnibus exploditur; vt enim aduertit Lugo *disp.* 37. *num.* 126. aperit viam vsuris, furtis, & rapinis, aliisque criminibus; dicet enim fœnerator se non accipere vsuras ab illo cui mutuum dat, sed ab alio in cuius gratiam mutuatur, & fur se occisurum Titium, nisi illi centum aureos donem, vt in mei gratiam non occidat, & ita de aliis.

Ad extremum quæri posset vtrum pretium datum ad iniustam sententiam ferendam acceptum, restitui debeat; verùm illa quæstio fusiùs à nobis explicata est *lib.* 1. vbi egimus de mercede praui operis.

Superest agamus de muneribus, quibus animus 17
iudicis in alteram partem permouetur, an ea licitè capere possit. Quod negant etiam attento solo iure naturæ, Gabriel *in* 4. *dist.* 15. *quæst.* 6. *conclus.* 4. Antonin. 3. *parte, tit.* 9. *cap.* 1. §. 2. Veriùs tamen per se licitam esse eam acceptionem, dixit Nauarr. *in comm. de datis & acceptis, num.* 5. alioquin nunquam permitti posset, neque consuetudine vnquam præscribi; quod tamen postremum docet Nauarr. *loco citato*, quare expendendæ sunt, variæ circumstantiæ; si enim vel ratione quantitatis, vel valoris, vel personæ, eiusmodi sunt ea munera quæ facilè & probabiliter iudicem ad aliquid minùs rectum commouebunt, illicita erit acceptio ex iure naturæ, cùm iudex exponat se proximo peccandi periculo, & malè iudicandi. Si verò munera vel exigua sint, vel vrbanitatis tantùm & amicitiæ causâ data, vel ad excitandam iudicis diligentiam, non erit illicita iure naturæ ea acceptio. Certè quocunque modo accipiantur, nulla erit obligatio illa restituendi, cùm accepta sint vera donatione & dominij translatiua, licèt in ea donatione peccatum sit, sed illud peccatum, non impedivit, vt dixi, dominij translationem in donatarium.

Iure

18 Iure tamen positiuo hæc acceptio munerum prohibetur iudicibus. Iethro *cap.*18. *Exodi.* author est Moysi, vt sibi iudices sumat, qui oderint auaritiam. Chaldæ. reddit, qui oderint pecuniam; versio Sa-
9 maritana, prædam, Syriaca, munus & fraudem. Græca ὑπερηφανίαν, superbiam, ad eam enim abundam quæruntur diuitiæ. Deus ipse *Exod.* 23. *v.* 8. *non accipies munera quæ etiam excæcant & subuertunt verba iustorum.* Græcè βλεπόντων, videntium, quia quamuis videant quod iustum est, munera faciunt vt non videant. Consentit Hebræus textus, *excæcabit apertos.* Ecclesiast. *cap.* 20. 31. *xenia & dona excæcant oculos iudicum*; Græcè σοφῶν, sapientum, *& quasi mutus in ore auertit correptiones eorum*; Græcè καὶ ὡς φιμὸς ἐν στόματι ἀποτρέπει ἐλέγχους: *& quasi frenum in ore auertunt correptiones*; id est impediunt ne sapientes corripiant. Quod pertinet adagium, *bos in lingua*, bos enim erat nummus Atheniensium, illudque aliud, τὴν ἀρετὴν, καὶ τὴν σοφίαν νικῶσιν χελῶναι: virtutem & sapientiam vincunt testudines, erat verò testudo nummus Peloponensium: atque ex his, aliisque Scripturæ locis, Patres Concilij Aquisgran. *cap.* 10. hortantur Ludouicum Pium, vt quales decet, indices eligat. Concil. Cabilon. VI. *cap.* 21. ex eadem scriptura monet iudices, ne munera accipiant. Queritur quoque Deus apud Isaiam & alios Prophetas, quòd iudices & Magistratus Israëlis captarent munera, iisque corrumpi se finerent, quæ aliáque possent adduci hoc loco; non pretermittam tamen illud *Prou.* 17. 8. *Gemma gratissima, & expectatio præstolantis, quocunque se vertit prudenter intelligit.* Hebraïcus textus multas patitur expositiones. *Clauis gratia, seu gemma grata est munus in oculis dominorum eius*, siue, *eorum qui possident eam ad quemcumque se verterit*, illa gemma, vel munus illud, *prudentem faciet*, vel, *prudenter aget*, vel, *prosperabitur*, hoc est, interprete Vitallo, in quamcumque volet partem, vertet corda iudicum, inclinabitque, nempe munus, datorque muneris. LXX. reddunt, *infatuabitur*, scilicet qui munus vel μισθὸν, mercedem acceperit. Infatuari iudicem, est excæcari oculos ipsius, *prosperari munus, prudenterque agere, aut facere intelligere*, est efficere vt prosperetur ille, qui dat, iudicem trahens quò velit, & *prudenter hac in re agere*, est efficere, vt pro ipso videatur iudex intelligenter & prudenter iudicare. In vulgata nostra editione nomine *præstolationis* intelligere licet iudicem qui differt sententiam donec munus ab vno è litigantibus offeratur, quod est instar Gemmæ gratissimæ ab ipso expectatæ. Vide alia apud Salazarem eo loco, vbi & nomine gemmæ significari putat lapides pellucidos, per quos res alias spectare solemus. Gemmam gratissimam interpretatur quoque lapidem amicitiæ, munere enim conciliatur gratia & beneuolentia, eiusmodi enim reperiri aliquos lapillos narrat siue verè, siue falsò Plin. Magnetem Pollux ἔρωτα, lapidem amoris vocat, munus autem iudicem etiam ferreum pellicit. Denique eo loco Symmach. munus dicit, σταθμὸν χαρίτων, quia trutinam iustitiæ deprimit, pondus gratiarum. Neque soli dumtaxat Hebræi Deo ipso authore voluerunt iudices à muneribus abstinere, sed & ipsi Thebani. Vide Arnis. *de republ. cap.* 15. Athenienses ab Heliastis suis hoc iuramentum præstari volebant; *Munera non accipiam, propterea quod iudex in Heliæa sedeo, non ego ipse, neque alter mihi, neque vllus me conscio nulla arte, nulla fraude.* Et si scelus fecissent, graui mulcta lege Attica plectebantur. Cuiuis licuit accusare apud Thesmotetas, eos qui Heliæam, aut quoduis aliud Atheniensium forum muneribus corrumperent. Neque minus fuere religiosi Romani hac in parte, nam initio, teste Agellio, capite puniebant; deinde vel Curia moti, vel ad tempus relegati sunt. Vide Paul. *lib.* 5. *sentent. tit.* 28. *ad l. Iul. repetundar.* qui iniuriam passus fuerat, æstimationem litis repetere poterat à iudice, atque aduersùs illum agere qui ausus fuerat ἐπὶ μισθῷ δικάζειν, vt loquitur Lucian. Passimque legimus prohibitam fuisse hanc munerum acceptionem, vt *l. plebiscito, in D. de offic. præsidis. l. solet* 6. *D. de officio proconsul. Authentic. nouo iure. C. de pœna iudicis. Authentic. de indic. §. nulla quoque. Authent. vt iudices sine suffragio fiant. l.* 1. *C. ad l. Iuliam repetund.* in quibus Authenticis pœnæ iis qui secus fecerint imponuntur.

Iudex litem suam faciebat, cùm eius gratia, vel inimicitia, vel sordes arguebantur, *l. filiusfamilias* 15. *D. de iudic.* & illa in iudicem inscriptio & actio dicebatur apud Suidam δωρογραφὴ. Vide Rebuff. *in constitut. tract. de sententiis exequutoriis, glossa* 15. *v. ou delinque, num.* 2. & Louet. *littera I. num.* 14. In *l.* tamen *solet*, permittuntur xenia, sed moderata, & quæ ad munerum qualitatem non producantur. Modum autem definiuit in epistola sua Seuerus, & Anthoninus ex vulgari prouerbio οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε καὶ πάντων. Neque omnia, neque quouis tempore, neque ab omnibus; nam valdè inhumanum est à nemine accipere, sed passim, vilissimum est, & omninò auarissimum. Addit Vlpianus prohibitione munerum non contineri xeniola, quæ ad edulia pertinent. De muneribus vide August. *Epist.* 54. *ad Macedonium.* Hæc porrò xenia eduliorum, lautia quoque dicebantur apud Apuleium. Festus autem lautia inquit epularum magnificentia. Liuius *lib.* 35. *Lautia Attalo regi decreta. l. plebiscito* 18. *cit. D. de officio præsidis*, esculenta quoque permittuntur; *Plebiscito*, inquit, *continetur, vt ne quis præsidum munus donúmve caperet, nisi esculentum, poculentumve quod intra dies proximos prodigatur*: quam legem fusiùs interpretatur Boerius *quæst.* 153. Similia edixerunt nostri Principes Christianissimi, nam constitutio Philippi IV. sic refertur in stylo Parlamenti *tit.* 6. §. 7. *Non poterunt accipere vinum nisi in barillis, botellis, seu potis, sine fraude, & sorde qualibet, quod superexit vendere non debebunt, munera enim ligant & excæcant oculos.* Hodie verò non licet nisi venatori, carnis munera offerre, modò illa in syluis procerum capta sit, & illam vel ipsi proceres, vel eorum ministri offerant, vti constitutiones Caroli VIII. & IX. permittunt. Verùm quod in foro emunt, id in suis syluis se venatu cœpisse fingunt prisca fraude, & Romæ vsurpata, vt quæ in suburra, & vico rerum venalium emerant, rete allata sibi fingerent, vt ait Ouidius *lib.* 2. *de arte amandi.* & Martial. *lib.* 7. *epigram.* 30. Erat & alia fraus, cùm iudices per se, vel per interpositas personas emerent, in auctionibus publicis coram suo tribunali celebratis, quod vetitum *l. vnic. C. de contractibus iudic.* in quam *l.* vide Mornac. vbi plura dabit in iudices & regios Procuratores, quibus donatur aliquid contractu vel testamento ab iis qui in ipsorum territorio moriuntur: quæ omnia damnare solet Senatus. Denique Leo & Alexander apud Harmenopol. *in præfat.* sordidos eiusmodi qui pœnas conserunt, diris deuouent. *Repugnantem isto Deum inueniat*, inquiunt, *& cœlestes & incorporeas potestates, vitáque præsente excidat ex improuiso. Damna verò certatim confluant, & in futurum deuorabit ignis fundamenta adium, eritque*

que in perpetuum, semen eius despectum, atque panes mendicans, quia libertatem legum seruam ementitorum adulteratorumque iudiciorum effecerat. Vide Augustin. *cit. epistol.* 54. *ad Macedon.* & plura apud Saluian. *lib.* 7. *de prouid. in eiusmodi iudices.*

Denique hanc ipsam munerum turpitudinem sanctissimæ leges Ecclesiasticæ æquè damnant; *cap. cùm ab omni, de vita & honestate cleric. cap. statutum, de rescriptis in 6. cap. exigit, & cap. Romana. de censibus in 6.* Permittit tamen esculenta, & poculenta & expensas in visitatione & consecrationibus faciendas ab Episcopis, de quibus omnibus vide Molin. *cit. disp.* 84. & 85.

Ad extremum moneo seruandas omninò esse leges illas, aliásque similes vbi vigent, vbi tamen illæ damnant sordidum istum iudicem ad restitutionem, aut alia pœna puniunt, non teneri ad illam ante sententiam saltem declaratoriam, quibusuis clausulis lex vtatur, prout explicuimus *cap. superiori, artic.* 1.

ARTICVLVS IV.

De officio & functione iudicis, ac toto processu iudiciali.

Ordo iudicialis duplex. 1.
Quomodo procedendum sit per inquisitionem. 2.
Quotuplex sit inquisitio. 3.
De inquisitione generali. 4.
De inquisitione mixta. 5.
De inquisitione speciali. 6.
Quid ad illam requiratur. 7. 8.
Quando possit inquiri per torturam. 9.
Quando possit adhiberi. 10.
An ex solis indiciis pœna criminis ordinaria possit infligi. 11.

1 ORdo iudicicus continet modum procedendi à iudice, quem duplicem facimus. Primus est ex officio, secundus ad instantiam alterius, vel querelam partis. Primus dicitur via inquisitionis, inquirit enim iudex de crimine vel in specie vel in communi, & venatur quid rei subsit, vt tandem ad sufficientem probationem & sententiam perueniat, hanc inquisitionem solet præcedere infamia, vel clamosa insinuatio, vel indicia.

2 Infamia est vox communis proborum hominum quæ aliquem de crimine suspectum reddit, quare non sufficit vanus populi & vulgi rumor, sed prudentium vox. Qui autem debeant esse à quibus ea fama sparsa est, & modò spargitur, vix diffiniri potest, sed relinquendum putarim arbitrio prudentum. Agimus autem de infamia tantùm iudiciali, non de infamia absolutè sumpta, aut de fama: quando enim ea probata dicenda sit, vide Sanch. *lib. 2. de matrim. disp. 46. n.* 16. Clamorosa insinuatio est vox totius populi, vel publicus rumor de aliquo crimine, hoc est maioris partis populi, vt ibidem exponit Sanch. Indicia sunt signa, & circumstantiæ ex quibus prudenter conijcere, & rationabiliter iudicare possumus: quæ indicia sunt aliquando leuia, aliàs grauia, aliàs indubitata.

3 Prætereà inquisitio quædam est generalis, quædam specialis, & quædam mixta. Inquisitio generalis est qua inquiritur in vniuersum an aliquod crimen in aliqua ditione commissum sit, an sint aliquæ de aliis querelæ, an leges vigeant, an probi sint mores; qua inquisitione vtuntur in prouinciis, ad quas destinantur visitatores. Inquisitio specialis est quæ de certo crimine, & de certa persona quæritur, vt an Caius commiserit homicidium nuper patratum. Mixta quando certum quoddam crimen inquiritur, vel certa persona: v. g. constat de homicidio, & quæritur quis illud admiserit, quæritur an Caius quicquam contra leges admiserit.

Circa inquisitionem generalem omninò nihil attinet præcessisse infamiam, præcipitur enim Prælatis vt suo tempore visitent Dioceses, & inquirant an statuta seruentur, & an quod crimen atrox commissum fuerit: *c. pretiosa, de officio iudicis ordinarij. & c. Romana, §. sanè, de censibus in 6.* Addo in hac inquisitione interrogatos non teneri, immò neque posse aperire criminosos occultos, quamdiu nulla infamia laborant. Non tenentur quidem ex cōmuni Doctorum apud Nauarr. *c. inter verba conc. 6. n.* 21. & *rubrica de iudiciis, n.* 87. quia tale crimen censetur occultum cùm nulla eius vulgò suspicio aut fama habetur, atqui non extendit se iudicis potestas ad occulta, quamdiu occulta sunt, & author occulti criminis est in possessione suæ famæ, quare neque pœnis, aut censuris, neque alia via potest iudex compellere à se interrogatos ad dicendam veritatem, aut patefaciendum crimen occultū, & potest interrogatus respondere cum restrictione mentali, quia iudex circa illa occulta nullam habet legitimam potestatem. Immò neque tale crimen aperire potest, quia per iniuriam alterum spoliat fama, quam hactenus habuit, quod maximè verum est, si illud crimen non potest probari iudicialiter. Excipio tamen quando agitur de graui malo impendente, impediendo, aut de sola emendatione criminosi, quæ aliter procurari non potest. Non peccat verò iudex, etiamsi sua inquisitione generali det occasionem reuelandi secreta crimina, vtitur enim iure suo, & qui interrogatur, cautus esse debet in respondendo ne quæ penitus occulta sunt pandat, neque tenetur iudex ea de re monere quem interrogat, sic enim fauere videretur criminoso, dicent igitur illa quorum infamia iam aliqua est, & authores qui iam passim habentur, & vt aduertit Suar. *tract.* 10. *de Religion. lib.* 10. *cap.* 12. *n.* 8. sensus interrogationis est, an sciat quis commiserit delictum, ita vt possit illum iustè manifestare. Valet hæc inquisitio ad colligenda indicia ex quibus tandem perueniri possit, factis informationibus, ad inquisitionem personæ, eamque specialem.

5 In inquisitione mixta quoties crimen notorium est, inquiri potest de authore in vniuersum, etiamsi nulla cuiusquam infamia præcesserit, quia nulli tunc fit iniuria, idque expedit ad bonum reipublicæ, eaque praxis est fori tum sacri tum prophani, non potest verò inquiri de certa & determinata persona, an fuerit author criminis quod commissum fuisse constat, nisi præcesserit eius personæ aliqua infamia, circa id crimen, vel semiplena probatio & accusatio, vel saltem manifesta indicia. Ita omnes, quia non potest iudicari de occultis, & quia illa persona ius adhuc habet ne infametur; vnde dixi cum Less. *cap.* 29. *n.* 118. Suar. *lib.* 10. *tract.* 10. *de religion. cap.* 11. *n.* 7. & aliis communiter, non teneri neque authorem criminis interrogatum, neque alios qui sciunt adhuc latere authorem, fateri veritatem ad mentem iudicis, sed illum eludere possunt, quia nondum iuridicè interrogantur; modò,

modò, vt superiùs monui, nihil mali timeatur in posterum. Quod autem obiicitur Gregor. *epist.* 30. *lib.* 5. sacra Sinaxi interdixisse illi qui libellum famosum sparserat, nisi sese proderet, & si cum ea conscientia accederet ad communionem, illum excommunicasse, vt habetur *c. quidam maligni* 5. *q.* 1. dissimile est. Ille enim infamator tenebatur famam quam violarat reparare, aut quæ in eo libello scripserat probare, neutrum autem illorum præstare poterat, quamdiu manebat occultus, si tamen aliter potuisset abstergere infamiam, qua alterum notarat, non tenebatur se aperire, neque ea manifestatio quando est necessaria ad reparandam famam violatam, iudicialis esse debet, seu coram iudice. Quod autem interdum iubeant iudices interrogatos iurare se dicturos veritatem, non inde idcircò obligantur aperire occultum facinoris authorem, & qui per occultam monitionem, aut alia via, quàm per iudicialem detectionem emendari potest, neque vllum aliud malum auertendum impendet: quia non potes etiam præstito iuramento aliud dicere quàm quod licebat sine alterius iniuria aperire. Hinc etiam rectè colligit Bonac. *disp.* 10. *de peccatis*, *q.* 2. *punct.* V. *n.* 14. cum communi sententia, reum crimen confessum, immò & conuictum, non posse de aliis de quibus nulla est infamia aut accusatio in iudicio interrogari, quia illa occulta sunt, nisi fortassis necessariam quandam connexionem habeant cum primario crimine de quo fuit conuictus.

6 Quæ omnia perspicuè docent ad inquisitionem specialem multò magis exigi præuiam infamiam, aut clamorosam infamationem, quæ sit instar accusatoris cuiusdam, & perspicuè traditur ab Innoc. III. *in c. inquisitiones*, §. *Tertia, de accusation.* & *c. qualiter* 2. *eod. tit.* Et sanè non debet iudex procedere ad punitionem nisi ex scientia publica, qualis sola est ea, quæ habetur per accusationem, vel confessionem rei in iudicio, vel infamiam aut euidentiam facti in conspectu iudicis, & aliorum. Vnde colligit Bonac. *p. tit. n.* 12. ad hanc inquisitionē non sufficere sola indicia manifesta, præcisa consuetudine contraria, quia indicia sunt minoris probationis quàm duo, aut tres testes, atqui non potest procedi & inquiri contra non infamatum, etiamsi duo aut tres testes asserant se vidisse delictum committi, vt ait perspicuè Innocentius *c. inquisitionis, citato.*

7 Secludenda tamen est contraria consuetudo, quæ derogat huic canoni obliganti fortassis tantùm iudicem Ecclesiasticum, quare existimo non esse damnandam praxim fori ciuilis pluribus in locis receptam, vbi ex denuntiatione publici officialis, aut alterius priuati, aut querela partis offensæ quæ tamen onus probandi in se non suscipiat, proceditur à iudice ad capiendas informationes, & indicia ex quibus deinde formant libellum inquisitionis, quam praxim tuentur Less. *cap.* 19. *num.* 132. Azor. *lib.* 13. *cap.* 18. *dub.* 1. & 2. Eman. Sà. *v. iudex, de modo procedendi.* Molin. *tract.* 3. *disp.* 47. & alij, quia id necessitatium sæpius est reipublicæ. Neque contrarij sunt Nauar. *d.* 18. *n.* 38. Sot. *lib.* 5. *de iust. q.* 6. *art.* 2. illi enim loquuntur vti canonis, quod nos non negamus, sed dicimus illum non obligare nisi iudices Ecclesiasticos, quod mulsis ostendit Less. aut contraria praxi illi derogatum fuisse, vti potuit, quandoquidem necessitas præuiæ infamiæ, ad inquisitionem, vbi sunt indicia, aut testes, aut denunciatio seu accusatio, non est de iure naturali aut diuino, sed solùm positiuo, atque in eo posse dispensari à supremis potestatibus fatetur Sot. *tract. de secreto, memb.* 2. *q.* 6. *dub.* 2. & ferri posse legem, vt quoties duo aut tres testes adfuerunt, possit mutilari reus absque alio accusatore vero vel falso, & id ipsum concedit Nauar. *in rubric. de iudiciis, n.* 89. Neque tunc procedit inordinatè iudex ad infamandum proximum, cùm habeat iustam causam capiendi informationes post denunciationem criminis factam, ad malos coërcendos & probis consulendum. Non propterea tamen asserimus posse iudicem de seipso incipere inquisitionē, sed aliquid præuium debere inquisitioni viam aperire, quod iudicem quodammodo cogat vt procedat ex officio, nimirum notitia publica, infamia, suspicio communis, querela partis, denunciatio officialis, aut alia eiusmodi de quibus latè & singillatim Less. *dubitat. XVI.* alioquin totus processus iuridicus nullus est, quare si iudici fiat delatio, vt priuato tantùm, & non vt iudici, vel incerto authore & suppresso nomine, etiamsi denuntiatus nominentur testes qui interrogati possunt de crimine, non potest procedere iudex; quia denuntiatio non sit iuridico more, alioquin possent iudices in quos vellent pro arbitrio inquirere, vnde nascerentur multa incommoda. Præterea priusquam inquirat iudex de certa quadam persona, & priuatas informationes capiat, debet constare aliquo modo de delicto commisso, & deinde generatim de authore inquirere, tum habito aliquo indicio illum ad se vocare, vt se defendat; denique contra illum inquirere, quod non fit tunc tam ad ettmitis punitionem, quàm confessionem mali, & totius reipublicæ bonum.

Conueniunt denique omnes in quibusdam casibus non requiri præuiam infamiam, & specialem inquisitionem, si, vt iam monui vergat delictum in commune damnum, quòd probat fusè *titul.* 19. *catholic. institution.* Simancas. Primò si quis crimen occultum sit confessus in iudicio, aut si extra iudicium, ita vt inde sequuta fuerit infamia. Secundò si iudici generaliter inquirenti patefactus sit author, quamuis imprudenter, nec sine culpa ab interrogato, qua vbi innotuit publicè iudici crimen seu bona seu mala via, tenetur procedere per particularem inquisitionem, & punire. Tertiò si crimen cōmissum fuit in iudicio vt calumnia accusatoris, falsa testificatio, &c. Quartò in crimine hæresis & apostasiæ. Quintò in omni crimine læsæ maiestatis humanæ. Sextò in motte domini contra seruos. Alias exceptiones dabit Suar. *lib.* 10. *cit. c.* 12. in his omnibus ad totius cōmunitatis bonū, atque ad eoruādā exorbitantia incōmoda, necessaria est ea inquisitio. Hic processus seruari debet etiā in Prælatis religiosis, quando iudicialiter procedūt, & non per denunciationē tantùm Euangelicam, qua de re Suar. *tract.* 10. *de Relig. lib.* 10. *c.* 11. & 12. etiam in societate; quamuis enim quisque cesserit iuri suo quoad fraternam denuntiationem, non tamen quoad iudicialem, & ad punitionem, vt disputat *cap.* 12. *cit. num.* 3. 8

Denique quero quādonā iudex possit reū subiicere torturæ ad criminis admissi cōfessionē exturquendā.

Suppono verò torturā non adhiberi in pœnā criminis admissi, sed in subsidium probationis, quā ipse reus supplebit fatendo crimē, quod cùm nondū probatū sit, puniri non potest. Hinc miseriā iudiciorum humanorū deflet Aug. *lib.* 19. *de ciuit. c.* 6. *Quia cùm quæritur vtrum sit nocens, cruciatur, & innocēs luit pro incerto scelere conuenientissimas pœnas, non quia illud commisisse detegitur, sed quia non cōmisisse nescitur: ac per hoc ignorātia iudicis, est sæpè calamitas innocentis; & quod est intolerabilius, magisque plangendum, rigādumque, si fieri posset, fontibus lachrymarū; cùm propterea iudex torqueat accusatum, ne occidat nesciens innocentem; fit per ignorantia miseriam, vt & tortum,* 9

& innocentem occidat, quem ne occiderit torserat. Et sanè Valerius *lib.* 8 *c.* 4. perplurimas refert quæstiones, quibus aut creditum non est, aut temerè est habita fides. Ex quibus omnibus Ludouic. Viues *in locum Aug. cit.* torturam inuentum à Christiana pietate alienum dicit, quod meritò reiicit Couarr. *qq. practic. c.* 23. *n.* 5. Less. *c.* 29. *n.* 151. & omnes, ac ipsa tribunalium omnium praxis. Et fauet naturalis æquitas, quoties enim improbi scirent se non posse plenè conuinci, impunè peccarent, & omnia scelera, licèt atrocissima, quæ solent fieri paucis consciis, magno reipublicæ damno inemendata manerent, quare neque damnat, vt fatetur ipse Viues, Aug. tormenta ista, sed hanc humanæ ignorantiæ calamitatem esse dicit, vt aliquando etiam innocens torqueatur, vbi autem adhibitæ fuerint cautiones necessariæ, si quid præter intentionem accidat, quod humana diligentia non potuerit assequi, magnopere laborandum non est.

10 Hinc tamen fit primò vt non possit adhiberi tortura nisi in causis criminalibus, & grauioribus, quæ deinde pœna capitis, aut mutilationis plectẽda erũt; quia reo nondum conuicto, non potest maior irrogari pœna, quàm sit ea ad quam conuictus fuerit condemnatus. Secundò si iam sit legitimè conuictus per testes, non potest adhiberi tortura, vt contra Baldum Couarr. tradit *loc. cit.* & Nauar. *cap.* 13. *n.* 59. & & alij; quia tortura supplicium non est, sed subsidium probationis: quæ si plena sit, adminiculo non indiget. Excipiunt tamen illi Doctores quando reus ad superius tribunal malitiosè appellat, quia nondum est fassus crimen, aut quando socios, & alia crimina de quibus modò non est nisi semiplena probatio, inquiruntur. Tertiò non potest torqueri aliquis nisi sit semiplena probatio, vel alia indicia; quid autem sit probatio, quid plena, quid semiplena, quid præsumpta, pertinet ad forum externum. Adi latè disputantem Farinac. *in praxi fori quæst.* 36. Probatio semiplena est quando vnus testis exceptione maior, ait se vidisse crimen patrantem, si enim audiuit tantùm, quamuis à fide dignis, aut si contra illum aliquid excipi possit, non affert testimonium sufficiens ad torturam; quia cùm debeat esse ferè moraliter certus author, vt subiiciatur quæstioni, saltem semiprobatum crimen sit oportet, aut saltem vehementia & vrgentia indicia, quamuis minora semiplena probatione, ea enim saltem requiri clarissimi iuris esse ait Mascard. *conc.* 1391. vbi etiam varia indicia in hanc rem sufficientia numerat, quod & fusiùs præstitit Farinacius *quæst.* 37. *criminali*, & paucis, sed diligenter Less. *lib.* 2. *cap.* 29. *dubit.* 17. Azor 3. *part. lib.* 13. *cap.* 26. Aduerte dumtaxat emissionem sanguinis à cadauere præsente certo aliquo, & non alio, & immissionem sagarum in aquam, vt si mergi nequeant adiudicentur torturæ, si merguntur, absoluantur, esse indicia omninò insufficientia ad torturam, & multò magis ad condemnationem. De emissione illa sanguinis, id ostendit Delrio in *disquisit. mag.* eius causas naturales inquirit Theophilus in morali *disp.* 3. *n.* 402. de immersione sagarum consule eundem Delrium, ex quo aliquid dicemus inferiùs. His addo reum nihil confessum non posse denuò torqueri, nisi noua accedant indicia, quia priora videntur elisa, nisi fortassis adeò grauia fuerint, vt constantiâ vnius quæstionis nondum fracta videantur, aut nisi post tormẽta retractarit, quæ in equuleo fassus erat. Ea porrò retractatio relinquit indicia integra, ipsaque mutatio & variatio nouum indicium haberi potest, & certè si iterari nequiret tortura, nullus ratum haberet quod vi suppliciorum adductus fassus fuisset. Excipiuntur à tortura senes & pueri ob debilitatem, fœminæ prægnantes ob periculum abortus, viri illustres, & in dignitate constituti, milites, Doctores eorumque liberi, qui nisi in hæresi, proditione, & læsæ maiestatis crimine, licèt vrgeant grauia indicia, torqueri non possunt, immò si torqueantur, quamuis ratum habeant quod dixerunt, condemnari non poterunt, quia tota confessio fuit irrita, & per iniuriam extorta, & consequenter ratificatio *l. penult. D. de quæst.* à paritate rationis. Immò negat Nauarr. *in rub. de iudic. n.* 86. ex ea confessione institui posse inquisitionem. Si verò solis verbis terreantur, valebit confessio tanquam spontenea, *l. item apud Labeonem*, §. *quæstionem. D. de iniuriis*, & ibi glossa & Doctores. Neque dicas comminationem & torturam, vti in reliquis habere eundem effectum, & æquè inferre violentiam, id enim verum est de minis proximis, cùm quis iam nudatus, & equuleo impositus, ac proximè ad distensionem paratus, & ad torturam, vim patitur, non de minis remotis, quæ solis verbis fiunt; his enim constans animus non frangitur. Si verò fuerit à iudice eiusque ministris extorta confessio à reo, permissa fictè impunitate, non poterit eum damnare nisi adsint alia indicia ex communi apud Bonac. *l. c. quæst.* 2. *p.* 7. modò non inde immineat graue damnum reipublicæ: nam tunc non teneretur iudex stare suæ promissioni, vt imprudenter factæ, & illicitæ.

Ad extremum quamuis ex indicio indubitato 11
possit reus applicari torturæ, non tamen si nihil aliud accedat, poterit ex eo solo indicio condemnari, quia ad hoc debent esse probationes luce meridiana clariores, ad minorem tamen aliquam pœnam pro arbitrio iudicis & aliis circumstantiis obligari poterit; cùm ipsa sæpè indicia pœnam aliquam trahant, & habeatur iam aliqua certitudo criminis, quamuis non plena. In quibusdam tamen casibus pœnam ordinariam criminis ex solis indiciis infligere licet. Primò si quem ter monuisti ne cum tua vxore loquatur, & deinde colloquens repertarur, pœna ordinaria adulterij plecti poterit, *Nouel. iussum* 115. *cap.* 15. Secundò si officialis fugit tempore syndicatus, habetur pro confesso *l. consiliarios. C. de assessoribus.* Tertiò infamatus de simonia, neque se purgans, habetur pro conuicto. *cap. de hoc* 11. *de simonia.* Quartò idem dices de clerico accusato hæresis. *cap. inter solitudines* 10. *de purgatione canonica.*

Alia via procedendi est ad instantiam partis, & 12
accusationem vel denuntiationem, de qua proximo articulo. Prius tamen hoc loco de lite ordinaria & toto processu ex veteri more Romano; cui non multùm absimile est nostrum hodiernum, pauca dicenda forent. Verùm cùm ea tota quæstio forensis sit, & ad pragmaticos pertineat, nostrum non videmr ad eam digredi, illam si lubet petere poteris ex erudita obseruatione Hotman. postremò edita *de lite ordinanda*, & veteri iure Romano.

ARTICVLVS V.

De accusatione & denuntiatione.

Quinam

Quinam accusari non possunt. 6.
Iniusta accusatio quotuplex sit. 7.

1 ACcusatio est delatio criminis ad punitionem 2 ius, superiori & iudici libello facta.

Hæc definitio perspicua est, per eam enim defertur crimen cuius punitio intenditur, ad potestatem, cuius est pœnas de eo sumere; ad eam autem iura quasdam solemnitates requirunt. Primò fiat in scriptis, seu libello, vti indicaui in definitione, & ostendit S.Thom. 2.2. *quæst.*63. *art.*2. vbi aduertit id non exigi ex natura rei, sed ex lege humana, vt vitentur faciliùs omnes fraudes. Obseruat tamen Azor. *p.*3 *lib.*13.*cap.*19.*dub.*2. ex Saliceto, sufficere verbalem accusationem, modò eam tabellio in scriptis redigat, idque videtur vsu receptum. Quondam præterea ex iure communi debebat accusator sua subscriptione munire libellum accusatorium, & ita in se suscipiebat pœnam talionis, nisi crimen plenè, aut saltem semiplenè probasset. Hodie tamen, quia cessauit pœna talionis, & quia fiscus fingitur vice accusatoris per syndicos vel aduocatos fiscales, quorum est crimina denuntiare, negat Azor. necessariam esse hanc subscriptionem. Tertiò in accusatione debet exprimi nomen accusatoris, accusati, species delicti, dies & annus quo libellus porrigitur iudici, *l.libellorum, D.de accusatoribus.* Quartò debet quoque *ex eadem l.libellorum citata* exprimi locus & tempus quo crimen est commissum. An verò hæc omnia etiam hodie necessaria sint ad validitatem libelli accusatorij, consulenda est praxis variorum tribunalium.

2 Differt accusatio à denuntiatione solùm accidentaliter, est enim denuntiatio, vt definit Suar. *disp.*20. *de fide, sect.*4.*n.*3. delatio criminis apud iudicem, vt ex munere suo ad vindictam delicti procedat; quæ definitio cum definitione accusationis à nobis allata coincidit. Obseruandum verò quadruplicem denuntiationē constitui a Sot. *relect. de secreto, memb.* 2. *q.*5. Azor. *lib.*13. *cit. cap.*21. Canonistas sequutus, vt latiùs tradit Farinac. *de hæresi q.*185.*n.*6. Euangelicam, Canonicam, iudicialem, & regularem. Rectiùs tamen Theologi cum Sylvest. *v. denuntiatio*, ad duas reuocant, Euangelicam & iudicialem, nam Canonica vel idem est cum Euangelica, quidquid obtendat in contrarium Sot. vel si qua ratione differat, in iudicialem incidit, quod idem dico de regulari. Differunt porrò hæ duæ denuntiationes, vt aliàs monui *disp. de charitate*, quia Euangelica primò & per se tendit in emendationem fratris, vnde & fraterna dicitur, quod satis indicat *cap. nouit, de iudiciis, c. super his, de accusationibus.* & *c. si peccauerit* 2.*q.*1. Iudicialis verò denuntiatió tendit ad vindictam delicti, & fit ordinariè propter bonum commune, quare vna fit Prælato, vt patri habenti curam subditi in bonis maximè spiritualibus. Altera fit superiori, tanquam iudici, & vna ferè versatur circa delicta occulta, vnde ait Christus *Matth.*10. de ea loquens, *si peccauerit in te frater tuus, quam* particulam, *in te,* exponit August. *coram te, te præsente.* Iudicialis fit crebriùs de peccatis publicis, ex qua finium, & modi procedendi diuersitate apparet, tum harum denuntiationum distinctio, tum adæquata & sufficiens in ea duo membra diuisio; & præterea inde colliges non distingui essentialiter denunciationem iudicialem, de qua modò disputamus, ab accusatione, cùm habeant eundem finem, bonum scilicet, & satisfactionem accusantis, & bonum quoque commune, & fiant iudici de iisdem criminibus. Non potest igitur esse nisi differentia accidentalis, quam Azor. *cap.*19. & alij quidam ponunt in eo quod accusatio fiat scripto cum inscriptione, & aliis eiusmodi solemnitatibus, quas non exigit denuntiatio: quod tamen discrimen patet non esse vniuersaliter verum, cùm his omnibus careat quandoque accusatio. Vera itaque distinctio est, quod in accusatione accusator gerat vices actoris, & sit pars iudicij agens ex iure suo, atque obligans quodammodo iudicem, vt iustitiam administret. Denuntiator autem defert tantùm crimen ad iudicem, vt ille deinde suo officio fungatur, prout expedire iudicauerit; quare accusator tenetur probare delictum, non denuntiator, quæ igitur dicentur hoc loco de accusatione, valebunt etiam in denuntiatione.

3 Licitam esse accusationem fatentur omnes contra Lactant. *lib.*6.*c.*20. cùm enim rei cædem etiam à publica potestate damnaret, probare non potuit accusationem de crimine capitali, sed fundamentum illud falsum esse docuimus *supr. disp.* & doctrina illi superædificata repugnat totius Orbis Christiani praxi, & Paulo qui 1. *ad Timot.* 5. accusationem aduersus Præsbyterum sub duobus aut tribus testibus admittit, estque hic actus iustitiæ punitiuæ, & sæpiùs ad bonum totius communitatis necessarius, atque ad tuitionē innocentium. Neque obstat quod aliquando instituatur ab accusatore, vt proprium commodū & satisfactionem persequatur, in hoc enim nulla apparet inhonestas, aut iniustitia, quamuis tunc ab odio & aliis prauis affectibus cauendum sit.

4 Immò nonnunquam obligamur ad accusationem; ita asserit S.Tho. 2.2.*q.*68.*art.*1. de criminibus quæ cedunt in detrimentum communitatis, vt hæresis, proditiones, conspirationes in Principem & alia eiusmodi, siue iam facta sint, siue in procinctu, vt fiāt. Secundò quoties est cōmittendum crimen in tertij detrimentum, nec aliter impediri potest, sciens saltem denunciare illud debet. Immò Azor. *c.*19. *cit. dub.*4. cùm denuntiatio magis hodie sit in vsu quàm solemnis accusatio, ait vix ad accusationem esse obligationem, sed solùm ad denuntiationem, sed hæc modò non distinguo accuratiùs. Rectè tamen aduertit Valentia *q.*12.*d.*5.*p.*1. vbi crimina non vergunt in detrimentum communitatis, quamuis grauia sint, & expediat omninò ea puniri, non teneri scientem accusare, etiamsi possit, si velit, quia non tenetur grauissima onera accusatoris subire, vbi non agitur de bono publico, quod maximè verum est, quando est alia via auertendi alia damna, aut punitionem, quæ necessaria est, procurandi, nimirum denuntiatio. Obligationem verò hanc accusandi aliquando esse sub mortali, & contra charitatem, qua aliquis tenetur propriam etiam vitam, aliáque grauia incommoda pro bono publico subire, tradit ibidem Valentia, Bonac. *disp.*10. *de peccat. q.*3. *punct.*1. & alij. Idem dico de denūtiatione, quia proximo grauiter indigenti subuenire tenemur, quando id possumus sine pari, aut graui incommodo. Tertiò officiales quibus incumbit ex munere denuntiare peccantes contra leges, id facere tenentur, alioquin peccant mortaliter contra iustitiā cōmutatiuam, officium enim obligat, quasi contractus. Excipit tamen Medin. *C. de restit.* *q.*12. & Nauar. *c.*17.*n.*122. quando aliquis violat legem humanā in extrema necessitate: non soluit v.g. gabellam, aut cædit ligna in sylua communi, aut quid aliud subripit, non peccat officialis qui non denuntiat, quia ea lex tunc non obligat. Non tenentur etiam suos affines & consanguineos accusare & denuntiare. Excipitur tamē crimen hæresis, vt latè probat Suar. *disp.*20. *de fide, sect.*4.*n.*20. idem dic de crimine violatæ maiestatis, malè verò Sayr. in Claui,

lib. 12. *cap.* 14. *num.* 15. ait non teneri officiales ad denuntiationem eorum, qui si petiissent dispensationem à lege, eam reuerà obtinuissent, ob verecundiam autem, aut quampiam aliam rationem non petierant: illi enim reuera non sunt exempti ea lege, ergo tenentur eam seruare, & si violent denuntiandi sunt. Nonnulli præterea hos officiales non denuntiantes obligant ad soluendam pœnam, quam soluisset reus, si fuisset denuntiatus, pœnam, inquam, pecuniariam, non corporalem, vt verberum, mutilationis, & exilij. Ita Azor. 3. *p. lib.* 13. *cap.* 20. *dub.* 4. P. Nauarr. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 142. & alij alibi à nobis adducti, vbi contrariam sententiam sequuti sumus, quam praxis ordinaria confirmat, neque enim confessarij obligant pœnitentes ad eam mulctam pecuniariam soluendam, & satis est si reparent damnum communitati inde proueniens. Restabat hic grauis difficultas, an etiam peccata occulta possent deferri ad iudicem, si ex proximè dictis constat ea non posse accusari ad punitionem, sed ad auertendum malum imminens, & ad euitationem periculi, quod in peccato hæresis omninò faciendum ex præcepto Ecclesiastico docet Suar. *d.* 20. *de fide, sect.* 4. *num.* 7. & in crimine violatæ maiestatis humanæ, censeo, nam ab obligatione denuntiandi saltem quando est sub mortali, propter bonum communitatis, vt in crimine læsæ maiestatis, nullum secretum naturale etiam sub iuramento promissum, excusare potest, quia secretum illud tunc cum præiudicio tertij iniquum est, & cùm sit humanum tantum, non potest derogare iuri naturali, imò neque legi superioris iubentis criminis apertionem. Ita Doctores omnes passim. Dixi autem secretum naturale, nam supernaturale, quale est confessionis, inuiolabile est, cùm sit iuris diuini, de quo aliàs.

5 Non est porrò necessarium ex natura rei præmittere semper accusationi monitionem fraternam, quod idem de denuntiatione Euangelica, & paterna quondam fusiùs ostendimus, & nunc probatur cum Valent. *p.* 1. *cit.* Less. *dub.* 2. *cap.* 30. contra Durand. *in* 4. *d.* 19. *quæst.* 4. Syluest. *v. accusatio*: qui volunt præmitti eiusmodi monitionem omni accusationi, & Caiet. qui 2. 2. *quæst.* 33. *art.* 7. saltem accusationi non necessariæ ex præcepto, necessariam præuiam facit eandem fraternam correptionem. Probatur tamen assertio ex diuersis finibus accusationis & monitionis, seu correptionis fraternæ: hæc enim in bonum priuatum peccantis & illius emendationem tendit, accusatio autem in punitionem criminis, & bonum publicum ex illa punitione resultans, atque reparationem damni à reo illati, qui fines diuersi sunt, vt vides, neque essentialiter subordinati aut connexi. Non igitur ex natura rei vnus alterum præcedere debet, quare etiam post admonitionem fraternam, immò post ipsam rei emendationem, potest institui accusatio, contra Sot. *lib.* 5. *quæst.* 5. *art.* 1. Potest enim, vbi emendationem quam aliquis fraterna correptione intendebat, obtinuit, procurare adhuc bonum publicum, maximè si multùm intersit tale crimen puniri, & ab eo deterreri alios, quod bonum, alterius quamuis emendati, vitæ ac famæ iure præponere potest. Denique non semper efficaciter prouidetur communitati per emendationem delinquentis, potest igitur omitti aliquando etiam in criminibus occultis monitio fraterna, & institui statim accusatio. Quando verò præmittenda sit correptio priuata accusationi aut denuntiationi iudiciali, & quando omitti valeat, tradit hanc regulam Valent. Quoties ratione circumstantiarum obligat peccatum correptionis fraternæ, & lucrari possumus sic fratrem, toties vsurpanda erit ea correptio, & deinde prout postulabit obligatio etiam accusationis, illa instituetur, aut omittetur, nam aliquando plus oriri posset scandali ex reuelatione, & accusatione criminis ratione personæ delinquentis, quàm timeatur ex eius impunitate, & tunc omittenda erit accusatio, maximè si iam reus præuia monitione fuerit emendatus.

Vltimò dicendum est non tantùm aliquos non teneri accusare aut denuntiare iudicialiter crimen, 6
sed etiam ad id faciendum reddi incapaces à iure humano: nam infames, excommunicati, & subditi suos Prælatos accusare prohibentur: filij etiam parentes, laici Clericos, & quidam alij ratione decentiæ, status, ætatis, & sexus. Excipiuntur tamen crimina læsæ maiestatis, hæresis, & alia quædam maximè nociua toti Reipublicæ. Hos omnes Soto *lib.* 5. *q.* 5. *art.* 1. excusat solùm ab accusatione, non à denuntiatione iuridica. Contrarium tamen videtur magis consentaneum iuri, Clerici quidem in causa sanguinis iuridice denuntiare non prohibentur, modò protestentur se id non facere causâ mortis, quam non intendunt, & tunc non incurrunt irregularitatem, quod totum perspicuè colligitur ex *cap. prelatis, de homicidio in* 6. qua de re diximus in libro singulari de irregularitatibus nuper à nobis edito.

Accusatio iniusta fit calumniâ, præuaricatione, & 7
tergiuersatione, vt aduertit S. Tho. 2. 2. *q.* 68. *art.* 3. quia calumnians peccat contra reum, illi falsum crimen imponendo. De calumnia verò dicemus inferiùs, plecti autem calumniatorem iure pœna talionis, ostendit idem S. Doctor *art.* 4. & habetur *cap. calumniatori* 2. *q.* 3. & *l. mulier, l. quæsitum, D. ad SC. Turpillianum.* Præuaricatione peccat accusator contra rempublicam, conueniendo cum reo, & cum eo dissimulando. Tergiuersatione autem desistendo ab accusatione quam persequi tenebatur, nisi aut deprehendat se errasse, aut iudex nolit admittere accusationem, aut reiiciat ad superiorem, vel intercedat authoritas iudicis, atque consentiat reus, si iam est infamatus, aut tormentis subiectus, de quibus adi Lessium *art.* 30. *dubit.* 3.

ARTICVLVS VI.

De reo, & eius obligationibus.

Status quæstionis. 1.
Reus non interrogatus iuridicè potest eludere iudicem. 2.
Probatur authoritate Doctorum. ibid.
Et ratione. 3. 4. 5.
Responso ambiguo non læditur veritas. 6.
Neque per restrictionem mentalem. 6. 7. 8. 9. 10.
Probabilius est iuridicè interrogatum teneri fateri veritatem. 11.
Limitatio huius sententiæ. 12. 13.
Ad quid obligetur qui non dixerit veritatem. 14.
Contraria sententia an sit improbabilis. 15.
Cætera rei obligationes. ibid.

Præcipua

1 PRæcipua eaque grauis difficultas hoc loco est, an reus interrogatus à iudice debeat responde-re ad illius mentem: potest autem reus interrogari iuridicè, aut non iuridicè, & quidem non interrogat reum iuridicè iudex primò quando non habet in reum potestatem, vt pote ipsi non subditum. Secundò quando cognoscit de aliquo crimine quod quacumque ratione ad ipsius forum non pertinet. Tertiò quando non seruat iuris ordinem, quia nulla præcedente infamia, vel semiprobatione, vel manifestis indiciis de crimine adhuc occulto, seu reum ipsum, seu testem, horum enim hac in re par est causa, & conditio, interrogat.

§. I.

De reo non interrogato iuridicè.

2 REum posse tacere veritatem, aut iudicem æquiuocatione, vel restrictione mentali eludere, quoties non interrogatur iuridicè, constans est omnium Theologorum sententia, quia iniqua interrogatio non potest imponere obligationem respondendi, neque iudex tunc superior rei est, neque vllam potestatem habet ad cogendum reum, vt aperiat veritatem, aut iuret de calumnia, hoc est, vt explicat glossa *in cap. 1. de iuramento calumniæ*, se non celaturum veritatem, nec falsas probationes adhibiturum, quia ius non concedit hanc potestatem iudici: fas autem esse non modò reticere veritatem, sed etiam ambiguis responsis & mente restrictis iniquum iudicem eludere, disertè tradit Gregor. *lib. 6. in 4. Regum cap. 3.* vbi monet tyrannorũ versutiam, atque sæuitiam quandoque esse pia fraude deludendam, & obiicienda eis quæ credant, vt nocendi aditum non inueniant; ita tamen id præstari vult, vt caueatur culpa mendacij, quod tunc benè perficitur cùm illud fit, quod asseritur, sed quod fit sic dicitur, vt celetur, quia ex parte dicitur, & ex parte reticetur. Alios Patres expendit Theophilus *disp. de veritate. cap. 12.* idem asserunt Scholastici passim. Altissiod. *lib. 3. sum. tract. 13. q. 2. sub finem*, ex mente Præpositini, quem *magnum Clericum*, appellat Bonau. *in 4. d. 22. art. 1. q. 1.* apparitorem de homicida interrogantem eludi posse; S. Thom. *2. 2. q. 69. art. 2.* concedit non iuridicè interrogatum posse subterfugere per appellationem vel aliter: istud autem *aliter* vix assignari potest quàm elusio per ambiguitates & restrictiones mentales, vt vidit Saytus *in claui, lib. 12. cap. 17. num. 21.* & Nauarr. *ad c. humanæ aures, quæst. 2. num. 10.* atque omninò eam fuisse mentem S. Thomæ fatetur Bann. *2. 2. quæst. 69 art. 2. dub. 1. sub fin.* Palud. *in 4. dist. 21. quæst. 3. art. 3.* relatus à Capreolo *ibid. q. 2. & in respons. ad argumentum contra conclus.* ait omnes concedere de teste quod potest dicere iuratus, se nescire id quod nescit, nisi per confessionem, quia nescit vt subditus, atqui in nostro etiam casu reus non est subditus iudici, præter iuris ordinem interroganti, vt monuimus, ex quo expressè posse eludere iudicem iniquum verbis duplicibus & simulatis, tradit Henric. *quodlib. 1. quæst. 33.* Pelbrat. *in rosario, v. mendacium, §. 9.* Gab. *in 4. d. 15. q. 16. litt. M.* Tartaret. *ibid. ead. d. quæst. 4. art. 3.* ex mente, vt ait, Scoti. Ioan. Maior *in 4. d. 15. quæst. 18. & d. 21. quæst. 2. ad 2.* Caietan. *tom. 1 opusc. tract. 31. respons. 5.* Medina *C. de confess. tract. 2. quæst. 45.* Sot. *relect. de secreto, memb. 3. quæst. 3. c. 4. & lib. 5. de iustitia, quæst. 6. art. 2. cap. 7.* quo postremo loco non negat quod asserimus, quamuis existimet non posse respondere reum per verba contradictoria, non feci, non vidi, quamuis possit dicere se nescire, quia putat prioribus verbis negatiuis non posse substerni vllam subintellectionem conuenientem, quod impugnat rectè Valent. *disp. 5. q. 13. p. 2. circa conclusionem secundam.* Michaël de Palaciis *in 4. d. 21. disp. 2.* Salon. *2. 2. quæst 69. art. 2. controuers. 11.* Bann. *ibid. in eund. art. 2. 3. parte commentarij. dub. 1.* Carbo *tract. de restitutione quæst 19 conc. 8.* Peiant. *2. 2. quæst. 70. art. 4. disp. 1.* ait esse communem sententiam omnium Theologorum agentium de reo & teste, quos concedunt posse eludere ambiguitate responsionis iudicem non interrogantẽ iuridicè, aut restrictione mentali, & dicere se non fecisse crimen de quo agitur, aut nescire, subintelligendo, vt tibi aperiam, quod tui fori sit, de quo me possis interrogare: quare singulos maximè recentiores enumerare, & infinitos Summistas & Casuistas percensere, inutile foret, cùm omnes in eandem eant sententiam, etiam si qui dissidere videntur, vt statim aperiam.

Ratio huius communissimæ sententiæ est, quia tunc neque simplicitas, neque iustitia, neque virtus vlla alia violatur, non simplicitas, & candor humanæ societatis, quamuis enim ille prohibeat omnem æquiuocationem, & restrictionem mentalem in familiari vsu, tanquam humanæ societati, & commerciis iniurias, suspicionum perpetuarum fontes, simulationis causas, & peruersionem finis in quem verba, & colloquia instituuntur; vnde candor etiam in testibus quondam à Christianis adamatus, vt Clem. *lib. 3. pæd. c. 11.* obseruat. & Philo *lib. de plantatione Noe*, idcircò ait eum cuius lepra alba solum erat, nulla varietate colorata, pronuntiatum fuisse purum, & ambiguæ mentis incertum affectum omittentes, certæ veritatis sumimus colorem simplicem. Denique duplicem sermonem, & subdolum congressum nemo non damnat, eiusque turpitudinem luculenter ostendit Antonin. *lib. 11. de vita sua, n. 13.* Aug. *tract. 7. in Ioan. in illud. Ecce verè Israëlita, in quo dolus non est*: Gregor. *lib. 10. moral. cap. 27.* quis enim ferat eos homines qui, vt ait Tull. *lib. 2. de finibus*, vt vestem sic sententiam habent, aliam domesticam, aliam forensem, vt in fronte ostentatio sit, intus veritas occultetur. Vbi tamen idonea causa subest non aperiendi suam mentẽ, propter graue periculũ imminens, vt in nostro casu, quis neget posse eludi importunum quæsitorem illæsa sinceritate, & simplicitate sermonis, quam non negamus affinem esse veracitati, sed eo casu non obligat. 3

Non violatur quoq; iustitia, quia iniquus est iudex qui contra iuris ordinem vel de crimine quod ab eo cognosci non potest, & ad aliud forũ aut tribunal pertinet, te interrogat. Ex iustitia igitur non teneris illi candidè respondere, & teipsũ prodere, atque in vitæ certũ discrimẽ te conicere, quare nostrã sententiam iuris vtriusq; Doctores passim docent. Vide Anton. Barbosam *in collectaneis Doctorum in lib. 5. decretal. ad caput qualiter de accusat.* & Nauar. *comment. in cap. humanæ aures 2. q. 5.* qui alios dabunt; quia nihil admittitur contra iustitiam nisi alicuius ius lædatur, at in hoc casu iudex contra cuius mentem non respondetur, non habet vllum ius interrogandi, ergo non committitur iniustitia. 4

Illæsa etiam manet veritas; quia in his ambiguitatibus, aut dimidiata propositione tantùm prolata, & altera parte subintellecta, & in mente retenta, nullum est mendacium, cum qui ita loquuntur non aliud mente indicent, aliud exterius

proferant, atque adeò non eant contra mentem, quod ad mendacium necessarium est. Atque vt mendacij labem omnem abstergamus, paucis harum loquutionum naturam inspiciamus, & quod attinet ad sermones ambiguos, obseruandum illud Pauli Iurisconsulti *l. 3. D. de rebus dubiis*; *In ambiguo sermone non vtrumque dicimus, sed tantùm quod volumus.* Cùm igitur verba ambigua multiplicem sensum patiantur, possumus illa vsurpare in vno tantùm sensu, illæsa veritate, illud enim ipsum indicamus, quod reuerà verbis significamus, esto qui audit in alium sensum, quem verba quoque patiuntur, illa interpretetur, se enim ipse se decipit, non qui ambiguè loquitur, est enim tantùm erroris occasio, non causa, vt rectè notauit Can. *lib. 2. de locis c. 3.* Id totum subtiliter explicat Aug. *lib. contra mendac. cap. 10. Vera non falsa dicuntur, quoniam vera non falsa signantur seu verbo, seu facto: quæ significantur enim vtique ipsa dicuntur, putantur autem mendacia quoniam non ea quæ significantur dicta intelliguntur, sed ea quæ falsa sunt, dicta esse creduntur.*

6 In restrictionibus mentalibus, in quibus non promitur exteriùs per verba totus conceptus, sed pars eius subticetur, videtur esse maior difficultas: quia quamuis exterior enuntiatio prolata, prout substat conceptui interno, quem loquens subticet, faciat sensum verum, vt tamen exteriùs profertur, quâ ratione solum est significatiua, continet sensum falsum, ac proinde mendacium: ad id enim sufficit vt exteriùs proferatur propositio, quam scis significare falsum, etsi non intendas mentiri, & velis eam propositionem alium conceptum, quem mente geris, qui tamen ab alio, ad quem loquutionem dirigis, non est vlla ratione perceptibilis, significare: nam id non purgat labem mendacij, quia vocum significatio, seu deputatio non pendet à cuiusque loquentis intentione, & prætereà cùm eam cogitationem, quam subtices, non exprimat externa propositio, alioquin eam non subticeres, non componit vnum quid cum ea in ratione signi, ac, quod inde consequitur, ab ea veritatem accipere nequit, immò inintelligibile est orationem externam, ac significationem ex conceptibus merè internis, & nullo modo exter nè prolatis, ideóque nec significantibus, componi, vt enim duæ loquutiones vnam integram componant, debet inter eas esse aliqua connexio, vel tanquam inter signum, & significatum, cuiusmodi est inter externam & internam qua externa exprimitur, vel tanquam inter duas partes orationis externæ, quæ vnum integrum sensum exprimunt, vel denique quia per modum vnius orationis totalis ad vnum diriguntur, vt in longiori interna ad Deum, aut externa ad homines, quarum connexionum, nullam reperiri inter orationem externam, & conceptum internum, per eam non expressum, aut prolatum, facilè apparet. Deinde quomodo loquens non fallit audientem, & solùm est occasio falsitatis, vt dicebamus de ambiguis loquutionibus, cùm orationem, quam scis determinatam ad vnum, & in eo sensu falsam deliberatè proferas, quamquam aliud in mente habeas, quia tunc & significare vis quod præ se fert oratio externa, quam ita accipi vis ab audiente, & aliud in mente habes, quàm quod exteriùs promis, ergo habes duplex cor, & cogitationem; alteram tui, quam veram esse scis, & subtices, alteram quam pro ea profers, & falsam esse scis, quod est mentiri, vt optimè philosophatur August. *lib. de mendacio, cap. 1.* v. g. famulus interroganti domino negat se fregisse vitrum, subintelligendo, mense præterito, hæc quidem oratio, non fregi vitrum mense præterito, vera est, hæc tamen quæ absolutè profertur, *non fregi vitrum*, est falsa, & cùm ex omnibus circumstantiis sit determinata ad eam falsitatem significandam, quam famulus intendit, & vult herum concipere, profectò, duplicem cogitationem habet, & loquitur contra mentem, ac mentitur, sicut qui diceret Christum non esse mortuum, subintelligendo, vt Deum, hæresim proferre censeretur, etiamsi interiùs non esset hæreticus. Vnde vides latum discrimen inter has enuntiationes ambiguis: ambiguæ enim voces habent duplicem significationem, quarum altera vera esse potest, cùm igitur illam significationem intendimus, verum proferimus, etiamsi audiens, alterum sensum qui eidem quoque orationi externæ subiicitur, imprudenter accipiat, atque ita fallatur, non à loquente, sed seipsum potius fallat. At in loquutione restricta enuntiatio sensibilis tam secundùm se, quàm secundùm modum, & circumstantias illam proferendi, determinanda est ad vnum sensum, eumque falsum, & non est in arbitrio loquentis alium sensum affingere ei enuntiationi, quàm eum quem in se habet ex hominum institutione. Qui igitur enuntiationem talem secundum sensum ad quem determinata est, vt dixi, falsam pronuntiat fallendi causâ, non æquiuocat tantùm, vt malè quidã dixere apud Saneb. *lib. 3. in Decal. cap. 6. num. 35.* sed omninò mentitur. Denique si mendacij immunis sit loquutio de qua agimus, vix vllum vnquam mendacium ab homine astuto proferetur: quoties enim orationem externam falsam pronuntiabit, facilè fuerit aliquid interna mente concipere, per quod oratio prolata illi coniuncta vera fiat. Has igitur loquutiones quæ ex se, & secundùm omnes circumstantias ad vnum sensum, eumque falsum determinatæ sunt, sine mendacio vsurpari non posse docent Caiet. 2. 2. *q. 37. art. 7. §. ad hoc dicitur.* Aragon. *ibid. quæst. 69. art. 2. §. sed dubitabit aliquis.* Azor. *tom. 1. lib. 11. cap. 4. quæst. 5. reg. 5.* Henriq. *lib. 6. cap. 19. in com. litt. K.* Konink. *disp. 10. de actibus supernaturalibus, num. 49.* Layman. *lib. 4. Theol. moral. tract. 3. cap. 13. num. 6.* Rebel. 1. *part. lib. 4. quæst. 10. num. 2.* Mald. *opusc. de restriction. ment. cap. 4. & 10.* Eudæmon. Ioan. *contra Epist. Casauboni cap. 5. & 8. & in Apolog. pro Henric. Garne cap. 2.* Oportet itaque vt sensus subintellectus implicitè saltem contineatur in oratione externa, ratione circumstantiarum, & à prudente intelligi possit, saltem in confuso, quatenus indicare debet in verbis expressis, aliqua subintelligi, etiamsi non dispiciat quænam subticeantur, tunc enim si decipiatur, suam imprudentiam accusare debet, cùm enim videre facilè posset ex modo loquendi, & variis circumstantiis, ea oratione aliquid aliud quàm quod exteriùs promebatur implicari, illi tamen fidem habuit. Sic qui de re quam vulgare non potest, interrogatur, vt Consiliarius Principis, aut Confessarius, respondere potest se nescire, quippe ad euulgandum, quia ex mente interrogantis interrogatio non fit nisi ad euulgationem ad quam interrogatus nescit. Mulier à viro de admisso adulterio interrogata, negare potest se crimen illud admisisse, nempe intelligendo, quod tibi fateri debeam, quia maritus interrogat tanquam illi aperire debeat vxor violatam fidem. In his igitur & similibus casibus verba externa propter circumstantias in quibus proferuntur cadunt in conceptum latentem, etsi qui audit non satis aduertat. Vnde obseruat Konink. facilius esse vti restrictione mentali cùm interrogamur, quàm cùm nos

ipsi

ipsi ingerimus, quia tunc meliùs connectitur conceptus inuolutus cum oratione externa ex circunstantia interrogationis, & mente interrogantis, vt in exēplis allatis vides. Immò Maldereus 2. 2. *tract. 7. c. 1. dub. 7.* & alij quidam nunquam volunt licitum esse vsum mentalium restrictionum, nisi interrogentur; tunc enim subest iusta causa inuoluendi sermones, & obtegendi conceptus quos referre non expedit, [illegible] gari.

7 Alij tamen concedunt vsurpari posse ex idonea causa, orationes quæ verum sensum reddunt, propter aliquid additum, in mente loquentis retentum, quamuis si cum eo suppresso conceptu non coniungerentur, falsæ forent solitariè sumptæ, & habita tantùm ratione circunstantiarum occurrentium. Ita Nauar. *in c. humana aures 22. q. 5. in q. 2. num. 12. & in Manuali cap. 12. num. 8. & 9. 19. & cap. 18. num. 61. & cap. 25. n. 53.* Less. *cap. 42. numer. 47.* Sanch. *lib. 3. in Decal. cap. 6. num. 15.* qui alios dabunt. Val. *quæst. 13. p. 2. d. 5. citata.* Tolet. *lib. 4. summa, cap. 21. num. 9.* Suar. *lib. 3. de iuram. c. 10. num. 6.* Suar. *in cap. 13. iudic. quæst. 10.* & alij initio allati quos numerare abstineo. Hi igitur omnes negant esse mendacium in his restrictionibus, modò verba externa ita proportionentur suppresso & retento conceptui, vt simul cum eo, & conceptu expresso connecti possint, atque cum illis continuari, & verum sensum efficere; quia nimirum si totus conceptus exprimeretur, ex tacito & prolato, vnus integer & congruus sensus existeret, quare Vasq. 1. 2. *disp. 182. num. 9.* damnat violatæ veritatis eum qui verbis in alia significatione præter communem vteretur, etiamsi vellet aliud significare quam soleat ferre communis vsus, & illis substitueret nouum quendam conceptum. Suar. *lib. 3. de iuram. cap. 20. num. 4* consulit vt si quis rudis sit, neque [illegible] amphibologiam mentalem, vt ipse appellat, co[illegible], & ita dimidiate suam [illegible], vt si conceptus quem retinet animo voce exprimeretur, & cum alia parte coniungeretur, efficeret aptam & congruam responsionem sibi factæ interrogationi, intendat saltem affirmare aut negare quod affirmat, vel negat, in sensu qui veritatem contineat, ac proinde sibi persuadeat se in aliquo vero sensu posse negare, quod non vult, neque rationabiliter potest propter incommoda quæ timet, aperire, quamuis illum modum nesciat in particulari. Denique Sanch. *cap. 6. cit. num. 15.* eum qui vt significet se non comedisse, ait se non dormiisse, peccare putat contra veritatem, quia non potest quilibet mutare significationes vocum pro arbitrio. Hanc igitur sententiam sic explicatam, vt iusta sit subticendi causa, & propositio externa cum eo quod subintelligitur aptè cohæreat, faciantque simul coniuncta vnum sensum verum, probant, quia cùm liberum sit cuique suam mentem exprimere, aut non exprimere, liberum etiam erit eam expressionem inchoare, & non finire, sed truncare & dimidiare, neque mentietur: quia dum sistit in media propositione, non intendit per illa verba aliquid integrum significare, & sicut si partem propositionis exprimeret clara voce, & reliquum submissiuè, ita vt exaudiri non posset, v.g. non fregi vitrum alta voce, deinde addat, præterito mense, faceret totam externam orationem veram; eodem modo continget, etsi illam extremam particulam mente retineat: neque benè vrgebat prior sententia, hic esse mendacium, quia verba exteriùs prolata dissonant obiecto, nam obiectum est non tantùm quod exprimitur exterius, sed etiam quod subticetur, & iustè subintelligitur, atque implicitè profertur, quandoquidem ex suppresso conceptu, & expresso fit vnus integer sensus, & non tenetur qui ita loquitur, totū suum conceptum exprimere. Præterea ad mendacium debet significari exterius aliquid, quod interius non iudicetur, atqui in hac restrictione mentali, propositio vocalis nihil significat, quod non iudicetur interiùs à pronuntiante, quale enuntiatur exteriùs, quamuis modus, & causa sub quibus obiectum ita concipitur & significatur, non exprimatur exteriùs; ergo non dissonant verba externa obiectu significato: ergo nullum est hîc aut mendacium, aut alia veritatis violatio. Sic qui dicit se non commisisse crimen, subintelligendo, tali tempore, aut quod aperire teneatur, aut quod sit huius fori, verè ita iudicat, & agnoscit se non fecisse hoc crimen, non simpliciter, sed cum aliquo addito, aut cum aliqua circunstantia. Exprimit igitur exteriùs se non fecisse crimen quod verè iudicat se non fecisse, sed non indicat causam propter quam ita iudicet. Vera ergo est ea vocalis oratio, sed non verè significat, nisi aliquid aliud interiùs adderetur: quare hinc tantùm habetur vocalem enuntiationem non exprimere adæquatè mentalem, quod longè abest à dissonantia quam inter has orationes reperiri contendebant prioris sententiæ Doctores.

Vrget Durand. *in 4. dist. 21. quæst. 4. numer. 10.* has propositiones de quibus agimus, esse falsas, quia contradictoriæ sunt veræ: v.g. confessarius qui sponte, & non interrogatus dicit se nescire crimen sibi reuelatum, mentitur, quia si diceret se scire diceret verum, ergo cum negat se scire dicit falsum, quamuis dum interroganti iudici negat se scire, non mentiatur, quia cùm interrogetur vt subditus, & responsio cohæreat cum interrogatione, negat se scire vt subditum, quod verum est, & contradictoria est falsa; v. g. se scire vt subditum: quod non contingit in propositione quæ secundùm se, & secundùm circunstantias determinatur ad aliquem sensum falsum, illa enim necessariò, quidquid subintelligatur, falsa erit, cùm contradictoria sit vera. 8
Ad hoc argumentum respondet Capreolus *in ead. d. 21. q. 2. art. 3. §. ad argumentum contra conclusionem, S. Thom.* præsertim *d. 4. adducens Pet. Paludanum*, negandum esse mendacium in hoc exemplo proposito confessarij, etiam non interrogati, dicentis se ne nescire crimen auditum in confessione, nisi dicat se nullo modo scire, hæc enim negatiua negat illum etiam modum sacramentalem quo scit. Propositio itaque quæ affirmat aliquid sub certo, & peculiari modo, non habet pro contradictoria, & opposita quamcunque negatiuam eiusdem rei, nisi illum modum in quem cadebat affirmatio neget, vel expressè & particulariter, vel ratione suæ vniuersalitatis, quæ vniuersalitas non est in sola voce, quando illa potest restringi saltem mentaliter. Sic qui dicit nescio Petrum peccasse, non dicit, nullo modo scio Petrum peccasse, & imprudens est auditor, qui ea simplici illa negatione colligit vniuersalem quæ excludat omnem sciendi modum. Ratio à priori est quia contradictio debet esse de eodem, & secundùm idem, ita vt illud ipsum quod affirmatum est, negetur sub eo ipso modo quo fuerat affirmatum, si enim affirmatum est simpliciter, & negetur tantùm secundùm quid, non erit contradictio; v.g. scio peccatum Petri, nescio peccatum Petri, vt illud reuelem, aut vt de eo à te interrogari possim, quia, vt ait Capreol. in his, aliisque propositionibus singularibus [illegible] licèt de eodē, vt videtur,

subiecto & prædicato, totum quod affirmatur in vna, non negatur totum & totaliter in alia. Neque obstat quod hæ additiones & restrictiones fiant sola mente, & non exprimantur exterius; quia loquens potest aliquid significare sibi ipsi quod non significet alteri, neque illi significare intendat, quare orationes illæ vocales non contradicunt apud dicentem, quamuis contradicant apud audientem, quia aliud significant dicenti, aliud audienti, quæ omnia vera sunt, siue quis interrogetur, siue sponte in sermonem prorumpat: quamuis aliquid amplius exigatur vt censeatur iusta causa aliquid subticendi, dum quis sponte sua, & non coactus, aut aliena interrogatione lacessitus partem sui conceptus supprimit, & alteram tantùm externa oratione promit, atque ita suppeditat audienti occasionem errandi. Vbi autem erit iusta & idonea causa, qualem aliquando reperiri posse nemo negabit, neque mendacium erit, neque simplicitatis violatio, cùm existente tali causa præceptum affirmatiuum simplicitatis verborum, quæ ad veracitatem reducitur, desinat obligare. Non est verò quod diutiùs in hac posteriori sententia tuenda immoremur, in primis quia non nisi in specie pugnat cum priori illa quæ restrictionum mentalium vsum licitum, & mendacij labe immunem esse concedit, quoties conceptus suppressus ratione circunstantiarum implicitè, & in confuso saltem continetur in oratione vocali, quòd audienti si eas omnes circunstantias attenderet, constare posset saltem in confuso aliquid amplius illis vocibus quàm quod exprimatur, subesse, atque ita non mentiri loquentem, quia quod iuste subintelligitur, expressum censetur: nam cùm posterior quoque sententia velit iustam subesse causam reticendi aliquid, & verba quæ exteriùs vsurpantur proportionata esse debere, vt cum conceptu tum suppresso, tum expresso ita connectantur, vt si totus conceptus exprimeretur, faceret vnū aptum & cohærentem sensum, satis indicat constare osse audienti aliquid subticeri in quod saltem implicitè cadant verba prolata, horum enim obiectum sumi debet suis circunstantiis connexum, quarum vna semper erit iusta necessitas subticendi, quæ necessitas non nisi ex variis circunstantiis sumi poterit; à quibus circunstantiis alij dicunt fieri, vt oratio vocalis non debeat intelligi vt cadens in obiectum, quod exprimitur, nisi cum aliquo addito in mente retento, & iustam ob causam non expressè explicitè. Neque contendit prior sententia necessarium esse, vt auditor reipsa aduertat subintellectionem aliquam latere in animo loquentis, alioquin hoc restrictionum vsu nulla vitarentur incommoda, ob quæ tamen declinanda eiusmodi vsum permittunt, sed solùm volunt auditorem qui secum rationabiliter agi vult, posse ac debere eam suppressionem aduertere vel suspicari, quod etiam fatentur Doctores posterioris sententiæ, propter iustam causam, & necessitatem subticendi, quam requirunt, & quam auditor aduertere debet. Hinc fit vt in iisdem exemplis conueniant, & interrogatum negare se aliquid scire, nempe vt teneatur, aut posse reuelare.

7 Deinde quidquid sit de hoc dissidio, conueniunt vtriusque sententiæ Doctores in casu de quo agimus, reum non iuridicè interrogatum, negare posse crimen de quo accusatur, & dicere se de eo scelere nihil scire, aut etiam se fecisse, subintelligendo, vt dicere teneatur, vt ab illo interrogari possit, quod sit illius fori, quamdiu occultum est. Quod idem de teste non iuridicè etiam interrogato dicent, quia ex circunstantiis iniquæ suæ interrogationis, potest iudex satis aduertere subintellectionem aliquam, cùm enim interroget tantùm vt iudex, & vt potestatem habens tum puniendi, tum cognoscendi de crimine, tum interrogandi, responsio cohærens cum ea interrogatione est, non admissum fuisse crimen de quo cognoscere possit, quod inquirere valeat, & quod ipsi alij aperire teneantur. Quod autem Soto *lib. 5. de iust. quæst. 6 art. 2.* ait quidem testem aut reum respondere posse, *non memini, nescio*, subintelligendo vt tibi dicam, non tamen posse cum eadem subintellectione dicere testem, *non vidi, non audiui*, neque reum, *non feci*, quæ fuit etiam mens Aragonij *2. 2. quæst. 69. art. 2. in fin.* falsum est, vt ostendit Val. *loco cit.* Sayrus *lib. 1 3. in claui, cap. 17. num. 24.* & alij passim, cùm æquè cohæreat cum verbis, *non feci, non vidi, non audiui*, subintellectio, vt tibi aperiam, aut vt tibi dicere tenear, atque cum vocibus *nescio, non memini*, quia vt ait Suar. *lib. 3. de iuramento cap. 10. num. 3.* verba sunt signa rerum, visionum, auditionum, & tam possunt recipere restrictionem quàm alia quæcunque. Cùm enim iudex quærit, admisistine crimen de quo accusaris, censetur dicere, admisistine scelus de quo iustè interrogari, aut iudicari possis in hoc foro, cui cohærebit optimè hæc negatio, non feci, nimirum scelus de quo in hoc iudicio interrogari, aut iudicari possim. Non placet etiam quod Layman. *tract. 3. cit. cap. 13. num. 7. & cap. 14. n. 8.* addit non licere vti his restrictionibus, quando iudex iniquus ita interrogat, seu testem, seu reum, vt excludat omnes æquiuocationes, an videlicet sciat crimen seu publicè, seu occultè, seu teneatur dicere, seu non, seu vt homo, seu vt Deus, an admiserit crimen seu hoc, seu alio die, seu culpabiliter, seu qua alia ratione, seu iuridicè, seu non iuridicè interrogetur, & ita de aliis, non posse negare, & dicere *non feci, nescio*, quia quidquid subintelligat iam exclusum est per interrogationem, quare ex circunstantiis est omninò ad vnum tantùm sensum determinata responsio, quæ nisi simpliciter aperiat veritatem, falsa erit, quare tunc declinanda erit & fugienda omnis alia responsio. Non placet inquam hæc limitatio, neque placuit Sanch. *lib. 3. moral. cap. 6. num. 45.* quia sic inutilis est omnis restrictionum mentalium vsus, & incurrentur grauissima incommoda ob quæ vitanda tam vnanimi consensu Theologi, Casuistæ, & iuris vtriusque Doctores consentaneè scripturis Patrum atque ipsis Sanctorum & Christi domini factis admiserunt. Quis enim in grauioribus negotiis, & maximè in iudicio non vrgebit aliam, vt candidè seclusis omnibus ambiguitatibus, & restrictionibus respondeat, immò facilè fuerit in actu etiam signato omnes tergiuersationes excludere. Itaque tunc Confessario pereundum erit, aut iniquo iudici crimen auditum in confessione Sacramentali pandendum, cùm non pateat alia subterfugij via. Non attendendum itaque est quid roget seu Iudex, seu quis alius, & quid sibi velit responderi, sed quid velle debeat, & quid rationabiliter quærat, eius enim iniquitas non potest meo me iure non respondendi, & illum eludendi priuare, neque quod addere possum meæ responsioni impedire, alioquin si interrogantis iniqua voluntas hæc effugia tolleret, nunquam relinqueretur nobis locus declinandi importunas & nobis damnosas responsiones, nullus enim interrogat, qui non velit sibi candidè, simpliciter, sine ambagibus, & ad mentem quam modò habet, responderi, & si eam voluntatem disertè non explicet, obligaret tamē illa

illa virtualis voluntas interrogantis æquè, atque si formaliter esset significata, cùm satis intelligatur ab audiente ex ipsa natura interrogationis, non obligatur tamen interrogatus ad illum perpetuò candorem, quia non semper æqua, & legitima est interrogantis mens & voluntas.

8 Habemus igitur quod initio posueramus, reum non iuridice interrogatum, posse tacere veritatem, & iudicem amphibologiis, ac restrictis loquutionibus eludere absque mendacij labe, ac quod inde necessariò consequitur prorsus inculpabiliter, cùm neque iustitiam, neque simplicitatem lædi hoc casu ostenderim, neque potest afferri vlla alia virtus cui teneatur.

9 Hinc fit primò vt testis quoties non tenetur aliquam ob causam, quæcunque illa sit, ferre testimonium, possit vti æquiuocationibus, quo nomine tum ambiguitates, tum restrictiones mentales intelligo, & dicere se nescire reum commisisse id delictum modo explicato. Secundò reus non iuridicè interrogatus, poterit dicere *non feci*, vt iam monui, & explicui, quod tenent innumeri relati à Sanch. *cap. 6. cit. num. 26.* Tertiò reus qui iniustè socios criminis detexit, & testis qui iniuste crimen occultum coram iudice prodidit, si aliunde non sit sufficiens informatio contra reum aut socios per iniuriam proditos, possunt tum reus ille, tum testis iterum offerre se iudici, atque affirmare, & iurare se falsum dixisse, & eos quos accusarunt, non fecisse id delictum, quia falsum est fecisse hoc delictum publicè, aut quod subsit adhuc huic foro, quia possunt modò, quod tunc poterant, & respondere idem quod tunc poterant respondere, cum res sint immutatæ, & in eodem statu permaneant. Ita Sanch. *cap. 6. num. 27.*

10 Non modò autem posse reum eludere iudicem non interrogantem iuridicè, & negare modo explicato, sed etiam iuramento responsionem suam confirmare, constans est omnium sententia, qui in eiusmodi loquutionibus ambiguis nullam agnoscunt falsitatem, tunc enim nullum est periurium. Vide Suar. *lib. 3. de iuramento, cap. 9. & 10.* Sanch. *lib. 3. in Decal. cap. 6.* vbi alios dabunt. Sic dicunt interrogatum an ex loco peste infecto veniat, iurare posse se non venire, scilicet tanquam ex loco pestilenti, si ita transierit vt moraliter certus sit se non esse infectum, & nullum esse periculum contagionis. Qui virtute instrumenti publici exigit summam sibi debitam, potest iurare quantitatem eo instrumento contentam sibi debitam esse, etiamsi pars debita sit aliunde, neque constet instrumento publico, nisi fortassis fiat inde iniuria alicui tertio creditori. Qui per iniuriam cogitur promittere pecuniam, & eam confirmare iuramento, ita iurare potest; iuro tibi me numeraturum pecuniam, ita vt *tibi*, referatur ad *iuro*, non ad pecuniæ numerationem. Qui cogitur ducere in sponsam quam non tenetur, iurare poterit se ducturum, intelligendo si teneor. Fœmina morti proxima, & excommunicata, quòd non cohabitet viro, quem nouit ob impedimentum occultum non esse suum, si ad extorquendam absolutionem cogatur iurare se cohabitaturam, potest iurare intelligendo si id mihi licet, quia non est mens iuramentum exigentis, vt ea peccet. Adultera rogata à marito de adulterio quod reuera admisit, poterit iurare se non fregisse matrimonium, quia nempe vinculum coniugij firmum manet, quamuis in alium sensum ea verba accipiantur à marito, poterit quoque iurare se non fuisse adulteratam, intelligendo aliam diem in qua non admisit, aut vt reuelare teneatur. Is à quo petitur accipienda mutuò pecunia, quam revera habet, iurare poterit se eam non habere, intelligendo, ita vt mutuo det, si non tenetur mutuare, quam tamen limitationem de obligatione mutuandi reiicit Sanchez. Pœnitens rogatus, an aliquod peccatum apud confessarium deposuerit, iurabit licitè se illud non fuisse confessum, intelligendo, vt tibi tenear hoc explicare, de quibus aliisque similibus casibus vide Sanch. *cap. 6. cit.* Less. *cap. 42. dubit. 8.* Suar. *loco citato*, & alios. Neque maior potest esse difficultas in iuramento rei negantis coram iudice non interrogante iuridicè, quare & illud quoque licitum erit.

§. II.

De reo iuridicè, interrogato.

Alio probabiliùs videri reum iuridicè interrogatum teneri ad fatendum crimen etiam cum periculo vitæ: ita S. Thomas 2. 2. *quæst. 69. art. 1.* & *ibid.* Caietanus. Tolet. *lib. 5. summæ cap. 68.* Less. *cap. 31. num. 12.* Filliuc. *tract. 40. num. 265.* Laym. *lib. 4. tract. 6. cap. 5. n. 1.* Becan. *lib. 1. manual. c. 21. num. 4.* Torres *tom. 2. in 1. 2. disp. 50. dub. 2.* Sà *vers. iudiciales actus, num. 1. de reo.* Sanch. *lib. 3. in Decal. cap. 27. n. 5. & 4.* Azor. *tom. 3. lib. 13. cap. 25. dub. 3.* Bonac. *disp. 10. de peccatis, quæst. 5. p. 2.* & alij passim: quia tunc iudex habet legitimam potestatem, quæ iniicit subdito obligationem parendi: quare etsi reus non intauerit se clarè veritatem enuntiaturum, ad illud tamen satis obligatur præcepto legitimi superioris. Præterea iudex habet ius eliciendi veritatem ob bonum publicum, quod ius violat reus, si non respondeat ad mentem interrogantis iudicis. Si tamen abesset periurium, & veritas occultata aut negata minimi momenti, non esset peccatum mortale propter circumstantiam iudicij in quo dicta est, vt obseruant Less. Nauar. *ad cap. fratres, de pœnit. d. 5. num. 22.* Couarr. *lib. 1. variar. cap. 1. num. 2.* Sotus *lib. 5. quæst. 6. art. 1. sub fin.* & *quæst. 7. art. 4. concl. 2.* contra Caiet. quia non apparet cur etiam hoc loco non detur leuitas materiæ, quæ excuset à mortali, vt in aliis omnibus contingit. 11

Limitanda est hæc conclusio in primis, vt constet reo se iuridicè interrogari, quare debet iudex docere illum iam ex infamia præcedente, aut manifestis indiciis, aut semiplena probatione teneri, ac proinde iuridice cum eo agi. Si verò dubitet an iuridice interrogetur, non debet candidè respondere, ex Soto *relect. de secretis. memb. 3. quæst. 2. concl. 2.* Less. *cap. 31. num. 10.* & eam communem esse dicit Henriq. *lib. 5. cap. 4. num. 5. lit. l.* & plurimos refert Sanch. *lib. 6. in Decal. cap. 3. num 24.* quia nemo teneretur cum graui suo incommodo parere superiori, nisi constet eum legitimè præcipere. In hoc tamen casu reum obligat Syluester *verb. inquisitio 1. quæst. 3.* & Bonac. *loco cit.* quia in dubio melior est conditio possidentis, & potestas iudicis tunc est in possessione de qua maxima, & plurima diximus *s. 2.* & omninò standum esse pro superiore sentiebamus, in hoc tamen casu adhæremus communiori sententiæ, & fauemus reo, cum Sanch. *loco cit.* quia damnum quod imminet reo aut alteri præponderat in eo dubio iuri superioris, & licèt reus non sit in possessione libertatis, sed potiùs superior in possessione potestatis, atque ea ratione illi faueat possessio, est nihilominus reus in possessione suæ securitatis, 12

citatis,

ritatis, atque ita in dubio illi fauet possessio contra superiorem, neque tenebitur perstante tali dubio, in pericula se conijcere, & securitatem, qua gaudet hactenus abijcere.

13 Limitanda est secundò conclusio, vt sit locus epieichiæ, si enim nullam reuera culpam admisit in eo facinore reus, quia v.g. occidit se iniustè inuadentem cum moderamine inculpatæ tutelæ, aut quia reuerà non occidit, licèt sint in contrarium manifesta indicia, quia inuentus est cum cadauere, aut aspersus sanguine, & ratione horum indiciorum iuridicè interrogatur, non tenetur respondere, & in primo casu potest negare se patrasse homicidium, quia iudex intelligitur interrogare de homicidio culpabili, quod reuera ipse non admisit, potest negare se fuisse cum illo cadauere, ad occidendum videlicet, aut gladium inuentum esse suum, cum eadem subintellectione; quia iudex non interrogat de his nisi in ordine ad cædem culpabilem, cuius iste author reipsa non est. Si qui pluris vendidit quàm ferret taxa, quæ iniusta erat, aut fraudauit in pondere & mensura, non tamen præter pretium, negabit se defraudasse pondus, & seruasse integrum affirmabit. Cui licitum est bona aliqua abscondere, potest iurare se nulla habere bona abscondita, nempe quæ manifestare teneatur. Qui nummos mutuo acceptos soluit, iurabit se non accepisse mutuò, quos nimirum teneatur soluere. Qui promisit matrimonium, & ob aliquam iustam causam liber est obligatione implendi, iurabit se non promisisse, intelligendo, vt teneatur implere. Immunis à gabella, & rogatus an aliquid ferat à redemptoribus, negare potest, nimirum, quod gabellam debeat. Rogatus an cum alio egerit, cuius ambiuisse suffragium dicitur, & eum subornasse, negabit se cum eo egisse, nimirum ad subornandum, quæ omnia licent, etsi superior iuridicè, & legitime interroget, quia hæ responsiones cohærent cum mente interrogantis. De his casibus singularibus adi Sanchem, *lib. 3. in Decalogum cap. 6. n. 29. & sequentibus.*

14 Difficultas verò grauis est an reus, qui iuridicè interrogatus tenebitur sub mortali respondere ex hac sententia, negauit tamen veritatem, aut eam ambiguitatibus aut restrictionibus mentalibus texit, obligetur deinde ad eam aperiendam, ad idque cogi possit, & ad quid aliud ratione huius peccati teneatur.

Resp. primò si reus iam sit extra iudicis potestatem, quia vel absolutus est, vel aufugit, aliáque ratione euasit, non tenetur se iterum iudici sistere ad eam veritatem manifestandam, ita Sayr. *in claui, lib. 12. cap. 17. num.* 14. & alij omnes, quia non tenetur reus seipsum prodere.

Secundò quandiu iudicium durat, & reus est in iudicis potestate, illum obligant etiam non rogatum aperire veritatem, neque absolui volunt nisi ad id paratum se promittat, plures apud Sanch. *lib. 3. cit. c. 7. num. 7.* qui tamen rectiùs reum exoluit ab hac obligatione, neque ampliùs exigit quam vt proponat fateri veritatem si denuò interrogetur, & velit restituere damnum ex sua negatione sequutum parti læsæ; sic enim & iudici & parti suæ satisfacit. Et sanè si testis iuridicè interrogatus occultauisset veritatem, non obligaretur sistere se iudici, & suam sententiam retractare; cur igitur magis obligabitur reus deponere aduersus seipsum in hoc casu? Falsò autem supponunt aduersarij quandiu durat iudicium, & non est lata sententia, durare interrogationem, & præceptum respondendi, hoc enim præceptum transiens est, neque reus repetita aut continuata negatione se tuetur, quia negatio non durat quamuis damnum ex ea parti læsæ illatum perseueret, cui satisfacit animo illud reparandi. Confessarius autem si existimet non amplius interrogandum reum, non debet elicere ab eo propositum fatendi veritatem si interrogetur, neque quidquam de eo loqui, ne illum exponat graui periculo; immò si putet interrogandum, & non videat satis virium habere ad declinandum hoc peccatum, non debet de eo meminisse in particulari, sed solùm excitare pœnitentem vt in vniuersum firmiter proponat cauere ab omni peccato mortali. Denique quamuis contraria opinio vera esset, & pœnitens in bona fide, in ea relinquendus erit à confessario, qui eum non monebit de eiusmodi obligatione.

Tertiò quando iam lata est sententia, & reus damnatus, atque plectendus seu capite, seu qua alia pœna, non tenetur negatam aut occultatam veritatem aperire. Ita Sanch. *loco cit.* Emanuel Sà *vers. iudiciales actus, de peccatis rei, num.* 5. quia lata sententia iudex non potest amplius interrogare. Vt enim ait *l. iudex 55. D. de re iudicata*, iudex postcaquam semel dixit sententiam, iudex esse desiit; & colligitur ex *c. cum Ioannes, de fide instrumentorum.* Et sanè iam cessauit finis interrogationis, qui est ad absoluendum, vel damnandum reum, neque inde vlla redundat infamia in iudices, aut testes, quia rei soliti sunt negare sua crimina, & præsumptio stat pro iudicis sententia, vt probat Mascard. *concl. 1302. num. 3.* neque iustitia latæ iam sententiæ pendet ex futura rei confessione, sed ex actis, probationibus, & alijs allegatis in processu, neque exponit se periculo reus æternæ salutis non amplectendo sententiam tutiorem, quia hæc tuta omnino est, neque iniquorum iudicum calliditati fauere par est, qui ex leuibus indicijs damnant, sperantes deinde firmandam suam sententiam per confessionem rei. Narrat Sanchez iudicis cuiusdam Malacensis in Hispania iniquitatem, dum hæc scriberet, qui monuerat tabellionem, vt si reus in patibulo delictum fateretur, suspenderetur, sin negare pergeret, ad carcerem reduceretur. Si tamen ex ea occultatione grauissimum damnum alteri immineret, quod vix vnquam continget, ad illud auertendum teneretur fateri reus veritatem.

Quartò pœnam qua plectendus erat reus, si crimen fuisset fassus, non tenetur subire si corporea erat, sed solùm damnum parti læsæ, ad quod reparandum damnatus fuisset, debebit reparare, vt dixi. Ita Azor *c. 25. lib. 13. dub. 4.* pœnam quoque pecuniariam, quam alioquin subiisset, non debet, vt docet Carbo *quæst. 31. de restit. concl. 5.* cùm ius exigendi eam pœnam à reo non oriatur, nisi post latam sententiam, & sicut veritatem fassus & ab iniquo iudice absolutus, non teneretur ad pœnæ soluendæ restitutionem, ita neque quando iste sua negatione sententiam impediret, quamuis peccet.

Aio tertiò sententiam quæ negat reum iuridicè interrogatum obligari fateri veritatem quandiu spes aliqua euadendi superest, non videri improbabilem, sed omninò tutam in conscientia, eam enim docent Angelus, Sylu. Armilla, *vers. delict. confessio.* Rossella *v. accusatus.* Panormit. *in cap. 2. de confess.* P. Nauar. *lib. 2. de restit. cap. 4. numer. 141.* Petant. 2. 1. *disp. vnica. in fin. quæst. 70.* Salzedo *in practica criminali, cap. 126. vers. admittendo decimò, circa primum casum*: & probabilem putant Less. *cap. 31. num. 16.* Roderic. *tom. 1. quæstionum regularium, quæst. 19. art. 4.* Bonac. *disp. 10. de peccatis, quæst. 3. punct. 2. num. 7.* Sà *vers. iudiciales actus, de* 15

reo

reo, num. 6. Reginald. *lib.* 24. *n.* 37. Filliuc. *tract.* 40. *num.* 266. & alij. Ratio est, quia cùm *ex l.* 4. *D. de testibus*, nemo cogi possit ad testandum contra sibi sanguine iunctum, quia id nimis graue existimauit legislator, grauius censeri debet contra seipsum, cum euidenti vitæ periculo testari, debetque valere hoc loco *l. nimis graue 7. C. de testibus*, neminem teneri contra se exhibere id per quod sibi negotium fiat. Et si lex humana non obliget cum magno incommodo aut periculo, nisi magnitudo boni publici in his circunstantiis id postulet, vt constat ex 1. 2. *disp. de legibus*, cur præceptum humanum obligabit ad vitæ periculum dum inde non timetur ruina ciuitatis, aut Reipublicæ, aut aliud incommodum publicum, quod teneatur inferior suo sanguine & capite amoliri, maximè si humanam imbecillitatem, & inclinationem ad vitæ tuitionem expendamus, cùm paucissimi futuri sint, qui vbi viderint aliquid superesse spei, crimen confessuri sint, ne quod deest plenæ probationi ipsi sua confessione adiiciant: neque propterea sequitur iudicem non legitimè interrogare, quamuis enim pro suo iure inquirat à reo, ille quoque habet ius reticendi, & abscondendi ea per quæ sibi vita eripere- tur; quia habet summum ius vitæ tuendæ quandiu potest, & tunc præceptū iudicis non fit ad obligandum, sed ad inducendum, aut terrendum reum vt veritatē pandat, sicut diximus *capite superiori art.* 2. *conf.* 2. posse reum fugere è carcere, quamuis id prohibeant leges, & citatus, si immineat vitæ periculum, potest non comparere, iubente licèt iudice. Dixi autem veritatis occultationem licitam esse reo quandiu sperat euadere, nam si crimen iam plenè probatum sit, & siue fateatur, siue reticeat crimen, damnandus sit, omnino fateri tenetur interrogatus, quia legitimi superioris præceptum vrget, & nulla est sufficiens ratio, quæ ab obedientia excuset. Atque hanc assertionem extendit Lessius ad causas in quibus non agitur de capite, si tamen agatur de grauioribus pœnis, vt confiscatione omnium bonorum, damnatione ad triremes, vel perpetuum carcerem, quia videntur hæc satis acerba, vt nemo teneatur sua confessione ea incurrere. Hinc vides primò posse reum occultare crimen modis omnibus §. *superiori* allatis, & quamuis iurarit de calumnia, periurus non fiet, quia illud iuramentum obligat tantum ne agat calumniosè, non autem vt in quocunque euentu contra seipsum pandat veritatem occultam reus. Secundò quandiu spes euadendi est, non debere confessarium vrgere reum ad hanc confessionem, cùm possit sequi opinionem probabilem, immò si sit obstinatus in tegendo crimine, & peccet ex erronea conscientia, quod putet se teneri ad eandidam confessionem, docendus erit hanc opinionem esse probabilem, vt sine peccato sibi consulat.

16 Cæteræ rei obligationes iam ferè aliis locis explicatæ sunt. Primò an occulta testium & accusatoris vitia, vt illis fidem abroget, & suam famam ac vitam tueatur, detegere possit, modò absit falsitas & calumnia. Secundò, an obligetur reus iniquæ sententiæ parere, dixi *cap. superiori.* Tertiò, an possit se deffendere contra exequutionem iniquæ sententiæ, atque adeò si agatur de vita, occidere ad sui tuitionem ministros iniquam sententiam exequentes, quamuis fortassis non fuerint conscij huius iniquitatis, sic enim non occiditur innocens directè, & per se, sed tantùm per accidens, dicemus inferius. Quartò, quam pœnam reus etiam post sententiam sibi ipse infligere teneatur, & in particulari an sibi potatione veneni possit inferre necem, & de pœna confiscationis, & denique an possit fugere è carcere, diximus capite superiori.

Quoad disruptionem vinculorum, & effractionem carceris, licita erit quoties fuga fuerit licita reo, ex Nau. *cap.* 17. *num.* 102. & aliis recentioribus, quos dabit Bonac. *p.* 2. *cit. num.* 16. contra Couar. *lib.* 1. *variar. cap.* 2. *n.* 14. Henric. *quodl.* 19. *art.* 25. Si enim finis licitus est, erunt etiam licita media ad eum finem obtinendum necessaria, neque fit iniuria Reipublicæ, aut supremæ potestati, quæ non est in lapidibus, aut vinculis: quod autem sint impositæ seuerissimæ pœnæ his effractoribus, non probat culpam, sed quia his pœnis æquum fuit hanc fugam & effractionem impedire, neque, vt ait Less. potuit imponi pœna capitis. Si tamen iustè detinebatur ad damni illati in ea effractione reparationem, quæ restitutio, teste Lessio, non est in vsu, si alij vincti cum eo hac occasione effugiant, & inde damnum vel Reipublicæ, vel custodibus, vel actoribus sequatur, illud resarcire non obligatur qui primus carcerem fregit, quia vtebatur ille iure suo, & per accidens tantùm sequuta est aliorum fuga quam ipse nullo iustitiæ titulo tenebatur impedire.

Hinc colliges, quoties fuga erit licita reo, fas fuerit ipsi eam consulere, & ad eam iuuare, atque instrumenta apta suppeditare: cùm enim quis operatur quod potest pro suo iure, non peccat ipsi consulens, aut iuuans, quæ ratio mihi videtur conuincere, posse quoque reum iuuari ab aliis cooperantibus ad hanc effractionem, contra Bonac. *p.* 2. *cit. num.* 19. & Less. *cap.* 31. *numer.* 44. quia fas est cooperari iustè operanti, quod autem dicunt aduersarij, non esse ius tantum cooperantibus, hoc loco, quantum reo, negatur, quia non cooperantur nisi vtenti suo iure. Excipio tamen in his omnibus ministros iustitiæ quibus incumbit ex officio detinere reum in carcere, & fugam impedire, hi enim quasi ex contractu ad id obligantur reipublicæ, cuius proinde ius violant. Hinc denique colligit Bonacina custodi non posse quidem vim adhiberi, aut iniuriam irrogari ad fugam captandam, posse tamen fraudes vsurpari, quas, si custos prudens sit, facilè aduertet tendere ad fugam, v. g. largiùs cibos, & vinum porrigere, muneribus eius sibi beneuolentiam conciliare, iocis, & æquiuocationibus sæpiùs eludere, aliisque artibus lactare, & sopire vigilias eius. Hæc omnia dabit fusiùs Delcastillo *lib.* 2. *tract.* 1. *disp.* 6. *dub.* 4. toto, vbi nostram Doctrinam confirmat, & varios huius Authores adducit.

ARTICVLVS VII.

De testibus.

Quot testes necessarij sint. 1.
Quales esse debeant. 2.
Quinam repellantur à ferendo iudicio. 3.
Obligatio ad dicendam veritatem. 4.
Obligatio ad testificandum. 5.
Ad quid obligetur qui falsò testatus est. 6.
An liceat aliquid capere pro ferendo testimonio. 7.

PAuca hoc loco de testibus nobis attingenda sunt, cùm enim eorum examen, & productio

tota

tota pertineat ad forum, illa facile petere erit ex *D. & C. de testibus*, & *tit. 20. lib. 2. decret.* vbi fusè traduntur. Nos verò non agimus commentatores.

1 In causis criminalibus duo testes necessarij sunt, & sufficiunt etiam ex communi sententia, vt probat Less. *cap. 30. dub. 4.* modò sint idonei, & omni exceptione maiores, vnus enim facilè peruertitur, & duo vix conformiter loquuntur. An verò sit hic numerus determinatus iure naturæ, an iure gentium, leuis quæstio est, cùm enim requirantur tantùm testes, vt constet de crimine, cui est pœna imponenda, si per vnum solum certò constare possit, nulla committetur iniustitia, si vno tantùm teste reus damnetur. Vt verò eatur obuiam fraudibus, omnium gentium moribus receptum est, vt ad minimum duo testes producantur vt habetur in scripturis, atque etiam in *l. vbi numerus, D. de testibus*, & *cap. licet vniuersis, de testibus*, & *cap. cùm esses, de testamentis.* Quamquam ratione quarundam personarum, & quorundam criminum maior aliquando numerus testium requiratur iure tum ciuili, tum canonico. Inter testes autem non numero accusatorem, ille enim excitat iudicem ad inquirendum de crimine, aut de reo, non autem testatur; quando tamen notum est crimen, etsi occultus sit author aduersùs quem duo testes deponant, posset damnari sine accusatore, attento saltem iure naturali gentium, & diuino positiuo, vt probat Less. *cap. 30. num. 29.* Obtinuit verò consuetudo vt leuia facinora plectantur leuioribus pœnis quibus non sit annexa infamia, vnius testis depositione, vt fures fructuum deprehensi à custodibus.

2 Duo testes vt validè probent, debent primò esse iurati, *c. nuper, de testibus.* Secundò esse contestes, hoc est de eodem facto testari secundùm speciem, locum, tempus, & alias circunstantias. Tertiò percepisse sensu externo delictum, & non sola auditione aliorum. Quartò esse oportet idoneos, quibus nihil obijci possit.

3 Nam repelluntur à ferendo testimonio, primò seruus ob timorem domini. Secundò mulier in criminalibus, propter fragilitatem sexus. Tertiò minor viginti annis in criminalibus, quamquam eius depositio sit indicium ad capturam; in ciuilibus admittuntur puberes. Quartò inimicus rei. Quintò consanguinei accusatoris vsque ad quartum gradum, quamquam aliquando rei consanguinei ab eius defensione non reijciantur. Sextò domestici ipsos producentis. Septimò infames seu iure, seu facto. Octauò viles personæ quas suspicio est facilè corrumpi. Nonò periuri. Decimò socij criminis qui vt aliorum gratia valeant in eos deriuant facilè delictum. Hi omnes minus idonei testes habentur, & non faciunt semiplenam probationem, faciunt tamen indicium quod cum aliis coniunctum sufficiat ad torturam. Quando etiam delictum actum est in eo loco, aut tempore, in quo non possit haberi copia testium idoneorum, vt in sylua, aut nocte homicidium commissum, valent, & vnus idoneus aliquando aliorum defectum supplet. Si testis aliud affirmet in iudicio, aliud extra illud, ordinariè standum est iis quæ dixit in iudicio.

4 Testis legitimè & iuridicè interrogatus tenetur fateri veritatem, nisi certam habeat causam reticendi, quia tunc subditur iudici, vt superiori. Causæ autem tacendi sunt. Primò crimen occultum quod probari non potest, aut cuius non præcessit infamia, etsi enim inquirere possit iudex, non tamen potest authorem adhuc occultum interrogatus prodere, Quod idem dico quando iudex procedit non via inquisitionis, sed accusationis & denuntiationis, non tenetur testis fateri & testari, si crimen non potest plenè probari. Ita Less. *cap. 30. num. 49.* quamuis contraria sententia sit communior, apud Bonac. *disp. 10. de peccatis, quæst. 3. punct. 3. num. 5.* Secundò confessionis sacramentalis secretum quod nulla ratione violandum est. Tertiò secretum naturale quo quis consilij causa crimen suum apud te deposuit, nisi illud delictum sit adhuc futurum, aut in detrimentum communitatis, vel priuati vergat, quod erit impedimentum. Quartò iusta compensatio priùs facta. Quintò timor grauis damni, seu in suis bonis, seu in proximus affinibus, aut consanguineis.

Nullus tenetur offerre se ad testandum quando ex suo testimonio alicui causaret mortem, quia non obligatur ex charitate vni succurrere cum tanto detrimento alterius. Si autem testimonium alicuius ad vitandum damnum proximi graue, vt vitam, necessarium sit, quia cùm sit innocens, probatur tamen nocens, tenetur vltro testari eius innocentiam ex charitate, non ex iustitia, quia non tenemur in aliis etiam necessitatibus, aut aliis modis succurrere, nisi ea charitate, vnde sequitur non nasci obligationem restitutionis ex omisso testimonio, cùm violatio charitatis non obliget ad restitutionem. Qui præuidens se citandum, interrogandum fugit, & alia arte declinat ne testetur, non peccat contra iustitiam, ex Less. *cap. 30. num. 58.* Rebell. *lib. 2. de restit. quæst. 14. sect. 8. num. 63.* Sayr. *in claui lib. 12. art. 20. num. 26.* & aliis contra Sotum *lib. 5. de iust. q. 7. art. 1.* Regin. *lib. 24. num. 46.* quia nullus contrahit obligationem ortam ex præcepto superioris antequam præceperit, vnde, vnde oriatur vt non præcipiat. Qui verò citatus eludit citationem, & aliqua arte euitat testimonium, ex communi sententia peccat contra iustitiam. Contrariam tamen putat probabilem Lessius *cap. 30. n. 590.* vbi ait ita plures Doctores in Academia Louaniensi existimare, Molinam *tract. 2. disp. 83. num. 9.* Bonac. *p. 3. cit. num. 13.* neque reiicit Filliuc. *tract. 40. num. 258.* quia præceptum superioris hîc tantùm obligationem obedientiæ inducit, vnde etiam sequitur non teneri testem ex iustitia respondere aut iurare se dicturum veritatem, & si iurauit, non tenebitur ex iustitia dicere veritatem, quod postremum reiicit Bonacina, quia illud iuramentũ esset promissorium, & ex promissione sequitur obligatio iustitiæ, quod alibi fuit reiectum, nam promissio non obligat nisi ex fidelitate. 5

Qui inculpabiliter dixit falsum testimonium, non tenetur ad reparationem damni inde consequuti, ex communi sententia, apud Bonacin. *p. 3. cit. numer. 15.* quia neque ratione rei acceptæ, neque ratione iniustæ damnificationis tenetur. Qui sciens & culpabiliter falsum testimonium tulit, dãna inde nata resarcire tenetur, propter iniustam damnificationem, vt sæpiùs dictum fuit, nisi eius testimonium accesserit crimine iam plenè probato, & reo conuicto, ita vt nihil effecerit ad damnationem, tunc enim non fuit causa efficax damni, vt diximus aliàs de iniustis suffragiis ad quempiam damnandum. 6

Accipere aliquid pro ferendo testimonio vero nõ est peccatum, nam pro eo ad quod tantùm ex charitate obligaris, stipendium capere fas est. Pro testimonio falso peccatum est, vbi tamen dictum est testimoniũ non obligatur ad restitutionem, vt diximus aliàs de promissionibus ob turpem causam.

ARTICV

ARTICVLVS VIII.

De probationibus.

Probatio quid. 1.
Eius species. 2.
Qui probandum. 3.
Quando probandum, & quæ dilatio danda. 4.
Cui incumbat probare. 5.
Regula prima. ibidem.
Exceptiones ab ea regula. 6.7.8.
Regula secunda. 9.
Regula tertia. 10.
Vnde ducantur probationes. ibid.
Probatio per testes. 11.
Probatio per instrumenta. 12.13.14.15.16.
Probatio per apocham. 17.
Probatio per antapocham. 18.
Per codices domesticos. 19.
De falsitate instrumenti, & comparatione litterarum. 20.
Per confessionem rei. 21. 22. 23. 24. 25. 28. 29.30.31.
De interrogatione praeuia confessioni. 26. 27. 28.29.30.31.32.
An simulatione liceat iudici decipere reum vt confessionem extorqueat. 31.32.
De confessione minis aut tormẽtis extorta. 33.
An iudex vti possit scientia iniustè comparata. 34.35.
Probatio per reuelationem complicis. 36.
Purgatio canonica. 37.38.
Per iuramentum. 39.
Per iudicium crucis. 40.
Per susceptionem Eucharistiæ. 41.
Probatio vulgaris per duellum. 42.
Per ignem & ferrum candens. 43.
Per aquam calidam, vel frigidam. 44.
Per fontes. 45.
Per diuinum iudicium. 46.
Per panem & caseum. 47.
Per sortes. 48.
Aliæ probationes. 49.50.51.
De indiciis. 52. 53.
De fama. 54
De fuga rei. 55.
Certarum rerum probationes. 56.
Probatio originis. 57.
Subiectis partus. 58.
Quomodo probetur libertas, & ingenuitas. 59.
Ætas. 60.
Solutio. 61.
Liberatio. 64.
Possessio mala fidei. 62.
Dominium. 63.
Matrimonium. 65.
Virginitas. 66.
Sagarum crimen per stigma dæmonis. 67.

1 PRobationem definiunt non malè nonnulli, demonstrationem factorum, dictorumve faciendam iudici de causis apud eum controuersis cognoscentis; cùm enim actoris assertionibus aduersarius contradicit, res & causa dubia fit, opus est externis quibusdã adminiculis, vt veritas tandem deprehendatur, vt ex eiusdẽ cognitione deinceps de tota controuersia rectè & legitimè pronuntiari possit. Quare post litis contestationẽ sequitur statim probatio eorum quæ ab actore allegabantur, & ab aduersario reiiciebantur. Dixi verò probationẽ esse faciendam iudici, non aduersario, quia nunquã illi satisfieret, etiamsi omnia probationum adminicula adducerẽtur. Vides igitur probationum vsum inductum fuisse propter causas in iudicio controuersas, vt certò constet variarum rerũ adminiculo, quid iudicẽ aut absoluendo, aut condẽnando sequi oporteat. Ideóq; alij probationem definiunt id quod ex testium dictis, aut instrumentorum scriptura sumitur ad fidẽ necessariò faciendam, idque in omni iudiciali controuersia necessarium est: quare Hesiod. *lib.* 10. *Πᾶσα δίκη καὶ κρίσις διὰ τὰς μεγίστας ἀποδείξεις ἤδη τὰς τε ἐγγράφους εἶναι, καὶ τὰς ἐκ τῶν μαρτυριῶν βεβαιοῦται.*

2 Probationis species duæ sunt, vna plena ac iusta, quæ tantã fidem facit, quanta necessaria est, & sufficit ad litẽ definiendam: altera est semiplena & imperfecta; per eam enim fit quidẽ aliqua fides iudici, non tamen tanta, vt eam sequi debeat in iudicio, aut etiã tuitò possit, quare aliqua adminicula quærenda sunt, & grauiora, atque vrgentiora argumenta. Vnde vides probationem à præsumptione, & indiciis differre, quòd neq; præsumptiones rẽ certò manifestent, sed coniecturã duntaxat faciunt, aut verisimilitudinem, vel suspicionem paulò grauiorem iniiciunt, qua permotus iudex veritatẽ vlterius inquirat, & exploret diligentius. Aliqui tamẽ hæc omnia simul explicant, eo quod vel faciant probationem aliquam, sed leuiorem & insufficientem, vel ad certam probationem quærendã incitent. Hanc porrò probationum materiã amplam, ac diffusam quatuor capitibus breuiter complectemur. Primò quid, & quando probãdum. Secundò cui incũbat probatio, quisue eius futurus sit effectus. Tertiò vnde desumi possint probationes, siue quæ sint idoneæ probationes. Quartò quænam in singularibus quibusdam casibus probationes adhibẽdæ sint. Quibus explicatis, totum ferè titulum *D.lib.* 22. & *C.lib.* 4. *de probationibus*, & *titulo* 19. *de probationibus*, 2. *decretal.* explicatum habebis. Cætera quæ ferè forensia erunt petes ex Doctorum commentariis, & ex pragmaticis.

3 Et quod attinet ad primum caput, certum est probandum esse illud de quo controuertitur apud iudicem, cuicunque tandem onus incumbat probandi neque in hoc primo dicto potest esse difficultas, cùm quæstio proposita definiri nequeat à iudice, nisi altera eius pars illi probetur.

Preferenda verò est probatio statim post contestationẽ litis, nisi ex causa legitima dilatio aliqua cõcedatur à iudice, vt & totius iudicij; ipso enim dilato, differri poterit, & probationũ exhibitio non conceditur antẽ nisi causa cognita, *l. à procedente* 4. *C. de dilation.* & *l. inter* 6. *C. eod. l. vlt. in fine. D. de feriis & dilation. l. argentarium* 45. *in princip. D. de iudiciis*; & *l.* 1. *§. fin. C. vt intra certum tempus.* Causæ verò concedendæ dilationis plures enumerantur in iure, nam primò si reus possessor nominet authorem, vel dominum domus, danda est ei dilatio ad denuntiandũ, *l.* 2. *C. vbi in rem actio exerceri debeat.* & *Nou.* 68. *§. quod si alter.* Secundò si fideiussor, vel mandator opponat exceptionem de reo principali, prius conue-

niendo & adducendo, si absit, *Nouell. 104. §. postulet igitur*. Tertiò reo quandoq; datur ad excipiendum, *l. 2. C. de dilation.* & *Nou. 53*. Quartò probationum & instrumentorum afferendorũ causa. *Nou. 110. l. notionẽ 99. §. fin. D. de verb. sign.* Si tamen Princeps ipse cognoscat, vel ad appellationẽ, consultationẽve rescripserit, *l. cùm à nobis 5. C. de dilat.* Quintò si instrumenta litis sint apud absentes Reipublicæ causâ, *l. interdum 26. D. de iudic.* Non tamen si aliqui litis consortes abesse dicantur, *l. non idcircò 44. de iudic.* Septimò defuncto cognato, vel si absint litigatores, *l. 16. in princ. D. eod.* Denique si disputatio causæ sit concluenda, *Nou. 115*. Pro varietate autẽ causarum ob quas conceditur dilatio maior aut minor, longior aut breuior conceditur, vt locis allatis videbis, & quoad dilationẽ probationũ de quibus agimus modo *l. 2. C. de dilation. de tempore necessario ad exhibendas probationes conced.* Feriæ porrò in tempore dilationibus concesso numerantur, *ex l. fine part 3. C. de dilat.* In omnibus pecuniariis causis dilatio non nisi semel tribui potest; in capitalibus, Reo tres, accusatori duæ dari possũt dilationes, *l. in pecuniariis 10. D. de fer. & dilat.* & *l. 1. §. fin. C. de dilat.* Aliquando tamen causa cognita amplius quam semel, vtilitatis litigantiũ gratia, datur dilatio instrumentorũ secundùm moderamen locorũ, maximè si quid inopinatũ emergat, *l. in oratione 7. D. de fer. & dilat.* vbi etiã dicitur defuncto eo, cui data fuerat dilatio, iterũ eius hæredi dandum esse. Concessa porrò dilatione, iudicis officium conquiescit, donec effluxerint petiti tẽporis curricula, *l. sine pars 3. C. de dilat.* & temporis præscriptio non currit, *l. 2. §. in omnibus, D. de iudic.*

5 Secunda quæstio erat cuinam incumbat probatio; estque vniuersalissima regula: Affirmanti, siue dicenti, non autem neganti incumbere probationẽ. Quam regulam disertè tradit Paulus *in l. 2. D. de probationib.* quare eum qui voluntatem mutatam dicit, hoc probare debere ait Vlpian. *l. cum qui 22. D. eod.* Debitor qui solutam pecuniam affirmat, eius rei probationem præstare debet *l. 1. C. de probation.* & *l. vlt. C. eod.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere debet dolum admissum esse *l. quoties 18. §. qui dolo, D. de probation.* Patronus manifestè docere debet libertum in fraudẽ suam aliquid dedisse, vt eius partes auocare possit, *l. patronus 6. D. de probat.* Emptor probare debet seruum de quo quæritur, fugisse antequam emeret, *l. emptorem 4. D. eod.* Papinianus ait eum probare debere gentem suam, & genus qui eius esse se dicit, *l. 1. D. de probat.* Cùm de lege Falcidia quæritur, hæredis probatio est locum habere legem Falcidiam, quod si probare non possit, meritò damnabitur, *l. cum de 17. D. eod.* Innumera alia exempla passim occurrunt in iure.

6 Aliquas tamen exceptiones patitur hæc quamuis vniuersalissima Regula, nã primò si is qui negat illod ipsum aliàs confessus eret, deinde illud neganti incumbet probatio; quia nimis indignũ esse iudicarunt Imperatores, vt quod sua quisq; voce dilucidè protestatus est, id in eundẽ casum infirmare, testimonióque proprio resistere, *l. generaliter 13. C. de non numerata pecunia.* Concordat *l. cum precibus 18. l. de indebito 25. §. fin. D. de probat. l. quidam 15. D. eod. l. non epistolis 13. l. non nudis 14. Cod. de probation.* Si tamen quis indebitum cauit generaliter, non adiecta causa ex qua debeatur, & deinde debitum negauerit, non ipsi neganti, sed affirmanti incumbet probatio, *l. 25. § fin. D. de probat.* Si obiiciatur exceptio non numeratæ pecuniæ probare debebit creditor numeratam à se fuisse pecuniam *l. si ex cautione 1.* & *l. adseueratio 10. C. de probation.* Si tamen argentario eiusmodi non numeratæ pecuniæ obiiciatur exceptio, non tenebitur probare argentarius, *Nouell. 136.*

7 Secundò qui indebitũ condicit, ac proinde negat id quod solutum est debitum esse, id probare debet, *l. cùm de indebito 25. D. de probat.* Si tamen is cui indebitum solutum esse dicitur, solutionem negauerit, fueritque conuictus, eius erit probare debitum fuisse quod accepit. Deinde si is qui soluit facilè errare præsumatur, vt pupillus, minor, mulier, miles, agricultor, rerum forensium inexpers, simplex & desidiæ deditus, qui accepit ab illo, ostendere debebit debitum sibi fuisse quod accepit, *citata l. 25. §. sin autem*: quam legem omninò consule.

8 Tertiò quando præsumptio est pro affirmante, nõ tenetur probare, quare quando ex præsumptione libertas præstita esse videtur, hæredis est contrariam voluntatem testatoris probare, *l. generaliter 24. §. sed etsi. D. de fideicommissariis libertat.* Vide alia exempla in *l. licet imperator 76. D. de legat. 1.*

Quartò quando iure factum esse negatur, quod factum fuit, incumbit neganti probatio, *l. ab ea 5. D. de probation. l. in exceptionibus 19. §. sed etsi procuratoria. D. eod.* Ratio est quia quidquid factum est, iure factum esse præsumitur. *Inst. de fideiussoribus. §. fin.*

Quintò filius negans se in potestate patris esse, id probare debet, *l. si filius 8. D. de probation.*

Denique quando dicitur instrumentum falsum esse, æquè neganti atque affirmanti incumbit probatio, *l. 1. C. ad l. Corneliam de falsis.*

9 Altera regula æquè vniuersalis est, actorẽ teneri probare suam actionem, *l. verius 22. D. de probation.* Quare possessori non incumbit necessitas probandi, sed petitori qui illum è possessione deiicere contendit, *l. 2. C. de probat.* & *l. frustra 8. C. eod. l. 2. C. de commodato.* Qui ancillam repetit ab eo cui commodat ministerij temporalis causâ, id probare debet. Qui se minorem viginti quinque annis proponit, de ætate probare debet, *l. cùm te 9. C. de probation.*

10 Tertia regula, Reus tenetur probare suam exceptionẽ *l. in exception. 19. D. de probat.* quia tunc reus actoris partibus fungitur. Consentit *l. quinquaginta 12. D. eod.* nisi tamen præsumptio sit pro reo excipiente, *l. si pactum 9. D. eod.* Præterea si exceptio sit negatiua, eius probatio affirmanti actori incumbit, *l. adseueratio 10. C. de non numerata pecunia.* Consentit *l. ante omnia 23. l. quoties 18. l. non est 11. D. de probation.* vbi huius rei reperies exempla, & *in l. 1. §. sed etsi. D. de magistrat. conueniend.*

11 Quæstio tertia petit, vnde desumendæ sint probationes ad faciendam fidem iudici, siue quænam in probationum argumenta possint afferri. Varia prorsus & diuersa illa maioris & minoris sunt efficaciæ, nos præcipua enumerabimus, nullo tamen seruato religiosiùs ordine, & quam vim habeant, paucis indicabimus.

Primò quidem luculenta & idonea probatio fit per testes, de quibus quantum nostro instituto satis est, diximus articulo superiori, neque huic probationi aliquid amplius adiiciendum est.

12 Secundò probatio sumitur ex instrumentis, ideóque habetur titulus in *D.* & *C. de fide instrumentorũ.* Et instrumentorũ quidem nomine designantur omnia quibus causa instrui potest, siue ea testimonia sint, siue personæ, *l. 1. D. de fide instrum.* ideóque difficilè esse separare & distinguere omnia quæ instrumentorum nomine comprehenduntur, dixit *l. notionem 99. D. de verb. sign.* Accipimus tamen hoc loco pressiùs hanc vocem pro tabulis & scripturis,

quæ

quæ constituunt alteram ratæ, fixæque probationis speciem, eandemque fidem obtinent, quam probatio per testes, vnde in iure dicitur fides testium, & fides instrumentorum, immò conscribuntur instrumenta ne sit opus vlla fide testium. Bald. *consil.* 400. *lib.* 5 *probationes probatas* appellat, & tantæ authoritatis, vt de ipsis dici possit, *noli me tangere.* Eandem vim huius probationis pluribus docet Tiraquel. *de retract.* §. 2. *gloss.* 1. *n.* 10. & Thomas Grammaticus *decision.* 45. *Neapolitana*, modò si nihil sit κατ' ὄψιν, quod minuat eorum fidem, quia, vt loquitur Imperator *in l. vlt. C. de edicto Diui Adrian. tollen. Si non sit cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque sua formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat.* Qui ex eiusmodi instrumento, testamentove egerit, superior in lite erit. Denique *cap. cùm Ioannes, de fide instrumentorum, fides, & depositiones testium eandem vim obtinent.*

13 Instrumētum aliud est publicum, aliud priuatum. Publicum est quod publica manu, v. g. tabellionis legitimè confictum est *c. 2. de fide instrum.* acta quoque iudicij apud iudices conscripta a duobus testibus, qui fidē notarij publici supplere possunt, publicam fidē merentur, *cap. quoniam de probation.* immò consuetudo obtinuit vt protocolla notarij, aliáue à simili persons in plublicis actibus scripta sine alia obsignatione, vel subscriptione fidem faciant si non sit fraudis suspicio, & non agatur de rebus magni momenti, quod idē de libris censualibus, & aliis libris antiquis, Abbas *in cap. ad audientiā de præscript. n.* 11. & *in cap. cùm causam, de probationib.* Myringer. *cent. 6. obseruat.* 26. dixerunt. Instrumentum priuatū est priuata Scriptura, à priuato homine nulla publica authoritate confecta, cuiusmodi sunt calendaria, codices rationum, tabulæ domesticæ, schedia, epistolæ, chirographa, & eiusmodi alia.

14 Instrumenta publica vt fidem faciant, & sint legitima, debent tabelliones, conficiendi instrumenti mandatum accipere, & cùm absoluitur, illi interesse *Nou. 44. in princ.* & *l. contractus* 16. *vers. etsi, C. de fide instrum.* Debent & à partibus subscribi, *in cit. l. contractus*, nisi literas nesciant, quo casu alius earum loco subscribere potest, *l. libellorum* 3. §. *item subscribere, D. de accusation.* & *Nouell.* 73. Modum verò conficiendi instrumenta apud Romanos explicat *citata Nouell.* 44. contractus enim suos primè scribebant notarij notis, dicebanturque tunc, σχίδαι, quia quandiu non accepissent complementum, quidquid scriptū erat lacerari poterat, σχίζειν enim, est lacerare; vbi verò, quod per varias lituras consensu partium præscriptum fuerat, chartæ puræ, quā χαρτὴν καθαρὸν, nominat Nouella, mandatum erat, & vt loquitur *l. contractus* in totum mundum receptū, totum negotium absolutum dicebatur, eratque πλήρωσις καὶ τέλειωμα τῦ συμβολαίο, inquit Nouella. Brisson. ait schedam fuisse, minutam vt loquimur, originalem, quod reiicit Mornac. *in l. contractus cit.* distinguit enim duplices schedas, alias quæ, vt diximus, erant exempla quædam conuentionis, quæ mutato contrahentium consensu emendabantur, & inducabantur siue appositis ad oram chartæ notis, siue lineis interlinearibus, & vbi demùm prolata erant, in mundum redigebantur, quod vulgò dicimus, *mettre le broüilliart au net*; tuncque contractus in scriptis esse dicitur, non tamen adhuc completus & absolutus, nisi omnes qui contrahunt subscripserint. & maximè qui instrumentum conficit tabellio, & tunc scheda, illa laceratur, eaq; est de qua loquitur *l. contractus*, & *Nouella* 44. Alia verò sunt schedia quæ sibi seruant notarij, actuarij, tabelliones, exceptoresque forenses, quæ schedia sunt ipsa autographa, & archetypa contractuum actorumque iudicialium, quibus sacratius nihil: sapienter enim Theodoric. apud Cassiod. *lib.* 12. *Epist.* 21. *Fortunæ vniuersorum refugium & securitas armaria tabulariaque illa sunt.* De necessaria verò tabellionis subscriptione ad valorem contractus, agit Mornacius *in l. contractus*, & Senatus decreta plura refert. Plurima alia circa formam instrumenti seruanda præscribit *Nouella* 44. vt de chartarum qualitate. *Nouella verò* 47. de nomine Imperatoris præponendo initio instrumenti. De non scribendo obsoletis, & obscuris litteris, sed vulgaribus *Nouell.* 73. De testibus adhibendis & denominandis, qui & ipsi instrumentum subscribant, si quantitas de qua instrumentū conscribitur, quinquaginta libras auri excedat, *l. vltima, C. si certum petatur.* Nouella tamen 73. mutauit hanc quantitatem, & ad auri libram restrinxit. In agris tamen vbi hæc omnia seruari facilè nequeunt, necessaria non erunt ista solemnia, vt eadem constitutio 73. sanciuit. Sed de his iterum aliquid inferiùs artic. proximo, vbi de tabellionibus.

Instrumenta igitur publica ritè confecta modo explicato fidē faciunt, *l. in exercendis* 15. *C. de fide instrum.* nisi aliquis illis defectus obiiciatur, vt si imperfectū, & non absolutum sit instrumentū, si falsum, idq; ex comparatione literarum deprehēdatur, *Nou.* 73. aut confessione illius qui illo vtitur *l. si aduersùs* 3. *C. de fide instrum.* debetq; exhiberi instrustrumentū ipsum, non eius exemplum *l. 2. de fide instrum.* nisi tamen manu ipsiusmet commentariensis fuerit annotatū, *l. in fraudem* 45. *C. de iure fisci.* Deinde non probat instrumentum, siquid in illo contra voluntatem alterius partis scriptū sit, idq; probetur, *l. cū precibus* 18. *C. de probation.* aut si ostendatur interuenisse errorem, *l. illicitas* 6. §. *veritas, D. de officio præsid. l. 2. C. de errore aduocatorū*; aut si aliud scriptū sit quàm quod actum est, *l. 1. C. plus valere quod agitur.* & *l. 2. 3. 4. & vltim. C. eod. l. quamuis. C. si quis alteri vel sibi. l. multùm interest* 6. *C. eodem. l. si ancillam* 7 *C. de contrahend. emption. l. si cum* 17. *C. ad S. C. Velleian. l. cū ea* 21. *C. de transaction.* & alibi, quibus locis varia exempla afferuntur. Si quid tamen abundans in instrumento ponatur, non idcircò vitiatur, *l. non solent* 94. *D. de regul. iuris. l. verba superflua* 47. *de donat. l. testamentum.* 17. *C. de testam. l. Pediculus* 33. *D. de auro leg.* Si verò pugnantia in eo sint, infirmatur, *l. vbi pugnantia* 48. *D. de regul. iuris*, sicut & si diuersæ scripturæ proferantur, quæ sibi inuicem fidem derogent, *l. scriptura* 14. *C. de fide instrum.* 15

Exhibenda porrò sunt instrumenta apud iudicem atque etiam alibi, vbi iusta causa id postulauerit, *l. iudices* 17. *C. de fide instrum.* quo loco statuit Iustinianus primò vt si testes audiendi morentur in alio loco, quàm vbi iudicium cœptum est, rogetur iudex loci illius, vt eos audiat, atq; committat examen, nos dicimus cōmissionem rogatoriā, quando iudex cui committitur non est inferior cōmittenti, si inferior est, dicitur cōmissio simplex, habetq; speciem mandati, quando tamen res maioris momenti sunt, ipsi iudices in prouincias eunt, vt corā ac præsentes audiant, & examinent singula, in quam causam sæpe ipsi Senatores mittuntur à Curia. Secundò statuit Iustinianus, vt cum instrumenta archetypa transferri non possunt, iudex mandet loci illius iudici, vt apud se deponat id de quo fuerit controuersia, & apud eum videant, & expendant ij quorum intererit, & exemplum etiam accipiant. Istud porrò verum 16

est in causis ciuilibus, nam in criminalibus id fieri vetat *Nou.* 90. in illis siquidem debet iudex per seipsum, & non per alium ista agnoscere, & expendere, cùm præsentia præsertim in examinandis testibus, plurimùm conferat.

Instrumentum semel productum, poterit tamen falsi argui ab aduersario si iuret se posse demonstrare falsum esse, & lis adhuc pendeat; ita Imperator *l. cum quidam* 20. *C. de fide instrum.* Cui constitutioni consentit vsus hodiernus, nam pendente lite, & ante vltimum iudicium communia sunt vtrique litiganti prolata ab ambobus instrumenta, & accipi possunt exempla authore iudice, & falsi argui quodcunque ex illis, vide Vidum Papium, *q.* 171. & *q.* 503. Molin. *ad consuetud. Parisi.* §. 5. *n.* 18. & 59. Boer. *q.* 252. & Mornac. *ad l.* 73. *D. de inoffic. testament.*

Constituit præterea Iustinian *citata l.* 20. eum à quo petitur instrumentum ad falsitatem ipsius arguendam, cogi non posse illud edere, si iuret vel concrematum, vel deperditum casu fortuito fuisse, neque apud se esse, aut alij dedisse, aut dolo fecisse quominus exhiberi posset, eoque iuramento præstito, causa semel dicta, non poterit amplius retractari, quantum verò ad vsum hodiernum, vide Mornac. *ad l. iubemus, penult. C. de probation.*

Quod verò ad retractationes litis quæ fiunt, & impetrantur per supplicationes ciuiles, vt vocant, vel propositiones erroris, vel denique sed rarò & ferè semper infœliciter per reuisiones, res merè forensis est, & à nostro aliena instituto. Consule eundem Mornacium *ad hanc l.* 20. & aliis locis, quæ ipse ibidem indicat.

17 Cùm igitur instrumentum verum & legitimum fidem faciat, hinc fit vt apocha solutionem ordinariè probet, *l. pecunia* 14. *C. de solution. l.* 2. *C. de apochis publicis*; modò tamen tribus testibus subscripta fuerit, *l. super chyrographariis* 17. *C. si certū petatur*, & is cui solui potest apochā dederit, alioquin inutilem dabit, *l. vnica. C. de solution. & liberat. debitor. ciuit.* Si præterea verè solutum non sit, apocha non liberabit, in eóque diximus aliàs apochā ab acceptilatione deferre, *l. si acceptolatū* 19. §. *fin. D. de accept.* confirmantque hoc casu apochā non liberare debitorem, *l. neque* 6. *de compensation. l. si inter* 6. *C. de solution.* & *l. si obligatū* 13. *C. eod. l. ex pluribus* 89. *D. de solut.* Aliquando tamen aduersus apocham non licet opponere exceptionem numeratæ pecuniæ, nisi conscripta sit gratiâ publicarum functionum, *l. vlt. C. de apochis publicis*; si scriptum sit dotem fuisse solutam, *l. in contractibus* 14. §. *sed quoniam. C. de non numerata pecunia.* Debetque intra triginta dies debiti non soluti exceptio vel querela offerri, *l.* 14. *citata*, §. *super cæteris.* Denique debet apocha publica subscribi à tabellione, *l.* 2. *C. de conuenien. fisci debitor.*

18 Antapocha probat sibi debitum esse, estque apochæ contraria, nam apochâ debitor probat se soluisse, vt actionem creditoris excludat. Antapochâ creditor probat sibi reditus, pensiones, vsuras solutas fuisse, vt præscriptiones temporis submoueat, vel vt expellat colonū sese in libertatē asserentem, itaq; antapocha est exemplū apochæ subscriptū à debitore, & creditori datum, quam definitionē probat Cuiac. ad *Cod. de apochis publicis*, & *l. plures* 18. *C. de fide instrumentor.* In quam legem obseruat Mornac. vix vsum antapochæ hodie haberi nisi in emphyteusi. De apocha dixi *lib. superiori, cap.* 1. *art.* 9. *n.* 14. & eius nominis notatione, quibus hæc pauca loco citato placet attexere. Dicitur apocha passim in iure securitas, & *ἀμεριμνία*, & *ἀποδειξις*, in *Nou.* & in libris *βασιλικῶν* Petron. *Redde mihi apodexim defunctoriā*, id est remissionē senilis ætatis. Cassiod. *lib.* 11. *Meritò testimoniū solutionis dicitur securitas, de quo non solùm animus, sed & substantia cōmunitur.* Sidon. *Contributa securitatibus consule.* Dicūtur in Nouell. 130. recauta. Græci vertunt *ἀντιφωνήματα*. Aug. de cura pro mortuis, vbi esset recautum quo illa cautio vacuata fuerat, indicauit. Marculf. in formulis, euacuatoriam nominauit *lib.* 2. *c.* 35. ab euacuanda obligatione. Sic Græci aliquando *ἀμεριμνίαν*, & nostrū *quittance, quitter, à quietatione, & quietare*, qui enim ære alieno se liberat, animi quietudinem assequitur, & se magna sollicitudine & cura exoluit. Fuisséque hoc verbum in vsu ante 400. annos ostendunt, quæ Fornerius *lib.* 6. *rerū quotidianarū c.* 28. excerpsit ex veteri libro, qui in cœnobio S. Maximi adseruatur: inde quoque *acquietare, quietum reddere.* Leges veter. Scotiæ *lib.* 3. §. 4. *Si ad illum terminum debitor non acquietauit vadium suum*: si non ab omni periculo soluendi pro debitore liberarit fideiussorem suum. Denique *quietantia* à Paulo IV. *in Bulla confirmationis Apostolica, tom.* 1. *Bulla, qui generalem quietantiam fecerit.*

Sed pergo ad instrumēta priuata quæ sunt scripta domestica, vt codices rationum: hæc non probant pro scribente, sed contra ipsum *l. exemplo* 7. *C. de probation.* & *l. vlt. C. de conueniendis fisci debitoribus*, *l. verba* 6. *C. de testam. l. rationes* 6. *l. instrumenta* 5. *C. de probationibus.* Solebant enim Romani singuli habere rationum codicem in quem referebant diurna omnia acta, vti fusiùs diximus in opere de vsuris, & quē actores edi sibi aliquando postulabant à iudice, qui non nisi prudenter id iubere debebat *l.* 2. *C. de edendo.* Hic autē liber domesticus nihil probabat nisi contra ipsummet scribentē, vt dicitur in constitutionibus allatis, quod etiā hodie seruatur. Quare Mol. *ad consuetudines Parisiens.* §. 5. *n.* 6. ait scripturam merè priuatam, nullum probationis gradum facere, licèt illa sit antiquissima: si tamen ex aliquo loco nō suspecto, v. g. archiuio publico promatur aliquod instrumentum, faciet indicium, quod etiam ex priuatis epistolis sumitur, *l. publica* 25. §. *Titius. D. depos.* & *l. Imperator* 29. *D. de probation.* & *l. non nudis epistolis* 10. & *l. non nudis assertionibus* 14. *C. de probationibus.* Siquidē probationem adiiciunt, nō conficiunt. 19

Quia verò hæc omnia instrumenta tū priuata, tū publica, sunt aliquando supposita aut adulterata, eorum falsitas deprehendi sæpius solet ex literarum cōparationibus, quando nulla ratione fides instrumenti constare potest, *l. comparationes litterarum* 19. *C. de fide instrum.* & *Nou.* 73. vbi, quatenus, & quomodo ea comparatio facienda sit, docetur. Debet enim qui instrumentum profert, & aduersarius, & qui comparationē faciunt iurare se nullius prauitatis conscios esse, nihilque dolo egisse, adhibérique exactissima diligentia, & cum iis quæ publicè, & nō tantùm priuatim conscripta sunt, institui comparatio, quæ omnia traduntur *Nouell.* 73. & *l.* 19. *C. de probat.* Si tamen priuata scriptura trium testium subscriptionibus foret munita, cum ea fieri posset comparatio, aut si quis cum scriptura ab aduersario prolata fieri comparationem velit, *Nouell.* 50. In hac tamen literarum comparatione temerè summa rei ponenda non erit, vt habet *Nouell.* 73. cùm ea comparatio sit tantùm argumentum à verosimili, quo nihil fallacius, quia ætas, valetudo, temporis opportunitas, aliáque permulta naturalem, vt ita dicam, mutationem sæpiùs faciunt, vt dixit de mutatione operarum Vlpianus *in leg. non sortem* 16. §. *sed si*, *D. de condiction. indebiti*, 20

quare

quare Thom. Grammaticus, *decision.* 84. *Neapolit.* existimat non sufficere vt quis dicat scripturam defuncti esse veram, sé que illam agnoscere, vt qui sæpiùs defunctũ scribere viderit, nisi affirmet se præsẽte illud scriptum scripsisse, quia mangones & falsarij, ita penitè imitantur aliorum scripturam, vt etiam perspicacissimos fallat. Vide Mornac. *in l. vlt. C. de sacrosancta Eccles.* & *in l. 19. c. de fide instrum.* Fidem tamen facit scriptura dum ex archiuio publico promitur, regio, dominico, Ecclesiastico, *Nouella* 50. modò tamen, vt obseruat Ioannes Faber, authore iudice fiat. Requirit præterea Molinæ. *ad consuetud. Paris.* § 5. *n.* 26. vt in eo archiuio solæ scripturæ reponantur, & illius loci cura ac custodia sit penes vnum aliquem authoritate publica. Vide Carolum Loysean. *lib. 2. de offic. cap.* 6. & Aimon. Crauetam *lib. de temporibus.* Eiusmodi archiuia etiam domestica fuisse olim, habes *l. si mihi* 92. § 1. *D. de legat.* 3. *In fundo autem vno, & his qui prælegati sunt, tabularium est in quo sunt & plurium mancipiorum emptiones, sed & fundorum & variorum contractuum instrumenta, præterea & nomina debitorum.* Atque hactenus de probatione ex fide instrumentorum.

21 Tertia probatio sumitur ex confessione rei, ea enim valet aduersus confessum, eiusque hæredes ipso iure, nisi tamen contrarium probetur, vt habes in *l. Epistolis* 13. *C. de probation.* & *l. cum indebito* 25. *D. eod.* Nihilominus si testator scripserit in suo testamento se quidpiam ex causa depositi, aliáue simili habere, & se iurasse illud restiturum, itaque velle, non admittetur probatio in contrarium, *l. cum quis* 35. § *codicillis*, *D. de legat.* 3. Si etiam testator se debere scripserit, quamuis contrarium probari possit, dabitur tamen actio ex testamento, *l. penult.* 9. *quisquis*, *D. de legat.* 2. Præterea si testator scripserit se debere ei qui ex testament capere non potest, præsumetur in fraudem legis facta eiusmodi confessio, *l.* 27. *D. de probat.* & *l. cum quis* 35. § *pen. D. de legat.* 3. Si procurator debitoris scripserit omnia debitoribus esse soluta, non inde probabitur debitorem nihil debere procuratori qui pro ipso soluit, cùm potuerit de sua pecunia satisfacere creditoribus, & nõ de pecunia debitoris, *l. inquisitio* 18. *C. de solutionibus.* Si in Chirographo alicorum debiti causa confecto, fiat alterius debiti, de quo quæritur aliqua mentio obiter duntaxat, non inde statim probatur hoc debitum, quasi ex ipsius debitoris confessione & chirographo, *l. vlt. D. de probat.* ex Scæuolæ mente, & *Nouella* 119. Id tamen emendatum videtur *l. generaliter* 13. *C. de non numerata pecunia*, vbi si me, tibi aliquid debere ex antecedenti aliqua causa, v.g. emptionis, edixi, id est scripsi specialiter, probationes à te exigere non possum, confessionibus enim meis acquiescere debeo, neque cogendus es probare aliquid mihi vendidisse, vel te centum illa mihi numerasse, sed ipse probare debeo nihil te mihi olim vendidisse, neque hæc probatio perfunctoria esse debet, sed per apertissima argumẽta scriptis inserta, & tantisper dum probauero confessioni meæ præscriptio præstabitur, itaque ex reo partes actoris sustineo. Vide Mornac. *in eam l. generaliter.*

22 Secundò valet confessio quam moriens de modo sui patrimonij præstitit *Nou.* 48. vbi tamen videtur Imperator morituri iusiurandum exigere, vultque testatoris voluntatẽ in omnibus seruare, aut in omnibus respuere, non prohibet tamen quin creditores de modo patrimonij controuersiam moueant, cùm ex iure quæcunque quis pro se dixerit, vel scripserit, neque ipsi profutura, neq; creditoribus paritura sint præiudicium, illisque proinde licẽtia sit omnia perscrutari, quo velint modo; hæredem verò insistere his quæ à testatore edicta sunt oporteat.

Alia confessio iudicialis est cùm quis interrogatus à iudice, confessus est, id enim pro iudicato habetur *l. 1. D. de confessis, & l. Iulianus* 3. *l. certum* 6. § *si alia*, *D. eod. l. vnica. C. de confessis, l. 1. § final. D. de interrogat. in iure faciendis, l. si quis* 7. *l. si quis* 38. *D. eod.* Non nocebit tamen confessio vnius pro alio qui conuenitur, cùm res inter alios acta non præiudicet aliis, nisi tamen qui confitetur sit eius qui conuenitur, procurator, aut tutor, aut defensor, *l. certum* 6. § *sed an & ipsos*, *D. de confessis*, & *l. vlt. D. de action. & obligat.* hoc siquidem casu procurator, tutor & defensor qui alium fecisse confessus est, tenetur, *l. si sine* 9 § *Celsus. D. de interrogat. in iure faciend.* ipsi autẽ quem defendit nullum faciet præiudicium, sed ipsemet tenebitur aduersario, vt dixi, quod etiam dicitur *l. proinde* 25. § *si procurator*, *D. ad l. Aquiliã*; vbi in istos qui confitentur absentem vulnerasse, confessoria actio vtilis danda dicitur. Non nocebit etiam confessio minoris, nisi tutoris authoritas adfuerit, *l. certum* 6. § *in pupillo*, *D. de confessis*, qui et à minor in integrum restituetur, quod *citata lex* 6. affirmat. Quãuis autẽ doceatur esse falsum quod quis confessus est, eius tamen confessio contra ipsum valebit, vt si confessus sit se seruum occidisse, & homo occisus sit, nam si nemo occisus sit, cessabit Aquilia, vt scribit Iulianus, *l. vnde nec alius* 23. § *finali*, *D. ad l. Aquil.* Si fassus est se esse ex parte hæredem, ex quadrante, aut ex asse, fides ei contra se habebitur, *l. si is* 4. *D. de confessis*, *l. de ætate* 11. § 1. & 2. *l. si filius* 11. *D. de interrog. in iure faciend.*

Debet porrò id quod quis confitetur admitti vel à iure, vel à natura posse, *l. si is* 14. § *fin. D. de interrog. l.* 12. § *fin. l. si seruus* 16. § *fin. D. eod.* quibus locis varia exempla afferuntur. Debet quoque confiteri certum, & non incertum, vt si tantùm sit confessus corpus, Stichum, vel fundum se dare oportere. Qui confessus est rem, vrgeri debet, vt certam quantitatem fateatur, *l.* 6. *D. de confessis.* Si etiam per errorem aut ignorantiam confessus fuerit, ipsi succurrendum erit, vt filius qui respondit se patris esse hæredem, & mox prolato testamento reperitur exhæredatus *l.* 2. *D. de confessis*, *l. de ætate* 11. § *ex causa*, *D. de interrogat. in iure faciend. l. cum testamẽtum* 8. *C. de iuris & facti ignorantia, l. non idcirco* 9. *D. eod. l. non Epistolis* 13. *C. de probation.* Supponitur verò in facto erratũ esse, & vt absit culpa lata, vel dolo proxima, poterit etiã confessum re integra confessionis pœnitere, *l. de ætate.* 11. § *fin. D. de interrog. in iure faciend.* Poterit quoque vti exceptione aduersùs factum, ex quo agitur confessus, *l. non vbique* 9. *D. de exception.* & sicut potest actor in causa principali, in qua confessio facta fuit per exceptionem summoueri, ita per eandem exceptionẽ poterit agens ex illa confessione summoueri, exẽpla habebis in *l. si filius* 12. § *fin. l. si ante* 15. § *mortuo*, *l. confessionibus* 17. § *fin. D. de interrogat. in iure faciend.* Si tamen non tam factum, quam ius quod ex facto nascitur, confessus fuerit, v.g. se debere, non iuuaretur exceptione causæ principalis *l.* 2. & *l. qui Stichum* 5. *D. de confess.* nisi per errorem facti se debere fallus fuisset, *l. fideicommissum* 7. *D. de confessis.* Qui igitur confessus fuerit, vti diximus, tenebitur quasi ex contractu quo pulsabatur, & quasi ex re iudicata, & in actione confessoria aduersus illũ iudex non datur rei iudicandæ, sed æstimandæ: nam nullæ partes iudicantis in confitẽtes sunt, putà quod qui conuenitur fateatur se occidisse, & paratus sit æstima

æstimationé soluere, & aduersarius magni lité æstimet, *l. proinde 25. §. fin. & l. 26. D. ad l. Aquiliam.* Liberatur quoque verus debitor, *l. si quis 8. l. qui secum 10. D. de interrogat. in iure faciend.* nisi tamen causa in qua fit confessio, sit eiusmodi, vt vno condemnato non liberetur alter, *l. 20. cit.* Deniq; confesso tempus ad soluendum dari debet, *l. certum. 6. §. si alia quæcunque, D. de confessis, & l. si debitori 21. D. de iudic.*

24 Hæc confessio de qua hactenus in iure, fieri debet, hoc est, vt interpretatur *l. voluit. 4. §. fin. D. de interrog. in iure faciend. apud magistratus populi Romani, vel præsides prouinciarũ, vel alios iudices, ius omnium eum solum locum esse vbi iuris dicendi, vel iudicandi gratia consistat, vel si domi, vel in itinere hoc agat.* Alia eiusmodi confessio, quæ non fiebat in iure, erat extraiudicialis, & priuata, inter quas illud discrimen est quod in confessione iudiciali non admittatur probatio in contrarium, quia illa nec actionem nec exceptionem sed solam præsumptionem parit, & aduersarium probandi onere liberat, non est tamen opus ad confessionem validam & iudicialem, vt quis interrogetur, nam etiam sine interrogatione valet, *l. si sine 9. D. de interrogation. in iure. Si sine interrogatione quis respondeat se hæredem, pro interrogato habetur.*

25 Plerumque tamen præcedit interrogatio, quæ idcircò inducta est, vt cùm difficilis est probatio, aduersarius interrogatus, vel confitendo, vel mentiendo sese oneret, & is cui probandi onus incumbit eo releuetur, *l. 1. D. de interrogat. in iure faciend.* Interrogatur porrò quis primò pro qua parte hæres existat *l. 1. cit. & l. 4. eod. tit.* Secundò an ex testamẽto hæres sit, an suo nomine ei quæsita sit hæreditas, an verò per eos quos suo iuri sobiectos habet, vel per eum cui hæres extitit, *l. si sine 9. D. eod.* Tertiò an hæreditas ex causa fideicommissi ei sit restituta, *l. 9. cit.* Quartò de peculio, an apud eum sit, non verò quærendum à patre aut domino, an in potestate habeat seruum, aut filium, ita respondet Iulian. *in l. 9. cit. §. fin.* Quintò vbi de damno infecto, agitur an ædes, vel locus eius sit ex quo damnũ timeatur, & qua parte, *l. non alienum 10. D. de interrogat. in iure faciend. & l. qui seruum 20. D. eod.* Sextò qui fundum possidet, interrogandus est, qua & quota parte possideat, *l. 20. cit. §. in iure.* Septimò de ætate quoque fieri poterit interrogatio, *l. de ætate 11. D. de interrogat.* Octauò denique vbicumque æquitas iudicem mouerit, æquè fieri oportere interrogationem, dubium non est, inquit *l. vbicunque 21. D. eod.*

26 Interrogari quis potest non solũ à prætore, vel iudice, sed etiam ab aduersario, in iure tamen *l. 9. & l. 11. D. de interrogation.* seruus neque interrogare, neque vtiliter interrogari potest, *citata l. 9.* neque si quis non suo, sed alieno nomine agat, de se enim debet quisque in iudicio interrogari, *l. 9. dicta, §. alius, & l. si filius 19. D. eod.* neque etiam si interrogatus an hæres sit, controuersiam hæreditatis patitur, cogitur respondere, *l. & quia 6.* Si filius, qui se abstinuerit hæreditate, interrogatus an hæres sit, tacuerit, succurrendum ei erit, quia prætor non habet eum qui se abstinuit, hæredis loco, *l. si filius 12. §. fui autẽ, D. eod.* Qui rei vindicatione conuentus interrogatur pro qua parte res eius sit, non tenetur dicere, hoc enim petitoris munus est, non possessoris, inquit *l. in speciali 73. D. de rei vindication.* Denique qui interrogatur, spatium & tempus deliberandi petere potest, *l. qui interrogatur 5. cum l. seq. D. de interrogat. in iure faciend.*

27 Qui interrogatus non respondet, in solidum tenetur, *l. de ætate 11. D. de interrogat.* Quod etiam verum est si ad interrogatum non responderit, quia omninò non respondisse videtur, qui ad interrogatũ non respondit, id est, πρὸς ἔπος, inquit, *l. 12. §. quod autem. D. eod.* quare qui interrogatus hæredem se responderit, nec adiecerit ex qua parte, ex asse respondisse dicendus est, nisi fortè ita interrogetur an ex dimidia parte hæres sit, & responderit hæres sum, sic enim magis puto eum ad interrogatum respondisse, inquit Vlpian. *l. 9. §. qui interrogatus. D. eod.*

Deinde qui obscurè respondet, ita vt incertum dimittat interrogatorem, comparandus est qui negat, aut tacet, *l. 11. §. nihil. & l. qui seruum 20. D. eod.* Denique qui iusto errore negauit, venia dignus est, *l. 21. §. si cum esset, & l. 11. §. qui iusto.* Ex quibus tandem vides eum qui interrogatus vel non respondit, vel obscurè, vel non ad interrogatum, vel mentitus est, teneri in solidum, si verò fuerit confessus, ex ea interrogatione oritur aduersus eum actio confessoria. De his interrogationibus & responsionibus maximè quoad vsum forensem, vide Mornac. *in illum titul. de interrogat. in iure faciend.*

Hactenus egimus de confessione iudiciali in causis ciuilibus, restat agamus de eadem confessione in criminalibus, & quidem an reus teneatur respondere iudici interroganti, disputauimus nuper & certũ est æquè in istis causis atque in ciuilibus confessum haberi pro iudicato. Debet verò confessio ad hoc esse clara, certa, verosimilis, constans, & legitima, nam obscura & dubia in fauorem confitentis explicanda est, ex Farinac. *in praxi q. 50. n. 10.* Inuerosimilis nũquam sufficit ad condemnandum, ex eodem Farin. *q. 43.* eiusmodi verò est quæ est de re impossibili, aut omnino falsa, vt ait Glossa *in cap. fin. de confessis in 6.* Legitima sit oportet, hoc est nõ præsumpta tantùm, aut ficta fictione iuris, nec contra quam aliqua colorate obiiciantur, nec quæ sit tantùm incidenter facta, vel metu tormentorum, vel extra iudicium, vel in figura tantùm iudicij, vel absente parte, vel in iudicio summario, aut nullo. Quæ omnia explicat Delrio *lib. 5. disquisit. magic. sect. 11.* 28

Circa hanc tamen Rei confessionem nonnulla quærenda supersunt, suppositis iis quæ de obligatione fatendi veritatem iudici interroganti disputauimus *art. 6.* 29

Primum est an Sempronio petente à me centum quæ verè asserit se mihi mutuasse, sed quæ ei secreto verè soluerim, possim iudici negare. Respondet Couarr. *lib. 2. variar. c. 2. n. 3. & 4.* posse, quia in ea negatione mendacium non est, & possum iniustam petitionis vexationem æquiuocationibus eludere, nam actoris libellus affirmat eum centum mihi mutuasse, & me illi adhuc obnoxium esse ad eorum solutionem, quod falsum est, cum ei iam soluerim. Illa igitur petitio, ea forma qua fit, & iudici exhibetur, falsa est, & iustè à me negabitur.

Secundò quæritur an interrogatus num debeat actori mille, cui verè quingenta debet, possit totam propositionem negare, quandoquidẽ propositio cui respondere rogatur, partim vera, partim falsa est, & censetur non tantùm de tota propositione, sed etiam de qualibet eius parte interrogatus; idque omnino videtur velle Paul. in *l. vltima, D. de interrogat.* Deinde qui ponit affirmatiuum, nõ tantùm ponit de toto, sed etiã de qualibet parte, *l. si quis cùm totum 7. D. de exception. rei iudicatæ & in l. qui solidum 78. D. de legatis. 2.* qui totum aut solidũ petit, constituit debitorẽ in mora etiam in parte. Respondens igitur hoc casu debet non solũ de toto, sed etiã de parte respondere, *l. si defensor 7. D. de interrogat.* atq; ita affirmans 30

nobile

nobiles,& plures Iurisconsulti à Couarr. *c.* 2. *cit. n.* 1. adducti, quibus præiuaret Bartol. contrarium tamen docet ipse Couarr. & alij quos refert, & interrogatū posse verbis ambiguis eludere interrogātem. Primò quia ea propositio eo sensu & animo quo profertur, falsa est, vti diximus. Deinde maior summa negata non includit minorē, & qui negat maiorē, non necessariò negat minorem, & *in l. qui seruum.* 20. *D. de interrogat.* interrogatus an fundum possideat, cogendos est respondere quota parte possideat, vnde sequitur simpliciter respondentem se non possidere fundum, non respondisse de parte, alioquin non esset cogendus de parte respondere. Tertiò qui interrogatus de centum, ea negauerit, licèt quinquaginta debeat, & ideò falsum dixit, verum dixisset si fassus esset se centum debere; quod tamen falsum est, cùm non debeat centum, sed solùm quinquaginta. Quare videndum est quænam summæ contineant plura explicitè vel implicite, copulatiuè, & non disiunctiuè, *l. scire debemus* 29. *D. de verb. obligat.* Quartò significatio quæ sumitur ex vniuerso in quo, aliquid falsum est totam orationem falsam reddit, *l. si is qui ducenta* 13. *§. verum. D. de rebus dubiis.* Quintò denique siue maiori summæ affirmatiuæ minor insit, siue non, quod disputant Doctores in *l.* 1. *§. si stipulanti*, *D. de verb. obligat.* & Molina *in consuet. Paris. tit.* 1. *§.* 33. *glossa* 3. *n.* 12. *prioris editionis*, certum tamen est maiori summæ negatiuè positæ minorem nec naturaliter, nec ciuiliter inesse, qui enim negat se habere centum, non ideò negat se habere quinquaginta: iste igitur mendax & periurus non erit, esto aliunde teneatur respondere de minori illa summa, ne sua illa ambigua responsione creditori faciat iniuriam, & absolui se ab omni debito curet.

31 Tertiò quæritur an liceat simulatione, & dubiis promissionibus veritatem à reo extorquere, atque ita illi in re adeò graui illudere, nam & Salomon simulauit diuisionem infantis viui vt veram matrem dignosceret, *lib.* 3. *Regum, cap.* 3. & Claudius matri abneganti filium, iussit vt ipsi nuberet apud Soeton. *cap.* 15. Carolus Magnus iussit patrem & filium simul strangulari, vt dignosceret vter illorum hominem occidisset, quod se fecisse pater, vt filium liberaret fassus est. Itaque hanc simulationem iudici licitam faciunt Doctores *in cap. vtilem* 22. *q.* 2. Quibus adhæsit Couarr. *lib.* 1. *variar. c.* 2. *num. vlt.* & Delrio *lib.* 4. *disquis. sect.* 10. *concl.* 1. cùm iudex neque dicat mendacium, neque virtutem vllam aliam violet, vt olim dicebamus de reo, & dolus ille fuerit bonus ad crimen agnoscendum & puniendum, & innoxias eiusmodi iudicum æquiuocationes congerit ibidem Delrio ex Spingero *quæst.* 15. Leodensis iudex promisit sagæ quoad ipsa viueret, alimentum, & domum nouam ipsi ædificaturum, ligneam quippe ex strue lignorum ad comburium; alius promisit gratiam se facturum fatenti crimen, sibi nimirum, vel reipublicæ, in cuius commodum quæ fiunt sunt gratiosa; sibi consulturum reum, & confessionem illi vtilissimam fore ad vitam seruandam, nimirum æternam; alius promisit securam vitam, exitio tamen, & perpetuo carcere damnauit.

Secundò si iudex dolo malo, per mendacium, veritatem, & confessionem criminis extorqueat, non poterit ex hac sola confessione reum damnare, nisi reus deinde comperta fraude de nouo sponte fateatur, vel alia sint indicia sufficientia, & vehementia argumenta accedant, vel saltem fraude cognita, non retractet quod dolo malo inductus dixerat. Ita Couarrubias *loco cit.* & Delrio *sect. laudata, concl.* 2. quia iniuriam facit reo quem falsa promissione delusit. Neque dicas eiusmodi promissionem veniæ, fuisse reipublicæ damnosam, ac proinde non esse tenendam, & deinde iudici inferiori impossibilem, ille siquidem veniam neque dare, neque promittere potest. Respondeo enim illum non teneri quidem illa promissione, quæ illicita & mala fuit; verùm ex sola confessione per dolosam eiusmodi promissionem extorta, procedere non posse; atque ita non dabit veniam reo, neque etiam illum damnabit, cum eiusmodi confessio per iniuriam extorta non sufficiat, neque iudices debent malis fraudibus exerceri, cum illas castigare debeant.

Tertiò si iudex putans sibi licere, dolo malo confessionem à reo elicuerit, & fraude cognita reus illam neque ratam habeat, neque retractet, ideòque iudex illum ad pœnam ordinariam damnet, non audet illum Delrio *concl.* 3. *sect.* 10. *cit.* peccati mortalis arguere, in ea condemnatione, quamuis peccārit mentiendo, quia ea simulatio & dolus, v. g. falsa spes impunitatis, atque deinde condemnatio ex eiusmodi confessione dolo malo extorta licita iudici existimatur a pluribus, iisque primæ notæ Doctoribus, immò & communem esse censet eiusmodi sententiam Alciat. *in l. natura*, *D. de verb. signific.* Plaza. *lib.* 1. *de delict. cap.* 37. Clarus, *§. fin. num.* 9. quia cùm reus cognita fraude, non retractat suam confessionem, illam tacitè confirmare videtur, refertque Archidiaconus *in cap. vtilem* 22. *quæst.* 2. Alexandr. III. Episcopo simoniaco promisisse impunitatem si suum crimen coram Cardinalibus fateretur, fatenti itaque dixit, ex tua confessione te condemno, & publicè depono. Similia exempla, & fraudes, Fulgos. *lib. exemplor. cap. de astu dictis, & factis*, adducit; voluntque illi Doctores impium esse bonos decipere, pium autem malos dolis circumuenire, quos aliter punire nequeas; & Bartol. *in l.* 1. *C. vnde vi*, nullum dolum esse censet in non seruanda fide prædonibus. Alij tamen confessionem sic dolo malo extortam, ipso iure nullam esse volunt, ideóque sententiam ex illa sola prolatam irritam esse, iudicemque peccare reum sic damnando, atque ad restitutionem omnium damnorum teneri. Ita docent Anton. Gomes. *tom.* 3. *variar. cap.* 12. *num.* 6. & alij consulti iuris quos dabit. Neque abnuunt Theologi. Less. *lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 173. Maldet. 1. 2. *tract.* 6. *cap.* 1. *dub.* 25. Sanch. *lib.* 6. *consilior. cap.* 3. *dub.* 55. neque Doctores superioris sententiæ reipsa dissentiunt; quia dicunt tantùm licitam esse condemnationem in eo casu quando reus cognita fraude, non retractauit sua dicta, quia tunc sine fraude, & liberè confirmare videtur suam confessionem. Ex illa igitur libera, & non ex priori mendacio, ac falsa spe impunitatis extorta confessione procedet iudex, quem etiam in illo dolo, & fraude committenda peccasse fatentur. Quærendum itaque restabit an tacita illa, & implicita confessio per non retractationem sufficiat, nisi alia sint vrgentia argumenta ad damnandum & puniendum reum capite, vel omnibus fortunis, aut exilio, & similibus grauioribus pœnis, quod concedere durum omnino videri poterit. Certum quidem nobis esse debet nullo bono fine licere mendaciis alium decipere, cùm mentiri sit intrinsecè malum; quod supponimus ex 2. 2. *quæst.* 110. contra Bodin. *lib.* 4. *de dæmon. cap.* 1. neque proinde illis vti ad detegenda crimina fas esse iudici. Certum quoque est, vti iam monuimus, licere iudici amphybologiis, & æquiuocis reum ad fatendam veritatem vrgere, si 32

enim potest extorquere veritatem per tormenta & torturam, cur non poterit etiam dolo bono, & sine mendacijs, sicut & prædonem æquiuoca promissione absque mendacio ludere, neque promissionem illam per verba æquiuoca factam implere, cùm nulla sit, vti nuper dicebamus, de reo, docetque Sanch. *lib. 1. de matrim. disp. 11. num. 2.* Deinde promissio illa, & ficta fuit, & de re illicita, ac mala, cùm iudex reum, iuridicè confessum vti tenebatur confiteri, cùm vti suppono, iuridicè interrogaretur, non possit absoluere sine culpa, ad illam igitur implendam non tenetur, quod verum est, etiamsi verè, & ex animo promisisset impunitatem, illam enim hoc casu concedere non potest, & delinquentem legitimè fassum crimen, quod iustè negare non poterat, absoluere nequit, vt dixi. Si tamen ipse esset supremus iudex, qui posset veniam dare, & pœnam laxare, & ex animo promisisset impunitatem, teneretur illam præstare, vt docuit sapienter Sanchez *loco cit.* & Fagundes *in 8. præceptum Decalogi cap. 21. num. 16.* quia promisit id quod licitè præstare poterat, & ex illa promissione reus promissarius acquisiuit ius ad rem promissam, quæ si illi negetur, patitur iniuriam.

Tertiò si reus non tenebatur confiteri suum crimen, vel quia non interrogabatur iuridicè, cùm non esset semiplena probatio, vel ex aliqua alia iusta causa, & tamen sub dolosa spe impunitatis, extorta sit ab eo confessio delicti, inualida est tota confessio, & sententia ex ea sequuta, nulla est, tenetur que iudex ad damnorum restitutionem, neque aliud voluerunt Doctores secundo loco relati, quibus accessit Lugo *disp. 37. num. 181.* Ratióque manifesta videtur, iudex enim tunc non habet ius ad obligandum reum ad confessionem sui criminis. Siue igitur per vim, siue per dolum illum obliget, iniustè obligat, & tenetur ad restitutionem. Esse quoque nullam eiusmodi sententiam, probatur, quia defectus quos iudex authoritate publica committit, annullant totum causæ processum, cùm potestas publica vti non debeat, neque possit authoritate iniusta contra reum. Quod si ille dolus commissus fuisset ab aliquo priuato, ex notitia deinde illius criminis iam patefacti posset procedere iudex. Denique quoad obligationem iudicis ad restitutionem, obseruat Lugo *num. 162.* illam cessare, si crimen aliunde sufficienter probari debuit, quàm ex rei confessione; & reuerà probandum erit. Deinde si defectus quos commisit iudex, potuerunt à Principe dispensari, & ipse dispenset viuente adhuc reo, quia illo mortuo non poterit liberare iudicem ab obligatione reparandi damna, quæ intulit.

33 Quartò quæritur an confessio rei extorta tormentis, aut minis valeat, ex eaque possit procedere iudex.

Resp. confessionem factam à reo in tortura, debere deinde ratam ab illo haberi extra torturam. Secundò si tortura fuit iniusta siue ratione criminis, siue ratione personarum quæ torquentur, qua de re diximus *articulo 4.* nullam esse illam confessionem. Tertiò minas quæ incutiunt metum, iustam non reddere confessionem occasione illarum factam inualidam. Si verò metus fuit iniustè incussus à iudice, eiusve officialibus, confessio inualida erit ad condemnationem. Vide Lugo *disp. 37. sect. 14.* vbi sapienter obseruat, etiamsi malum de quo metum incutit iudex, non possit ab eo iustè infligi, non idcircò tamen eius minas & metum necessariò iniustè incuti, v. g. licèt quibusdam personis prohibeatur tortura infligi, non tamen prohibetur eius metus illis incuti. Vide *numero 160. & 161.*

Quintò quæritur an dum reus fatetur delictum, sed a se iure commissum contendit; v. g. homicidium ad sui defensionem inculpatam, possit à iudice plecti pœna homicidij ordinaria. Respondent aliqui posse, quia delictum semper præsumitur malo animo factum, nisi contrarium probetur, *cap. 1. de præsumptione*, & *l. si non conuicij C. de iniurijs.* Secundò ait Sarmient. *lib. 1. selectar. cap. 1. num. 11.* iudicandum esse ex circumstantijs occidentis, & occisi, atque modo occisionis; an illa excusatio sit probabilis. Tertiò communior sententia Doctorum quos affert, & sequitur Sanch. *lib. 3. consil. cap. 1. dub. 13.* quando de homicidio constat, & confessio illa clara non est, neque absoluta, sed excusatione, & exceptione vestita, puniendum esse reum extraordinaria pœna, minori quàm ordinaria, nisi amplius de veritate excusationis constet, quare de illa inquirere debet iudex, eiusque veritatem si possit, eruere. Probat Lugo *disp. 37. num. 146.* quia licèt præsumatur malus animus, quando delictum constat, hic autem non constat de delicto, nisi ex rei confessione qui non fatetur delictum, sed eius defensionem. Non erit igitur locus præsumptioni, cùm delictum non constet nisi illa ipsa via, qua constat eius excusatio, cùm tamen illa defensio non plenè probetur confessione rei, & æquè probat occisionem, non delictum formaliter, & perfectè, sed eius actionem materialem addita excusatione, non erit sufficiens ad pœnam ordinariam, & valde minuenda erit extraordinaria si quæ imponatur ex sola illa confessione. 34

Sextò quæritur an iudex possit procedere ex notitia quam vel à reo, vel à teste per iniustitiam elicuit. 35

Resp. iudicem qui iniustè & illegitimè notitiam, quâ de agimus, accepit, non posse ex illa procedere, & teneri ad reparationem damni consequuti. Ita Sanch. *cap. 1. cit. dub. 17.* vbi multos refert *num. 5.* Less. *lib. 2. cap. 29. dub. 18. num. 172.* Fagundes *in 8. præceptum Decalogi, cap. 21. num. 3.* Lugo *disp. 37. num. 148.* neque placet quod addit Nauarra *lib. 3. de restitut. cap. 3. num. 243.* & alij quidam, si ex non punito reo sequeretur grauissimum scandalum propter atrocitatem criminis, & famam vulgatæ confessionis rei, posse iudicem illum damnare; non placet, inquam, hæc communis sententiæ limitatio, quam etiam dubiam relinquere voluit Soto *lib. de secret. memb. 3. quæst. 1. conclus. 5.* quia nunquam licet ratione vitandi scandali quidpiam intrinsecè malum facere; atqui intrinsecè malum est aliquem iniustè, & sine probatione interficere, quod in isto casu iudex faceret, qui facilè etiam vitabit scandalum si palam aperiat defectum, & nullitatem probationum.

Hinc sequitur quod iam sæpius monuimus, non posse puniri reum ex sola confessione facta in tortura iniusta, licèt eam deinde ratam habeat, quia sine sufficientibus indicijs tortus est, aut quia iure torqueri non poterat, siue ratione personæ, siue alia quapiam de causa, si etiam per iniustas interrogationes notitia à teste quæsita fuit, si nulla præcedente infamia specialis inquisitio contra reum facta est in casibus in quibus iure fieri non poterat, requiritur tamen vt metus fuerit grauis, & non leuis qui pro nullo habetur, & interrogatio iniusta fuerit coniuncta cum metu, neque sciuerit reus se iniustè interrogari, tota etiam illa iniustitia commissa fuerit à iudice, aut eius nomine, non ab alio quopiam priuato qui dolo, aut iniustè notitiam extorserit

tunc,

tunc enim poterit iudex vti illa notitia, aut infamia inde orta, vt monet Sanch. *loco cit. num.9.* quinimmò vnum iudicem posse vti notitia iniustè extorta ab alio iudice, dixit ibidem Sanch. & Fagundes allatus *num.* 18. quod tamen verius negat Lugo *n.* 40. *&* 150. quando iudex ille secundus est successor prioris, vel illius superior, quia tunc agunt eadem authoritate & eadem notitia iniusta. Atque hactenus de rei ipsius confessione.

36 Quarta probatio sumitur ex reuelatione atque accusatione complicis, & socij in patrando crimine. De hac reuelatione, & quid illa operetur, fusiùs agit Binsfeld. *de confessione maleficij, membro 2.* Farinac. *de indicijs & tortura, quæst.* 43. Delrio *lib.* 5. *disquis. sect.* 3. *in* 2. *indicio*; res tota forensis est, nobis hæc pauca sufficient. Certum in primis est iudicem posse, immò & teneri reum interrogare de sociis criminis, tenerique reum respondere eodem modo, quo interrogatus de ipsomet crimine, quamdiu vel socius non fuit conuersus, & emendatus, vel periculum imminet ne aut redeat ad vomitum, aut ex reticentia damnum graue timetur, vti contingit in proditionibus, & criminibus læsæ maiestatis, quibus nunquam satis timetur. Ita passim Theologi *in* 2. 2. *quæst.* 70. *art.* 1. Certum est secundò iudicem debere credere reo facinoris socios denuntianti, quia vt ait Binsfeld. frustra obligaretur ad interrogandum, si minimè deberet fidem eius responsis adhibere. Certum est tertiò nihilominus non teneri iudicem omnimodam illi fidem habere, cùm eiusmodi denuntiatio gignat tantùm præsumptionem, sed grauem contra socios. Certum est quartò videndum esse quæ fidem eius denuntiationis eleuent, sunt enim plurima quæ id faciant, tum ratione personæ, ipsi enim rei iam infames sunt; tum ratione iræ, odij, & inimicitiarum inter reum & complices denuntiatos, tum ratione minoris ætatis, aut sexus infirmioris. Prætereà inquisitio & interrogatio fieri debet de sociis in vniuersum, non de aliquo indiuiduo expresso, nisi aduersùs illum aliqua indicia & præsumptiones præcesserint. Tertiò vt nominans & denuntians interrogetur de omnibus circumstantiis, vt ex illa denuntiatione pergere ad alia possit iudex. Quartò inquiratur an nominata persona laboret aliqua infamia de illo crimine. Quintò ne reus in sua denuntiatione vacillet. Sextò reus iurauerit se veritatem dicturum. Denique videat diligenter iudex an eiusmodi denuntiatio sufficiat dumtaxat ad inquisitionem, an etiam ad torturam, vt ex illa plenior probatio ex ipsomet complice habeatur. Quæ omnia tradunt laudati Doctores, & omnes monent seruandum esse modum procedendi constitutum à lege, retinendam æquitatem, & cauendum ab omni dolo malo, iniustitia & iniuria proximi, atque demùm ab omni prauo affectu. Neque de hac probatione plura hoc loco, quæ enim quæri possent circa reuelationem editi sibi secreti, & ad famam proximi pertinent, ibi tractata sunt à nobis, neque peculiarem hoc loco difficultatem habent, nisi eo maiori diligentia, fide, & æquitate procedendum esset, quò grauius & certius supplicium impendet huic complici denuntiato ex eiusmodi denuntiatione.

Quinta probatio, qua quis sibi vel alteri falsò, & per calumniam crimen impactum esse demonstrat, est certum quoddam factum quo exploratur veritas, & dicitur purgatio, quæ duplex est, vna canonica, vulgaris altera. Prior illa sacris Canonibus & legibus Ecclesiasticis probatur, estque titulus *in lib.* 5. *decretal. de purgatione canonica.* Altera verò vulgi moribus inducta est, & sæpius ab Ecclesia reiecta, tum quia ea exploratione veritatis non tam diuina voluntas inquiritur quàm miraculum, & effectus supra naturam, & saltem insolitus ab eo petitur, & expectatur, quod Theologi consentaneè sacris Scripturis tentare Deum nominant. Tum quia plurima alia superstitiosa in iis exploratoriis probationibus immiscentur, atque adeò grauiter peccatur; & denique quia veritatem non docent, neque sciri faciunt, sed dumtaxat apparere; vnde *paribiles* ab aliquibus dicuntur eiusmodi probationes, cùm opera insolita quibus explorari voluntatem dicunt, nonnunquam à dæmone arte magica fiant; aut si non fiant, quia Deus id non permittit, aut quia reuerà non inuocatur eius opera à se purgantibus, & Deus non obligatur ad patranda miracula, quæ tunc postulantur, innocens sæpius damnatur, non purgatur. Vtriusque porrò huius purgationis canonicæ, & vulgaris, plures sunt species quas paucis percurro, & quid in illis probandum, improbandumve sit, demonstro.

Ordior à canonica purgatione, quo nomine non intelligo certos quosdam ritus præscriptos ab Ecclesia ad explorandam veritatem impacti criminis, qualis erat apud Hebræos diuino iussu aqua zelotypiæ, aut apud Ethnicos ritus purgandi & extergendi sceleris, qui etiam in sacris & nugis ipsorum exercebantur, in quibus fiebat scelerum expiatio, de quibus vide Seruium *in* 6. *Æneid.* vbi sic habet. *In sacris omnibus sunt istæ purgationes, nam aut tæda purgantur, aut sulphure, aut aqua abluuntur, aut aere ventilantur.* Et fusiùs Casaubon. ad Theophrastum Charat. *de aqua lustrali*, & aliis. Purgatio igitur canonica nihil eiusmodi est, sed dumtaxat modus depellendi à se criminis, quo quis infamatur, cùm tamen neque sufficienter probetur, neque ipse reus sit. In eo igitur dubio reum absoluit Ecclesia si se modo præscripto purgauerit, super notorio enim crimine non est indicenda purgatio. *cap. cum dilectus* 15. *de purgatione canonica.* Neque etiam sufficit infamatum aliquem fuisse, vt compellatur à iudice se purgare canonicè, nisi illa infamia certa sit ex probabilibus coniecturis, *cap. cum in iuuentute* 12. & *cap. si quis* 4. *tit. eod.* cuilibet verò reo permittitur, aut indicitur purgatio, etiam monialibus, quoties veritas aliter constare non potest, *cap. moniales* 3. *tit.* ex Concilio Meldensi. *cap.* 70. *in vulgatis.* cùm Burchard. adducat *ex cap.* 2. *lib.* 8. *decreto* 57. 38

Prima igitur purgatio canonica est iuramentum, quo quis se immunem esse sceleris sibi affictì, inuocato Deo teste affirmat; quod iuramentum licitum esse nullus orthodoxus dubitat, vti contra Valdenses ostendit Ebrard. *lib. contra eos cap.* 14. Castro, *v. iuramentum, hæres.* 1. Valent. 2. 2. *disp.* 6. *quæst.* 7. *puncto* 3. Lessius *lib.* 2. *cap.* 42. *num.* 13. Malder. 2. 2. *tract.* 10. *cap.* 6. *dub.* 2. & alij passim. Et sanè etiam iure ciuili iureiurando deciduntur omnes controuersiæ, *l.* 1. *D. de iureiurand.* nam & speciem habet transactionis, & maiorem authoritatem quàm res iudicata, *l.* 2. *D. eod.* illique confertur *l.* 1. *D. quarum rerum actio non datur, l. si deferente* 13. *D. quibus modis pignus soluitur.* Confertur quoque nouationi *lib.* 26. §. . . . *D. de iureiurando.* & solutioni, *l. iusiurandum* 27. *D. eod.* ac demùm acceptationi, *l.* 40. *D. eod.* sapienterque Iustinianus dixit Sacramenti timore contentiosam litigantium instantiam compesci *l.* 1. *C. de iureiurando propter calumniam.* Quondam enim Romæ statim atque facta erat litis contestatio, iurandum erat de calumnia. Actor quidem iurabat se bona fide, nec animo calumnian- 39

di

di agere, instamque sibi videri litem, quam istituere. Reus verò iurare debuit iustas esse suas depulsiones, neque putare se obligatum ad petita, quæ prosequitur Alciat. *in praxi vtriusque iuris*; subrogataque fuit actio de calumnia in locum sponsionum iudicialium, ad leuandum nempe ipsarum dispendium litigatoribus, quibus facilius esset iurare ab ipso litis initio, sibi non esse neque in agendo, neque in repellendo calumniandi animum, quàm numerare ingentem & onerosam pecuniam. Deinde receptum fuit, vt litigatores non modò initio causæ iurarent, sed & in omni articulo, siue quis ageret, siue exciperet. Statuit Iustinianus *Nou.* 50. vt semel tantùm ad initium cuiusque causæ iuraretur, vt materiam frequentium periuriorum præscinderet; nam vt ait Vlpianus, *l. quæ sub conditione. D. de condition. instit.* faciles sunt nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis; alij perquam timidi metu diuini numinis vsque ad superstitionem iurare nolunt. Scribit Iamblic. *lib.* 1. Syllam quendam Crotoniatam Pythagoreum maluisse numerare pecunias, quàm iurare, quamuis sciret se sanctè iuraturum ὑπὲρ τοῦ μὴ ὀμόσαι χρήματα ἀπέτισεν καὶ εὐορκήσειν μέλλων. Fuit & moris apud nos, vt initio quoque litis iuraretur, vocabantque, *le serment de calange*: qui mos ad vitanda frequentia periuria sublatus fuit, inductumque anniuersarium iuramentum quod ab aduocatis & procuratoribus toto spectante Senatu purpurato, præstatur in Martinalibus. Sed redeo in viam, & decidendæ controuersiæ medium optimum, immò & finem esse iuramentum, quod dicit etiam Paulus *ad Hebræos cap.* 6. πάσης ἀντιλογίας πέρας εἰς βεβαίωσιν ὁ ὅρκος; eam ob causam triplex iuramentum constituebant Græci, vt est apud Harpocration. ἔστι δὲ ὅρκων τρία εἴδη ἀπώμοτος, καὶ κατώμοτος, καὶ ὁ καλούμενος ἐξωμόσιος. Primum fit sponte, cùm quis sponte abiurat: in secundo sanctimonia maior est; tertium ab aduersario defertur, nos tria vsurpamus. *Serment volontaire, serment de iustice, serment decisoire.* Primum sponte & voluntariè fit, secundum poscitur à iudice, tertium defertur ab aduersario, Chassanæ. *in consuetud. Burgundiæ rubric.* 1. §. 5. *vers. si aulcun commet larcin, num.* 176. numerat 35. casus in quibus statur iuramento partis. Cùm igitur ipsum etiam forum ciuile ac laicum tantùm deferat iuramento, vt illo sæpius decidi ac finiri velit plures controuersias, quæ aliter definiri non possent, cur & Ecclesia probationem istam, vt loquuntur, respuet? Quomodo verò fieri debebit hoc iuramentum, vel ab aduersario delatum, vel à iudice imperatum, vide Couarr. *in cap. quamuis pactum,* 1. *parte,* §. 1. n. 1. & 2. Mornac. *in l.* 3. 4. & 5. *D. de iureiurand.* & fusè Annæ Robert. *lib.* 1. *rerum iudicatar. cap.* 11. *de variis in iurando seruatis ceremoniis apud Ethnicos & nostros.* Non reus tantùm iurabat, sed alij, veluti testes idem præstabant iuramentum, & dicebantur iuratores, coniuratores, sacramentales & consacramentales, quæ omnia ex lege Salica, capitularibus legibus Francorum, Frisonum, Baiouarum, Anglorum, aliisque veteribus monumentis probat Bignon. *in notis ad lib.* 1. *formul. Marculphi, cap.* 38. vbi & eiusmodi morem seruatum esse in grauioribus causis etiam criminalibus, demonstrat. Dicebantur illi contestes, & coniuratores pro numero quo erant septima, tertia, decima, duodecima manus, quia manu sublata, aut in reliquias super quas iurabant porrecta, rei innocentiæ solebant attestari, atque ita loquuntur *cap. quoties, & cap. inter sollicitudines, de purgatione canonica.* Minuebatur autem, aut augebatur eiusmodi compurgatorum numerus pro ratione personarum quæ accusabantur, aut grauitate criminis obiecti, erantque ferè contestes eiusdem ordinis. Hinc illud vulgatum.

Pontificem parium manus expurget duodena,
Quinta Sacerdotem, Leuitam tertia, pœna
Maior maiori, minor est adhibenda minori.

Hæc sacramenta distincta vocat Iuo Carn. *epist.* 54. & *epist.* 17. distinctam examinationem; & *epist.* 152. distincta quoque sacramenta, Gregor. vt refertur *cap. habet.* 2. *quæst.* 5. De quinta, septima, & alia manu vide eundem Iuonem pluribus locis, quæ colligit Iuretus ad *epistol.* 54. & in pluribus aliis comprobauit.

Iurabant autem isti credere se reum vera iurasse, quod & leges Alemmanicæ *tit.* 6. & Innocent. III. *in cap. de testibus, de purgatione canonica,* ostendunt. Hunc igitur morem in causis Ecclesiasticis probatum, & vsurpatum fuisse constat ex Concilio Triburiensi, vti refertur *cap. si quis presbyter* 2. *quæst.* 4. & Concil. Agathensi, & Ilerdensi, & ex constitutionibus Gregor. Magni. Alexandri, Innocentij III. Leonis adductis *lib.* 5. *decretal. tit.* 24. *de purgatione canonica.* Ipsique Pontifices Sixtus I. Leo III. & Pelagius obiectas sibi calumnias ea ratione diluerunt, quorum & similia exempla Pithæus *in onomastico ad capitularia. verb. purgatio*; Delrio *disquisit. magic. lib.* 4. *cap.* 3. *quæst.* 3. *sectio*, dabunt. De laicis iam diximus ex Marculfi formulis, & aliis adductis à Bignon. quare Hincmare. *opusc. de diuortio Thetbergæ, interrogat.* 6. ait hanc sacramenti purgationem in Ecclesiasticis & externis legibus vsitatissimam esse, & à primis sæculis vsitatam. Cromer. *lib.* 15. *histor. Polon.* narrat Sophiam reginam stupri insimulatam iuramento à se & septem aliis honestis fœminis, se purgasse. De hoc eodem more adi Lacerdam *in aduersariis, cap.* 122. *num.* 14. Solemne porrò fuit hoc iuramentum publicè in Ecclesiis, aut tumulis martyrum, aut altaribus præstare, vel etiam extra Ecclesias admotis Sanctorum reliquiis, vti ex Gregorio Turon. *lib.* 4. *cap.* 46. *lib.* 5. *cap.* 32. *lib.* 8. *cap.* 16. & *lib.* 1. *de miracul. cap.* 33. ex capitul. *lib.* 1. *cap.* 63. Synodo Meldensi *cap.* 39. & demùm ex lege Alemmanica *tit.* 5. ostendit Bignon. Michaël Paphlago misit ad Constantinum Dalassenum, qui sibi ab Imperatore metuebat, eunuchum, qui illum ad aulam inuitaret, & iuramento præstito supra Crucis veneranda ligna, & linteum expressa Christi imagine insigne, atque Epistolam Christi ad Abgarum scriptam, securum illum redderet, quod tamen deinde iuramentum fregit, & Dalassenum in Platam insulam relegauit, vti habent Credeni Annales. Constantinus Despota Imperator à Syrgiāne iusiurandum fidelitatis exegit coram Dei genitrice τῆς ὁδηγητρίας; qui tamen deinde falsata fide arma in Imperatorem mouit. Sed ipse Syrgiānes ab alio periuro Sphanze Palæologo æquè delusus est; nam præstito iuramento ἐνώπιον τῆς θείας καὶ ἱερᾶς τραπέζης ἱερέων τῶν θείων τελούντων μυσταγωγίαν, ipsum Syrgianuem interfecit. Ita Nicephor. Gregoras *lib.* 3. In Gallia frequentiùs iurabant supra Capellam Beati Martini, hoc est, capsam in qua erant reconditæ Sancti Martini Reliquiæ, quæ & in palatio seruabatur, quod idem Bignon. annotat. Totum ritum ex lege prisca Alemmaniæ *titul.* 6. *de iuratoribus*, describit Iuretus *ad epistol.* 54. *Iuonis.* Dicebantur autem, hi contestes manus quinta, sexta & cætera, non modò quia elata manu, aut Altari, vel Reliquiis imposita iurabant, vti iam monui, sed quia manus erat fidei symbolum.

symbolum, ideóque *lib. 3. capitular. cap. 4.* & *lib. 5. cap. 129.* periuro manus abscinditur. Rudolfo qui periurus fidem dictam Henrico regi fregerat, manus vulnerata est, quod ipse punitionem diuinam agnouit, apud Helmodor. *historia Sclau. lib. 1. cap. 29.*

Quærit verò Theophilus Raynaud. in erudito opere *de calumnia sect. 3. cap. 2. quæst. 1.* an iuramento purgatorio possit adiici execratio qua quis sibi grande malum imprecatur, si falsò iurauit; nam & Sanctus Ludouicus recusauit iuramentum quod ab eo petierunt Sarraceni de soluendo die dicta suæ liberationis pretio, nempe si non solueret se indignum fore Paradiso, tanquam si Christum negasset, dira enim illa verba pronuntiare noluit Sanctissimus Rex, quod narrat in eius vita Iomuillæ. *cap. 46.* ideóque & iuramenta illa cum diris imprecationibus coniuncta, & cum insolitis ceremoniis præstita damnat Annæ. Robert. *lib. 1. rerum iudicat. cap. 11.* docetque variis exemplis, ea maximè deinde à perfidis iurantibus fuisse violata, dicebatque Salon. apud Laertium Καλοκαγαθίαν ὅρκου πιστοτέραν ἔχε. Verum hanc imprecationem licitam esse negari nequit, cùm ea vtatur Ecclesia, & prober hæc obuia iuramenta; *Sic me Deus adiuuet, & hæc sancta Ecclesia*, hoc est priuet omni diuino auxilio, nisi verum dicam. Vide Sanch. *lib. 3. in Decalog. cap. 1. num. 5. & cap. 2. num. 38.*

40 Secunda purgatio priori vix absimilis fuit iudicium Crucis, vt loquitur testamentum Caroli Magni apud Nauolcium. Eiusdem purgationis per Crucem meminit *lib. 1. capitular. cap. 108. lib. 3. cap. 46.* & *liber 4. cap. 126. in appendice 2. ad lib. 4. capitular. cap. 33.* licet contendere in iudicio, aut in campo, aut ad crucem. In Ludouici Pij testamento, Dei voluntas, & rerum veritas vexillo crucis inquiritur. Cuiac. *in lib. 1. de feudis*, refert leges Longobard. *26. & 33.* huius probationis meminisse. Concilium apud Vetneriam *cap. 17.* mandat vt coniuges de impotentia diffidentes exeant ad Crucem, & si verum fuerit, separentur; ex quibus vides explorationem veritatis factam olim fuisse per Crucem. Quomodo verò illa fieret, & quodnam esset illud Crucis iudicium, quis explicet. Ineptit enim Vitus, Amerbachius Heterodoxus *in notis ad constitut. 34. Caroli Magni*, & Godelmannus *lib. 3. de magis, cap. 5.* cum dicunt fuisse quoddam armorum genus conformatorum in speciem Crucis. Neque abauit Torreblanca *lib. 1. dæmonologia, cap. 23. num. 26.* cùm ait fuisse quædam arma non ad pugnandum, sed ad se purgandum. Verùm, vt sapienter arguit Theophilus, qui ista retulit *loco cit. quæst. 2.* quomodo fieri poterat armis purgatio absque pugna, & in locis omnibus adductis pugna opponitur iudicio Crucis, & Ludouicus mandat exhiberi vexillum Crucis, quod non dicitur esse genus armorum, quare verius dicetur esse iuramentum per Crucem, aut contacta Sancta Cruce, quale sæpius vsurpatum docet Gretser. *lib. 2. de Cruce cap. 16.* habet quoque Nicetas Choniates *in Alexio Duca*, & Cedrenus *in Constantino Leonis filio*, & *in Copronymo* similia iuramenta. Deinceps Carolus Magnus vetuit hoc iuramentum in priuatis controuersiis, & nisi de regni limitibus ageretur vsurpari, nimirum ad euitanda crebra periuria: & Ludouicus XI. recusauit iur[...]e per Crucem Landi, quæ in Andensi vrbe seruatur, vt Luzemburgius Comes Stabuli ab ipso in signum datæ fidei petierat, vt narrat Paul. Æmilius. Potuit autem prohiberi hoc iuramentum & purgatio à Carolo, quòd per illam expectaretur aliquis effectus insolitus à Deo, quod erat Deum, vt dicimus, tentare, & proinde impium. Existimant alij hanc purgationem per Crucem continuisse sortes quasdam, quæ iaciebantur ad Crucem, ita Delrio *lib. 4. disquis. magic. cap. 4. quæst. 6. num. 2.* & Gretser. *lib. 2. de Cruce cap. 25.* ex Frisonum legibus *tit. 14. §. 1.* vbi totus ille ritus exponitur. Parabantur quippe duæ tesseræ quarum vna pura, altera Crucis signo notata erat, & linteo super altari inuolutæ ponebantur, & post varias preces à Presbytero, vel puero extrahebantur, & si prima crucis tessera extrahebatur, innocentia illius, cuius fuerat, probata manebat, qui ritus cùm superstitiosus esset, iure meritò reiectus fuit; verum diutiùs nihilominus perseuerauit.

Legimus etiam inter veteres formulas incerti Authoris, vnà cum formulis Marculfi editas, formulam XII. *notitia de Cruce euindicata*; vbi quis alienum fundum inuasisse, (& vt loquitur *proprisisse*, voce in legibus Ribuariot. *tit. 7.* vsurpatæ *libro* verò *5. capitular. cap. III.* dicitur *proprindere*,) accusabatur. Iubetur per 42. noctes stare ad Crucem, quod si non posset, & caderet, causa quoque cadebat. Quod iudicium innocentiæ leue omninò & superstitiosum fuisse vides, cum ea statio & immobilitas penderet à viribus stantium, non autem ab ipsorum innocentia.

Tertia probatio, eaque satis frequens fuit per 41
susceptionem Eucharistiæ, quam vsurpasse Adrianum Pontificem, cum Lothario, & Gregor. VII. cum Henrico Imperatore, qui sapienter recusauit, cùm sibi conscius esset facinorum quæ pernegabat, atque ab aliis sanctissimis viris decem adductis, refert Delrio *disquis. magic. lib. 4. cap. 4. quæst. 3.* & Theophilus *de calumnia sect. 3. cap. 2. quæst. 3.* Formulam huius probationis dabit Trithemius in chronico Hirsaugiensi, vbi de Volmaro Abbate. Vnde vides effrontem Hotmani *disp. de feudis, cap. 44.* impudentiam, qui hanc purgationem nominauit furiosæ *explorationis speciem*, quam tamen Sanctissimi Pontifices, & alij insignis pietatis viri narrantur vsurpasse. Neque adhibita fuit hæc probatio ad extorquendum à Deo miraculum, quo veritas occulta detegeretur, hoc enim esset tentare Deum, & intrinsecè malum, sed in testimonium & iuramentum innocentiæ, neque enim qui sceleris sibi impacti conscius esset, auderet Christi Corpus sumere in iudicium & condemnationem, & vt loquitur Paulus, *iudicium sibi manducare & bibere*, vti explicant Delrio *quæst. 3. citata*, Suar. *lib. de irreligiosit. cap. 3. sub fin.* & Sanch. *lib. 2. in Decalog. cap. 34. num. 13.* quamuis huic probationi adiiciebatur aliquando imprecatio, qua quis sibi imprecabatur ne Eucharistiam glutire posset, aut eodem momento periret, ni verum diceret, vt vides in forma relata à Trithemio. Similes verò imprecationes in eiusmodi casibus licitas esse monuimus superiùs. Hanc tamen purgationem hodie non vsurpari, immò & prohibitam esse, dixit Gretser *lib. 2. de Cruce, cap. 21.* iure illo generali, quo *cap. ex tuarum, de purgat. canonica*, peregrina iudicia prohibentur. Deinde vetatur dari Eucharistia suspectis *cap. dilecti, de purgation. canon. & cap. tribus. de consecrat. distinct. 2.* atqui è duobus illis litigantibus alter falsum dicit, & sceleris conscius sumeret Eucharistiam. Denique passim in hac purgatione expectarent homines à Deo miraculum aliquod, in quem finem Christi Corpus suscipere, malum esse dixit S. Thomas *3. parte. quæst. 8. art. 6. ad 3.* Sayrus *in Claui lib. 4.* & Valent. *2. 2. disp. 6. quæst. 14. puncto 1. sub fin.*

Neque

Neque Christianissimus Robertus voluit acquiescere Leutherico Senonensi hæretico, ad hanc probationem prouocanti.

42 Venio ad purgationes vulgares, & non probatas Ecclesiæ legibus. Prima est duellum & monomachia, quam frequentem fuisse apud Orientales, Occidentalesque, & præsertim Francos testantur fusiùs Delrio *disquis. magic. lib. 4. cap. 4. quæst. 5. sect. 2.* Alciat. *lib. de singul. certamine.* Hotman. *disp. de feudis, cap. 44.* Iuretus *ad epistolam* 168. *Iuonis*, Picard. *ad epist. 59. Sancti Bernardi.* Rouer. *in notis ad historiam S. Ioannis Reomaensis, nota* 214. Theoph. Raynaud. *de calum. sect. 3. cap. 2. q. 4.* Sauaro Præses *in dissert. de duello.* Vido Papus, *in decision.* & alij innumeri, qui & ritus ac monomachiæ cæremonias solemnes, arma, & alia eiusmodi describunt ex veteribus monumentis, neque in re admodum obuia immorandum diutiùs videtur, maximè cùm hanc purgationem per monomachiam improbarit perpetuò Ecclesia, vt constat *ex cap. monomachiam 2. quæst. 5.* & *ex cap. 1. & 2. de purgat. vulgari*, & ex Concilio Valentino anno 855. ac nouissimè ex Tridentino *sess. 25. cap. 19. de reformat.* & iam olim Agobardus *opusc. de hoc argumento*, atque *in epistol.* ad Ludouicum Imperatorem, quæ illi persuadet abrogandam esse legem latam à Gundebado Burgundionum Rege, Arriano de calumnia per duellum purganda. Goffridus Abbas Vindocinensis *in epistola ad Petrum Santonensium Episcopum*, quàm aduersetur Canonicæ æquitati monomachia restatur. Atque vt omittamus quæ contra duellum alibi sunt à nobis disputata, manifestum est hanc depulsionem calumniæ ineptam & impiam esse, cùm enim qui victor existet innocens habeatur, postulatur à Deo auxilium, quo innocens, debilior licèt, aduersarium deiiciat, vnde vocabatur *iudicium Dei* Boiectiorum lege *tit. 2. de duell.* & in lege Longobarda *tit. 2. de scandalo.* Quod est petere miraculum, & Deum tentare, qui idcircò sæpius permittit vt innocens cadat, vti ostendit prolatis exemplis Delrio citatus, & contigisse cuidam Anselmo Beesse Religioso, qui rem direptam Thesauri Laudunensis Ecclesiæ aurifici dederat, à quo deinde accusatus, duello cum illo pugnauit, & quamuis nocens victor euasit, quod ex veteri codice narrat Iuretus ad *epistolam* 168. *Iuonis.* Quare sapientissimè nostri Christianissimi Principes seuerissimis legibus hanc duellantium infamam coercuerunt, quas omnes innouauit, & pluribus adiectis ampliauit, qui hodie fœliciter imperat Ludouicus XIV. semper augustus. Nec plura de hac probatione.

43 Altera vulgaris purgatio fuit per Ignem, cùm qui ferrum candens vel prunas attrectasset, aut per incensam pyram, prunas, & flammam incessisset illæsus, innocens haberetur; cuius probationis vsum frequentem ferè vbique fuisse innumeris exemplis ostendit Hotman. *disp. de feudis, cap. 41.* Delrio *lib. 4. disquis. cap. 4. quæst. 4. sect. 4.* Theophilus Raynaud. *de calumnia, sect. 3. cap. 1. quæst. 5.* & alij quos hîc describere nihil attinet. Hanc probationem iampridem reprobauit Ecclesia, vt docet Iuo *epist. 74.* adducto Alexandro II. cuius verba referuntur *cap. super 2. quæst. 5.* & Stephano V. cuius etiam habes verba. *cap. consuluisti. 2. quæst. 5.* idem fuit sensus Honorij III. *cap. dilecti filij, de vulgari purgat.* aliique Pontifices iisdem vestigiis inhæserunt. Iuo *cit. epist. 74.* vocat populares inuentiones, dicere debuit impias, nam Strabo narrat *lib. 5. geograph.* sacrificulos Deæ Feroniæ nudis pedibus prunas accensas inambulasse. Ratio igitur reiiciendæ huius probationis fuit, quia hic modus dissentaneus est ab vsu patrum, continetque Dei tentationem, à quo postulat miraculum absque necessitate, cùm plura alia media veritatis exquirendæ & innocentiæ tuendæ suppetant; præstigiis & magiæ det locum, vnde reus qui adigebatur à Michaële Comneno purgare se per globum ignitum, id facere recusauit, dixitque se non esse præstigiatorem, cùm tamen vrgeretur ad id à Metropolita, respondit vt ipse sacra indutus stola manibus illius ignitum ferrum imponeret, quo renuente omissa est tota probatio. Ita narrat Georgius Logoth. *in chronico Constantinopolitano.* Quare in hac purgatione contineri superstitionem, & Dei tentationem tradunt vulgò omnes, & à Christianis tribunalibus amandandam esse, quod & fecit Senatus Parisiensis apud Mornacium, subscribuntque Theologi, S. Thomas *2. 2. quæst. 95. art. 8. ad 3. & 3. parte q. 80. art. 6. ad 3.* Suarez *lib. de irreligiosit. c. 3. n.* 8. Valent. 2. 2. *disp. 6. quæst. 14. punct. 1.* Less. *lib. 2. cap 45. dub. 1. num. 3.* Sanch. *lib. 2. in Decalog. cap. 34. num.* 12. Sayr. *in Claui lib. 4. cap. 7.* Authores Mallei maleficior. *part. 3. quæst. 17.* Incertissimum denique est hoc iudicium, sic enim vocabant, & sapienter. Iuo *epist.* 205. dixit cauterio igniti ferri nullum certum præberi argumentum, quia occulto Dei iudicio multi nocentes videbantur liberati, & innocentes damnari; quorum exempla leges apud Malleum malefic. *3. part. quæst.* 17. Cæsar. *lib.* 10. *cap.* 35. Neque fauent miracula quibus aliquando Deus hac examinatione cādentis ferri quorumdam innocentiam declarauit, quæ dabit Rosuerd. *lib. de fide hæretic. seruanda, cap. 2.* Petrus quidam Massiliensis Præsbyter Antiochiæ die Parasceues apprehensa Christi lancea, incensam pyram subiit illæsus, & sibi impactæ hæreseos crimen diluit. Quod narrat Æmilius *lib. 4. histor. Franc.* Richarda Caroli Crassi Imperatoris coniux, adulterij crimen contracto ferro candente diluit, ex Arientin. *lib. 4. annal. Boiar.* de Emma Regina Anglorum vomeres candentes calcante scribit Polydor. *lib. 8 histor.* De S. Cunegunde res nota est. Alia suppeditabit Raynaud. *quæst. 5. cit.* hæc inquam miracula non fauent huic vulgari probationi, quia quæ Deus extra rerum ordinem operatur, non debent à nobis temerè vsurpari, aut velle vt eadem perpetuò Deus summa illa potentia perficiat.

Tertia probatio huic non absimilis fuit per 44
aquam calidam, vel per frigidam, de quibus Hotman. *de feudis cap. 41.* Delrio *quæst. 4. cit. sect. 4.* vbi & varios exorcismos huius vtriusque aquæ affert, quod & facit ex variis authoribus Iuretus *ad epist.* 74. Iuonis, de vsu autem huius probationis aliàs frequenti plura habent iidem Authores, vt & Hotman. *disp. de feudis cap. 41.* Vsi quoque sunt & superiori probatione Iapones, & istâ Malabores, vti Delrio *ex epistola Ioannis Barreti* refert. Videtur quidem Hincmarus, & alij, quorum loca refert Iuretus in notis citatis, hunc vsum probasse, & sanè plures preces & ritus sacri adhibebantur, vt videbis apud eundem Iuretum, & Delrio: nihilominus ablegandus omninò hic vsus, vti Stephanus V. ablegauit, easdem ob causas propter quas superior ferri candentis probatio reiecta fuit. Neque in his explicandis diutiùs immorandum videtur contra Hincmarum, qui opusculo de diuortio Lotharij, & Theobergæ, hanc probationem pluribus propugnare conatur. Innocent. III. prohibuit ne quis sacer minister preces & benedictiones quæ super eiusmodi aquam fieri debebant, faceret, quod refertur

fertur

fertur *cap. sententiam, ne Clerici vel Monachi*, & *in addit.* 4.c.81. *ad capitular.* disertè damnatur probatio per aquam frigidam, quòd illius fallacia variis, certisque experimentis deprehensa esset. Vigere tamen adhuc in Vvestphalia tradit Vvestphalus, & latè eam impugnat *tractatu de confessionibus maleficarum cap.*1. Plura vide apud Delrio *cap. 4. cit. quæst.* 5. *sect.* 1. & 2. vbi fusissimè contra Heterodoxos & Orthodoxos eiusmodi probationem admittentes disputat. Quid verò illa esset, an quod noxij aquæ supernatarent, innoxij verò mergerentur, an etiam quod aquæ frigidæ manus immissa combureretur, æquè atque si calidissimæ fuisset immersa, an verò quod vtrumque fieret, disputat ibidem Delrio *quæst.* 4.

45 Quarta probatio fiebat olim per fontes quosdam sacros, qui vel tumore vel alia quapiam ratione noxios prodebant, & periuros condemnabant, nam antequam illi immergerentur, iuramentum de calumnia sibi afflicta præstabant. Eiusmodi fontes Actecomij, & Daphnopoli fuisse tradit Estachius *lib.7. de amoribus Ismerici, num.* 11. & de fonte Clitophontis, Achilles alius *lib.8. de amorib. Clitephontis*, de alio simili fonte, Theophrastus, *lib. 5. de admir. auditio.* De fonte prope Thyanam Philostratus *lib. 1. de vita Apollonij c.*4. De fontibus coarguentibus fures Solin. *cap.* 10. de aqua gurgitis Olachæ in Bithinia, Plini. *lib.* 31. *c.* 2. de Badensibus Thermis ad Rhenum, ad furti probationẽ, Vadian. *ad lib.* 3. *Pomponij Melæ*; quæ omnia collegit Theophil. Raynaud. *de calumn. sect.* 3. *c.* 2. *q.* 8. Hæc probatio damnãda est, nam cùm non sit vis illa certò detegendi calumniam aquæ naturaliter insita, neque à Deo certis fontibus inditam constet, à dæmone omninò est; nam cùm ad fontes solerent sacrificare, & cuique fonti suum nomen præesse vellent iuramento ibi præstito, inuocabant illius fontis numen, illique sacrificabant, quæ implicita superstitio, & inuocatio mansit etiam dum à Christianis deinde fiebant istæ examinationes ad fontes.

46 Quinta probatio est prouocatio ad diuinum iudicium, quam aduersùs Constantinum Magnum vsurpauit Athanasius apud Epiphanium *hæresi* 68. cum ab illo damnatus esset impeditæ sacræ Embolæ ab Ægypto Constantinopolim transuehendæ. Idem fecit & Eustachius Lector stupri à filia Præsbyteri falsò accusatus; & sanè calumniatrix grauissimis passis doloribus excruciata veritatem fateri coacta est. Pallad. *cap.* 141. *Lausiaca.* Neque inanes sæpissimè fuere istæ prouocationes: nam cùm S. Eustasius Agrestium S. Columbani calumniatorem ad diuinum iudicium citasset, repentina eo die citatione dicta interiit Agrestius, quod referunt Eustasij acta c.6. Rupert. Abbas Lampurgensis Arnoldum Episcopum Spirensem, à quo iniustè vexabatur intra annum ad diuinum tribunal prouocauit, quod & contigit narrante Trithemio in chronico Hisaugiensi in Volmaro Abbate. Alia exempla dabunt Cantopratenses *lib. 2. apum, cap.* 35. Lipsius *lib. 2. moniter. polit. c.* 11. Delrio *lib.4. disquis. q. 4. sect.* 1. Feuardent. *in c.* 13. *Esther.* Theophil. Raynaud. *de calumn. sect.* 3. *cap.* 1. *q.* 8. qui omnes hanc prouocationem probant, cùm ea nihil aliud contineat, quàm ad diuinam prouidentiam confugium, & precationem, vt illa innocentem tueatur, atque si ita videatur innocentiam latentem prodat, sin minus diuino illius iudicio se omnia permittere, in eóque acquiescere, quandoquidem omnibus aliis subsidiis destituitur, & ad homines vel nescios, vel corruptos, vel iniustos frustra hactenus recurrerit, qua tota in se nihil vitiosum apparet, vbi tamen, vt monet Delrio *loc. cit. concl.* 1. fit citra odium, vindictæ desiderium, impatientiam, iram, desperationem vanitatem, aut aliam affectionem prauam, sed bono aliquo fine id fit: v. g. vt constet de innocentia, familia non grauetur infamia, mundus liberetur homine scelerato, aut ille terrore diuini iudicij resipiscat, & bonos opprimere desinat; quare quisque sese examinet quo animi motu ita aduersarium citet, maximè si iniustè, & & ad terrorem dumtaxat incutiendum citat, tunc enim mortaliter peccat. Qui verò citantur, si existiment se verè & iustè iudicasse, neque dubitent de crimine de quo agitur, neque de suæ sententiæ æquitate, citationem eiusmodi ridere debent. Si verò iudex vel ex animi aliqua perturbatione reum damnauit, vel citiùs, præcipitantiúsque quàm par fuisset ad omnia momenta quæstionis ritè expendenda prompit, vel si aliquod dubium illi subsit de iustitia sententiæ, & metus de contraria probabilitate, ne contemnat eam citationem, sed rem totam denuò examinet, & omnia momenta perpendat, vt priorem sententiam vel emendet, vel confirmet, aut si nondum lata fuit aliquandiu sustineat, donec maior aliqua lux affulgeat. Hæc sapienter monet Delrio, & exemplis illustrat.

Sexta purgatio fiebat per panem, & caseum certo ritu, & benedictionibus sanctificatos. Formulam S. Dunstanus horum exorcismorum edidit, ex eoque Pitheus *in gloss. capitular.* ex qua constat additum quoque fuisse iuramentum, & aliquando quoque præbitam Eucharistiam. Qui subito tremore & pallore corripiebatur, vel qui glutire non poterat, vel post comestionem doloribus torquebatur, noxius & periurus habebatur. Reo prius imponebantur Cruces, vna capiti, altera dextro pedi. Vsus maximè huius probationis erat ad detegendum furtum. Improbatur hæc purgatio, vt pote non recepta ab Ecclesia, & superstitionis plena, cur enim potiùs exhibetur caseus quàm vinum, aut quodlibet aliud edulium, cur solum iuramentum non sufficit. Narrat Balsamo in *can.* 61. *Synodi Trullanæ*, sacerdotem accusatum, & depositum suo tempore, quòd feria quinta maioris Hebdomadæ panes dedisset multis ad furtum deprehendendum, fortassis erat ille panis sanctificatus, & Eucharistia illo die Cœnæ Domini consecrata. 47

Septima probatio per sortes, de qua probatione diximus alibi, & de vsu sortium in definiendis controuersiis: illustris fuit illa de Imperio Constantinopolitano post victum Alexium Murgziphlum: nam Balduinus Flandriæ Comes, Bonifacius Montisferrati, Ericus S. Pauli, & Dandulus Venetorum Dux de eo contendebant: quatuor calices, quorum vnus sacram Hostiam contineret, cæteri vacui essent in æde Apostolorum quatuor Sacerdotibus dederunt, qui ad cuiusque principis nomen tollerent quem habebant, eique traderent, & cui calix Corpus continens obtigisset, ille foret Imperator, ea tamen deinde sortitio displicuit ipsis, & ab ea destiterunt. 48

Octaua purgatio, fuit aliquando vsurpata per rerum quarumdam abiectionem aut deperditionem, vt ex earum deinde insperata recuperatione quidpiam augurarentur, vt peccata sua fuisse condonata, quod de S. Arnulpho Metensi Episc. narrat Fulgos. *lib.6. cap.*9. Hæc probatio continet & Dei tentationem, & inepta est, & si quando à Sanctis viris vsurpata fuit, diuino quodam instinctu, qui in exemplum trahi non debet, acti sunt, vt sapienter monet Delrio *lib.4. disq. cap.4. quæst.6. sub finem.* 49

Nonò narrat Franc. Barret in epistola quadam, 50

 Malabares

Malabares innocentiam rei explorare vel brachio inter ferventis olei dolium immisso, vel ferri candentis attactu, vel per fluuium quem crocodilis infestum habent, si enim immunis & illæsus ab istis omnibus abeat, innoxius habetur. Hæc crocodilina vt Theophil. vocat, probatio damnanda omninò est, cùm crocodilus infestissimum sit homini animal, & proinde non possit quis illæsus, sine miraculo transnatare fluuium illis infestum; & proinde apud Pallad. in Lausiac. *cap.* 150. *& cap.* 59. *&* 19. quod Sancti quidem ab eiusmodi bestiis illæsi abierint, pro miraculo habetur. Hæc igitur purgatio tentationem Dei continet.

51 Decimò notauit Alemmanius, *ad arcanam historiam Procopij, pag.* 80. Constantinopoli iam inde à Constantini ætate fuisse statuam veneris, ad quam fœminæ prodiiæ pudicitiæ insimulatæ probabantur; pudicæ enim ad eam accedētes impunè recedebant, impudicæ reductis inuisibili manu vestibus, & nudatis pudendis, pudefiebant, sed tandem soror vxoris Iustini Imperatoris, cùm illac transiret, probri, nudatione illa, rea facta, statuam comminui curauit. In ea probatione manifestam dæmonis manum licet agnoscere.

Agellius *lib.* 16. *cap.* 10. furtorum quæstiones cum licio, & lance appellat, quod explicat Horman. *in Inst. de oblig. quæ ex delicto*, ex Platon. *lib.* 12. *de legib.* vbi iubet illum qui vult furtum apud quempiam quærere, vt id faciat aut nudus, aut licium habens, & discinctus, ac Deos iuratus legum custodes se reperiendi spe sic furtum inuestigare, alter autem ei domum præbeat, vt in obsignatis, & non obsignatis furtum quærat. Hæ quæstiones lance & licio dicebantur apud antiquos, quia qui furtum ibat quærere in aliena domo, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat, propter matrumfamilias, aut virginum præsentiam, eaque est vetus obseruatio quam in requisitione rei furtiuæ sublatam esse dixit *loc. cit.* Iustinianus. Alij volunt in furto quærendo æs & libram, sicuti in emptionibus adhibita fuisse. Alij agi putant de furto rerum sacrarum, & ad sacrificia, quas Sacerdotes licio cincti quærerent, & ad illas comportandas lancem deferrent. Narrat Plin. *lib.* 5. *c.* 16. æthite lapide deprehendi fures, neque enim deuorare panem æthite conditum, aut alia cum eo lapide concocta, poterant.

52 Hactenus de probationibus quæ vulgares & solitæ sunt, & quibus ferè veritas aliqua comprobari potest, siue agamus in quæstione iuris, siue in quæstione facti; quia tamen vel non suppetunt aliquando probationes eiusmodi, vel ipsæmet satis liquidæ non sunt, vel non satis efficaces, propter varia rerum adiuncta, cogimur sæpissimè vti indiciis quibusdam quibus in cognitionem veritatis sensim deducamur, & ex quibusdam veluti vestigiis latentis feræ criminum cubile perscrutemur, quare de illis indiciis pauca quædam libet annotare, pleniorem disputationem ad iudices ipsos, & fori praxim reiicientes. Moneo dumtaxat illa probari in iure, quod sæpius permittit, vbi nos deficiunt Instrumenta quibus rem nostram esse demonstremus, quibuscumque aliis probationibus vti, *l. indicia* 19. *C. de rei vindic. l. etsi* 3. *C. de fide instrum.* & *l.* 1. & *l.* 5. & *l. si solemnib.* 7. *l. emancipation.* 11. *C. eodem. l. cùm res* 12. *C. de probationib. l. vlt. §. seru. D. de action. & obligat.*

Statuendum verò in primis est, quò actus iudicij, eiusque definitio grauius, maiusque præiudicium reo latura est, eò clariora & vero propinquiora, ac similiora indicia requiri, itáque vrgentiora esse debent ad condemnationem, quàm ad torturam, ad hanc verò quàm ad capturam, quæ etiam grauiora postulat, quàm inquisitio sola etiam specialis, quod ostendit Bruniis *tract. de indiciis* 1. *parte quæst.* 6. *num.* 4. & Brossius *titul. de inquisit. num.* 61. Farinac. *in praxi quæst.* 1. *num.* 4. Ipsaque naturalis æquitas persuadet, quidquid alij contendant in contrarium.

Secundò quædam sunt indicia leuia quæ solùm suspicionem, aut ad summum præsumptionem aliquam gignunt; alia sunt grauia, quæ maiorem præsumptionem pariunt, non tamē faciunt semiplenam probationem; alia denique grauissima, quæ semiplenam probationem faciunt, quæ omnia videbis apud Clarum *q.* 20. Quænam verò indicia leuia, grauia, vel grauissima sint, iudicis fuerit arbitrari, pro ratione causæ & variis illius adiunctis, & circumstantiis diligenter expensis ad normam & mentem iurium scripti, tum consuetudinarij, tum communis, tum municipalis, atque secundùm receptas Doctorum interpretationes, atque opiniones fori, nisi tamen aliunde vel manifestum ius, vel noua aliqua ratio plurimum vrgeat, vt ex his iudex procedat ad inquisitionem, vel generalem tantùm, vel etiam specialem: vel denique ad torturam, vti diximus *art.* 4. vbi & requiramus ad torturam grauiora, delicto proxima, & non tantùm remota indicia, & vnum, vel duos testes si non sint de ipso delicto, sed de eius adminiculis: qua de re in crimine maleficij fusiùs disputat Delrio *lib.* 5. *disquis. sect.* 3. vbi quando vnus testis & nominatio complicis, atque alia quædam indicia sufficiant ad torturam, inquirit. Nos agimus de indiciis cuilibet causæ coniunctis. 53

In quibus vulgò numeratur fama, quæ vt faciat idoneum indicium, debet orta esse à viris, & non à fœminis, nisi in iis quæ ipsos æquè, immò & potius tangunt quàm viros, v.g. abortus, sterilitas, infanticidium, & similia; ita Farinac. *q.* 47. *n.* 161. Debet prætereà fama esse solida, & non leuis, non vaga aut varia, sed constans, crescens, vniformis atque eadem, si enim sint famæ contrariæ simul ortæ, ac testes vtrinque pares, & æquales verisimilitudines, negatiua tollet affirmatiuam, bona malam, estque negatiua etiam quando testes nihil se scire dicunt. Quod si famæ non sint simul ortæ, posterior tollit priorem, nisi hæc meliori fundamento & verisimilitudine nitatur. Tertiò fama debuit oriri tempore delicti commissi, aut paulò post, non verò longò post internallo, vel post inquisitionem, accusationem, & incarcerationem, nisi tamen causa ex quâ fama sumpsit originem, post aliquod interuallum acciderit à commisso crimine, aut post accusationem, inquisitionem, aut incarcerationem: quia eiusmodi fama non potuit oriri priusquam eius fama poneretur. Quartò debet fama illa esse in loco delicti, qui longiùs, aut breuiùs extenditur, non sufficit enim alibi vrgere. Quintò non debet esse aut affectata aut procurata, tunc enim esset potiùs vulgata quædam fictio, quàm fama. Sextò non fuerit mala fama per contrariam bonam superuenientem extincta: quia bonæ famæ semper fauendum erit, nisi grauia quædam momenta contrarium persuadeant. Septimò debet fama esse in eodem delicti genere de quo inquiritur. Octauò denique fama vix vnquam exactè probatur in iudiciis, cùm vix, ipsamet illa exactitudine probari queat, vt videbis apud Mascardum & alios, quare plurima ad eam probationem requiruntur quæ ex illis collegit Delrio *lib.* 5. *sect.* 3 *in* 4. *indicio*; quæ ibi videas licet. 54

Alterum indicium est fuga rei; quæ ante inquisitionem & accusationem gignit suspicionem non leuem delicti commissi, non tamen sola, & sine

adminiculo

adminiculo facit semiplenam probationem. Vide Mascard. *de probation. conclus.* 819. & *concl.* 531. Sanè qui metu subito correptus, ne ex improuiso conficiatur in carcerem, antequam capiatur se se subripit, non præbet nisi leue iudicium, & valdè insufficiens ad torturam. Imò neque si dum capitur, se eripiat è manibus capientium, quamuis captura legitima sit. Qui sponte redit, vel citatus comparet, vel cùm posset iterum fugere non fugit, spontanea sua illa comparitione fugam omninò purgat, & omnia alia indicia debilitat. Hæc & alia indicia fusiùs persequitur Delrio *lib.* 5. *tit. sect.* 3. 4. 5. *&* 6. quæ ex variis iudicialibus praxibus diligenter collegit.

56 Vltimum caput, quod initio proposueramus, continebat singulares quorumdam criminum probationes, neque enim omnis delicta iisdem indiciis, ac mediis probari facilè possunt; sapienter enim Hadrianus rescribens ad Valerianum Verum de excutienda fide testium, monet vti refertur *in l. testium fides* 3. §. *eiusdem. D. de testibus. Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo definiri potest. Sicut non semper ita sæpè sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Aliàs numerus testium, aliàs dignitas & authoritas, aliàs veluti consentiens fama confirmat rei de qua quæritur fidem. Hoc ergo solùm tibi scribere possum summatim, non vtique ad vnam probationis speciem, cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te existimare oportere, quid aut credas, aut parum tibi probatum opineris.* Ex quibus sapientissimi Imperatores verbis colligunt interpretes & practici esse plenè in arbitrio iudicis, an plenè aliquid probatum sit, an non; quare Decius, dixit *consil.* 94. *&* 445. probationes omnes esse arbitrarias, & ad merum iudicum arbitrium perpetuò dubias, quod ita intelligendum esse volo, vt iudex non possit suo arbitrio vim probationis aut minuere, aut augere, sed vt volebat Imperator, non esse alligatum vni generi probationum, sed singulas debere diligenter expendere, & videre quid ex illis certò, aut probabiliter confici debeat, attenta tum criminis natura, tum probationis, vt reiiciat quæ reiicienda sunt, admittat quæ admitti debent pro singularum momentis. His in vniuersum ita constitutis, placet quomodo singula facta probari possint, inquirere.

57 Atque in primis quæritur quomodo quis probetur esse filius alicuius. Primò quidem affirmatione testium, atque epistolis mariti ad vxorem missis, *l. Imperatores* 29. *D. de probationib.* Secundò licèt quia confessus sit aliquem esse suum filium, non statim efficitur eum esse filium, nam admittitur probatio in contrarium, *l. neque* 5. *C. de testam.* & *l. non nudis* 14. *C. de probation.* vbi dicitur, non nudis assertionibus nec ementita professione, licet vtrique consentiant, sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemni filij, ciuili iure filij constituuntur. Obseruatque glossa *in l. neque natales* 10. *C. eodem*, per natales intelligi scripturam natiuitatis, quam *παιδογραφίαν*, Modestin. *in l.* 2. *D. de excusation. tutor.* nominat. & *in l. non epistolis* 13. *C. eod.* licèt epistolæ non plenè probent, iunctas tamen cum aliis adminiculis plurimum conferre ad natalium probationem, siue semiplenè probare dicitur. Quod autem *in l. non nudis* 14. *cit.* dicitur nudas assertiones sufficere ad hanc probationem, distinguere oportet assertiones, & nudas epistolas ab instrumento dotali, quo inter humanas conuentiones nihil augustius, nihil firmius est.

Quare qui eiusmodi connubialibus tabulis filij legitimi nominati sunt, pro eiusmodi habentur, quidquid in contrarium obiiciatur, ideóque cùm quæsitum esset an. 1582. an nepotes legitimi eius qui dotali instrumento, filium naturalem, appellauerat filium suum legitimum, cogi deberent liberos ex illius filij matrimonio ad portionem hæreditariam bonorum aui admittere; cogendos omninò esse respondit Senatus eodem anno pridie Assumptionis, in splendida purpura; quod decretum refert Choppin. *ad leges Andium lib.* 3 *c.* 3. *tit.* 2. *sub fin.* Concessas quoque similes vindicias auitæ hæreditatis liberis filij naturalis, qui nominatus fuerat filius legitimus tabulis connubialibus, an. 1592. die 28. Iulij Turonibus existente Senatu, Lutetia tunc rebellante, refert Annæ Robert. *lib.* 2. *rerum iudicatarum, c.* 8. idemque iudicatum in maiori Auditorio ann. 1598. testatur Mornac. *in citatam l. non nudis assertionibus*; qui tamen sapienter monet illis Senatus decretis, dolum dumtaxat, insidiosasque patris naturalis asseuerationes mulctari, maculam autem natalium non elui, neque nomen legitimi notho adstrui, sed deinceps illegitimum habendum esse; quare non licet priuato sola sua asseueratione legitimum efficere *vt l.* 14. *cit.* pronuntiant Imperatores. Duobus itaque dumtaxat modis fiunt apud nos legitimi qui non erant, nempe per subsequens matrimonium, & principis rescriptum supremo Decuriæ ratiociniorum iudicio confirmatum: poterit tamen naturali filio donare pater omnia sua mobilia, & quæstus, vti decreuit Senatus anno 1579. die 14. Aprilis, & anno 1618. 25. Maij in maiore Auditorio: immò & similem donationem à matre notho suo factam confirmatam fuisse à Senatu anno 1584. die 27. Martij, refert Mornac. *in l. cit.* Denique asseueratio matris negantis filium legitimum esse, non probat *l.* 29. §. *fin. D. de probationibus*, vbi mulier grauida repudiata filium enixa absente marito, spurium in actis professa est. Respondet Scæuola professionem à matre irata factam non obesse, & veritati locum esse, quæ proinde aliis modis inquirenda erit. De fœminarum simili ira, vt maritis negotium ea ratione faciant, abnegando prolem legitimam esse, plurima huc liceret afferre, sed iam longior est hæc disputatio.

Secundò subiectus partus difficillimè probatur, 58
maximè si ambo parentes charum haberent, *l.* 1. §. *ad quæstionem*, *D. de quæst.* 6. Diui fratres ad Lucium Tyberianum rescripserunt *non facilè credendum subiectam eam, quam ambo parentes dicuntur charam filiam habuisse.* Immò licèt mater asseueret filiam suppositam, non credetur eius dicto, *l. penult. D. de prob.* vide Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 56. neque refert quod in extrema vita id dicat, diciturque filius fatuus qui credit matri asserenti spurium esse, qualis fuit ille qui idcirco regno renuntiauit. De quo Bald. *in l. filium eum definimus, D. de his qui sunt sui vel alieni iuris.* Vide eundem Bald. *consil.* 74. *primi volum.* & Felin. *in cap. per tuas, de probat.* Sanè quocúmque tempore sit conceptus, natusve filius constante matrimonio, censetur legitimus, licèt adulterata sit vxor, vide Alexand. *lib.* 7. *cons.* 88. & ibi Molin. idémque fusius tradit Eustath. *lib.* 1. *in odyss.* quia tota ista res nititur coniecturis quæ vix eo casu nisi ex longissima viri absentia sumi possunt idoneæ. Eas coniecturas dabit Benedict. *ad caput Raynutius, vers. qua filium ex eo suscipiens. n.* 14. *&* 15. *part.* 3. Boeri. *decis.* 299. Couar. *ad cap.* 8. §. 3. *de testament.* cùm quidam Franciscus Danton instituisset hæredes filios gnati sui, si probarent se esse legitimos eius filios, sin minus eis lega-

bat mille aureos eleemosynæ nomine, reprobauit hanc conditionem Senatus anno 1598. 2. Martij. Denique vt ait Paul. *in l. quia semper, D. de in ius vocand.* mater semper est certa, etiamsi vulgò pepérit, pater vero est quem nuptiæ demonstrant, idcirco filius constante matrimonio natus, semper legitimus præsumitur. Osorius *lib. 2. histor. Lusitan.* ait Naeras Patrinos Catecutianos instituere hæredes non filios, sed ex sororibus nepotes, quia certiores putant cognatos, quàm filios.

59 Tertiò libertas & ingenuitas non probatur idonee ex patris natalibus ingenuis, & honoribus, ac dignitatibus quibus functus est, cùm nihil prohibeat & patrem esse ingenuum, & filiam eius ancillam, *l. neque su. C. de probation.* Idem dicitur de aui paterni functi dignitate, quæ nihil nepoti potest ad libertatis probationem: siquidem in liberali causa matris, non patris inspicitur conditio, sed neque materni aui sola sufficit, eùm licèt auia quoque libera probari possit, multis tamen ex causis status mutari consueuit. Ita sanciunt Imperatores *in l. aui 28. C. de liberali causa.*

Secundò ad ingenuitatem probandam ostendendum est matrem consequutam esse libertatem ante partum; neque fratribus non fuisse motam quæstionem de ingenuitate, quidquam proderit, *l. matrem 17. C. de probat.* & *l. multis 17. C. de liberali causa.* Ratio euidens est, quia potuisti ex matre antequam libera esset, nasci, & potuit te nondum libera, fratres verò tuos iam libera facta peperisse.

Tertiò denique, non solis testibus probatur sufficienter ingenuitas, sed instrumentis, aliisve argumentis quibus iuuetur probatio testium; *l. 1. C. de testibus.* Idem seruatur hodie in Gallia cùm de nobilitatis probatione agitur; instrumentis nempe vtendum esse, quod obseruat Mornac. *in eam l. 1.* vide celeberrimum fisci patronum Lebretium *action. 36.* satisque fuerit si quis se patre, & auo nobilibus natum esse ostendat, sapienter enim Liuius *lib. 10.* *En vnquam fando audistis Patritios primò esse factos, non de cælo demissos, qui patrem ciere, auumque possent,* idest, nihil vltra quàm ingenuos. Negandum tamen non est clariorem esse nobilitatem quæ longiùs repetitur, & plura auorum stemmata numerat. Si quando genus alieuius authores quidpiam admiserunt, vnde nobilitate excidant, Principis deinde rescripto restituuntur, & vt loquimur rehabilitantur, neque ea interruptio nocet posteris. Quæsitum verò est anno 1618. an si fœmina nobilis nobili primum nupta fuerit, deinde plebeio, & ætatio, diuidenda sit ex æquis partibus hæreditas illius inter liberos, citra vllum primogenij ius intèr liberos ex secundo matrimonio natos, censuitque Senatus die 3. Iunij partienda esse bona inter nobiles, intermissam enim dumtaxat fuisse nobilitatem gentis per casum & culpam matris, quæ secundas nuptias cum plebeio inierat, non autem ademptam liberis qui non à matre, sed ab auis, & abauis illam accepissent. Verùm de nobilitate ex matre ducenda alibi disputandum est. Simili quoque modo non probatur seruitus ex consensu matris & fratris qui sunt ingenui, aut quod illi aliquando seruilia fecerint, *l. ad probationem 22. C. de probation.*

Quartò origo & familia non probatur ex solo nomine, sed aliis modis demonstrari debet, quod Imperatores Verus & Antonin. rescripserunt, *l. Imperatores 38. §. pen. D. ad municipalem.*

60 Quintò quomodo probetur ætas diximus *lib. 3. cap. 4. art. 3. vbi de minoribus.* Primò ex professione liberorum quæ fiebat apud Romanos, de quo more vide Brisson. *lib. 1. cap. 3.* & *dum diuersæ professiones* proferebantur ex ea potissimum annos computari oportebat, ea qua præcipuè fidem ea in re constare credibiliùs videbatur, vt ait Celsus *in l. cum de ætate 13. D. de probation.* Hodie codices baptisterianos consulimus, de quibus Chopin. *lib. 1. tit. 10. de Domanio,* & *lib. 2. tit. 7. de moribus Paris.* & Rebuff. *ad constitut. anni 1539. art. 51. tractatu de registris, seu libris baptismi, sepulturæ,* &c. Secundò matris professio de ætate filiorum recipienda est; immò & auiæ, *l. etiam matris 16. D. de probat.* quia matres certiùs norunt filiorum ætatem quàm alij, ob partus dolores, & nutricationis labores, & vt ait Menander cognoscit mater filium, pater putat. ἡ γὰρ αὐτῆς οἶδεν υἱὸν, ὁ δ᾽ οἴεται. Alia vide loco citato.

Sextò solutio facta probatur primò si in rationibus creditoris scriptum sit solutum esse *l. 2. §. fin. C. de quadriennij præscription. l. 2. C. de discussorib.* & *l. securitatee 11. C. de subscription.* 61

Secundò si chirographum debitori sit redditum, vt diximus superiori *lib. 5. cap. 1. art. 9.*

Tertiò per scripturâ & non per testes *l. testium 14. C. de testib.* nisi tamen, vt ibidem constituit Iustinianus, quinque testes idonei, & summæ atque integræ opinionis præsto fuerint solutioni celebratæ, sique cum sacramenti religione deposuerint, sub præsentia sua debitum esse solutum. Si tamen facta quidem per scripturam se uritas sit, fortuito autem casu vel incendij, vel na. agij, vel alterius infortunij perempta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testes probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere. Hactenus Imperator. Ratio petenda est ex leuitate, & facili corruptione testium, de qua etiam Callistrat. *in l. Diuus, D. de re iudic.* & Vlpian. *in l. 9. D. ad l. Corneliam. de falsis.* Ideóque Isæus Athenien. existimabat conuenientius esse indubitatis signia, quàm testibus credere δοκεῖ μοι τεκμηρίοις μᾶλλον ἢ μάρτυσι πιστεύειν, *oration. de Nicostrati successo*: hac falsitate testimonij infames erant Cappadoces, interest tamen reipublicæ non ex leuitate testium causas honestorum hominum ponderari, inquiebat Tullius *in ea pro Sylla.* Hinc verò factú vt edicto regio testimonia in iis quæ summam centum libellarum Francicarum superant, reiiciantur tanquam inutilia, quod autem in constitutione citata Iustinianus requirit quinque testes qui viderint solutionem & numerationem pecuniæ, dedit occasionem controuersiæ, an cæcus possit esse testis, quod negant passim, quia non sufficit auditus aut in testamentis, aut in contractibus, cùm plurimi vocem aut testatoris, aut contrahentis simulent, quod illustribus exemplis confirmat Mornac. *in l. 14. citatam. C. de testibus.*

Quartò continuata tribus annis solutione probata, reliquorum annorum præcedentium solutio probata præsumitur, *l. quicumque 3. C. de apochis publicis*; quod tamen ita intelligas, vt si debitor certò sciat se non soluisse illis annis, non liberetur obligatione soluendi, quamuis in iudicio solutio illorum annorum ab eo repeti non possit.

Quintò denique probatur solutio per apocham, de qua egimus *superiori libro, cap. 1. art. 9.*

Septimò malæ fidei possessio non probatur ex stipulatione dupli in casu euictionis, quia inde alienæ rei scientia conuincitur, *l. non ex eo 20. C. de euiction.* & alioquin præsumitur bona fides in possidente nisi contrarium ostendatur. Vide 62

Alciat.

Alciat. *de præſumption. regula 5. præſumptione 5.*

63 Octauò dominium non probatur dumtaxat inſtrumẽtis emptionis, ſed alijs quibuſcumque legitimis probationibus *l. proprietates 3. C. de probation. l. Dum ſuper eo 10. C. de rei vindicat. l. indicia 16. C. eod. l. etſi 3. C. de fide inſtrument. l. 1. C. eod. l. ſicut. 5. in fine l. ſi ſolemnibus 7. l. emancipatione 11. C. eod. de fide inſtrument. l. cùm res 12. C. de probation. l. vlt. §. Seia. D. de action. & obligat.* Deinde non oſtenditur dominium ex locatione, neque ſi quis rem locauerit ſequitur locatorem eſſe illius rei dominum, *l. ad probationem 23. C. de locat.*

64 Nonò liberatio probatur ſi creditor à defuncto debitum nunquam exegit. *l. Procula. 26. D. de probation.* Ratio eſt quia dolus, maláque fides præſumitur in eo qui differt agere, quamdiu pars viuit, atque in id tempus quo difficiliorem fore defenſionem ſpectat, qua de re conſule Molin. *ad conſuet. Pariſ. §. 44. n. 26.* & *conſilio 28. ſub fin.* qui enim refugit iudicium, apparet illum de iuſtitia diffiſum, *c. Chriſtianis 11. quæſt. 1.* De variis porrò liberationum ſpeciebus diximus *lib. ſuperiori, cap. 1. articulo 9.*

65 Decimò matrimonium non probatur ſolis tabulis, quia illæ vt ait Papinianus non faciunt matrimonium: quare an & maritalis honor & affectio præceſſerint perſonis comparatis, vnáque coniunctione conſiderata, perpendendum erit ex eodem Papiniano, *l. an maritalis 22. D. de donationib.* Verùm de probationibus ſufficientibus matrimonij, longior eſſet diſputatio, & alieno loco, quare omittenda videtur, vt & aliæ quædam controuerſiæ, vt de probatione doli mali, metus, & ignorantiæ, fideicommiſſi, naufragij, validitatis teſtamenti, quæ ſuis quæque locis expendendæ ſunt, quare iis omiſſis probationibus, duo tantùm genera illarum expendere placet, an ſint licita, & efficacia.

66 Primum eſt circa probationem virginitatis & incorruptionis virgineæ, an adhibenda ſit inſpectio & contrectatio ab obſtetricibus, & alijs honeſtis matronis, eam enim reiicere videtur & ipſa turpitudo, & ferè inutilitas eiuſmodi inſpectionis, cùm vt ait Cyprianus, cuius tamen authoritate hanc probationem inducunt, *in cap. ne cuiquam, & cap. quod ſi pœnitentia 27. quæſt. 11. manus obſtetricum & oculi ſæpè fallantur*, & ipſius virginitatis quæ exploratur, perdendæ periculum afferunt obſtetrices, inquit Auguſt. *lib. 1. de ciuitate cap. 18.* Virginis cuiuſdam integritatem manu velut explorans obſtetrix ſiue maleuolentia, ſiue inſcitia, dum explorat, perdidit. Sed nemo vehementius hanc obſcænæ, & turpis explorationis inſulſitatem & fallaciam reiicit Ambroſ. *lib. 6. ep. 1. ad Syagrium* Veronenſem Epiſcopum, docétque addici ſocias virgines ad eiuſmodi ludibria, quæ & viſu, & auditu horrori & pudori ſunt. Deinde exemplis & ratione pluribus oſtendere pergit quàm periculoſa & fallax ſit ea inſpectio & contrectatio, & tandem poſt longiorem diſputationem claudit his verbis: *Qui ergo negamus inſpiciendas virgines, interim quod nuſquam legerim non adſtruo, nec verum arbitror.* Vides igitur Ambroſij ætate inſolitum fuiſſe in Eccleſia hunc explorandæ pudicitiæ & virginitatis modum. His omnibus adde, etiam apud Ethnicos improbatam fuiſſe eiuſmodi inſpectionem, & nudationem etiam in maribus quorum ætatem nõ eſſe probandam corporis inſpectione & nudatione demonſtrauimus *lib. 3. ſuperiori c. 4. art. 3. §. 1.* hanc nihilominus inſpectionem probari à foro Eccleſiaſtico vno coniuge affirmante impotentiam, altero negante, ex *cap. continebat de ſponſ. impub. cap. ſi quis acceperit 33. q. 1.* paſſim Doctores iuris canonici inducunt, Ioan. And. Abbas, & alij cum varijs Rotæ deciſion. illos adducunt Sanch. *lib. 7. de matrim. diſp. 107. 108. & ſeq.* Pontius *lib. 7. de matrim. cap. 63.* & alij qui eas inſpectiones in diſſidio impotentiæ inter coniuges nullo alio ſufficienti ſigno occurrente admittunt, & tamen totam eam probationem fallacem eſſe fatentur.

Quod verò dicitur de ſignis virginitatis, quæ *Deuteron. 22. v. 15. & 17.* exhibentur à parentibus virginis, quam vir corruptam fuiſſe exprobrabat, & à ſe non inuentam virginem, illa non conſiſtebant in teſtimonio matronarum, quæ virginalia ſponſæ inſpexiſſent, priuſquam viro daretur & ſcripto authentico cõſignaſſent, ſed in linteo ſanguine tincto, quem aiunt profluere ex primo congreſſu cum virgine, vel rumpendo hymenem, & membranam quæ clauſtrum virginitatis dicitur, vel genitales partes, labiave adſtricta violenter dilatando, vt ait Galenus *lib. de diſſectione vuluæ.* Franciſc. Valeſius *de ſacra philoſophia cap. 25.* & alij deinceps anatomici. Hoc igitur linteum cruentatum non ſine teſtibus, præſento ſponſo, & tabellione, vt exiſtimat Abulenſ. *in c. 22. Deuter. q. 4.* dabatur parentibus puellæ, vt proferri poſſet ab illis in argumentum virginitatis filiæ, cùm collocata eſt marito. Lex autem iſta non loquitur, niſi de iis quæ de vulgò ſolent euenire, dum ſoluitur illa naturalis adſtrictio, & virgo corrumpitur, non ſine ſanguine, quod neque perpetuum eſt, neque proinde probatio illa vſquequaque certa, in qua tamen nullam vides fuiſſe aut turpem inſpectionem, aut contrectationem matronarum, neque deerant alia virginitatis ſigna. Vnde apud Euripid. Alceſtes ὦ λέκτρον ἔνθα παρθένει' ἔλυσ' ἐγὼ κορεύματ' ἐκ τοῦδ' ἀνδρὸς: ô lectum vbi virginitatis ſolui ego, ſiue ſigna virginitatis & pubertatis ſignave iſtius ex viro iſto. Auguſtinus dixit virginalia, Hebraicè virginitates caret ſingulari, dicuntque virginitates, hoc eſt παρθένια. Græci quoque habent παρθένια. At vero ὁ παρθενίας, & ὁ παρθένιος eſt filius quem quis legitimo concubitu genuit, ex ea quæ videbatur virgo, & non erat, minus enim infamis habetur quàm σκότιος natus ex furtiuo concubitu.

Altera vulgaris probatio eſt circa crimen ſortiariorum, & ſagarum quod certò quidam deprehendi exiſtimant ex ſtigmatiſmo, ſiue nota, quam illis dæmon in aliqua corporis parte imprimit. Supponendum verò eſt contra Godelmanum *lib. 3. de magia cap. 3. num. 28.* & Vierum ſagarum patronum, *lib. 6. de præſtig. cap. 24. ad quartam obiectionem*, dæmonem vt magos & ſagas ſibi tanquam ſeruos, & mancipia addicat, illos ſæpiùs aliqua nota & ſtigmate inſignire, quod tamen neque perpetuò facit, neque in eadem corporis parte notat. Huius ſtigmatiſmi exiſtentiam, naturam, effectum & cauſas omnes tum phyſicas, tum morales fuſiſſimè explicat in erudito opere de ſtygmatiſmo *ſect. 3.* Theophilus Raynaudus, in quod quidquid de hiſce notis dici poteſt ex omnibus ſcriptoribus qui de magia, ſagis, ſortiarijs, maleficiis, hactenus ſcripſerunt, coniecit, & diligenter expendit. Illum adi nec vnquam legiſſe te pœnitebit. Suppoſita veritate dæmoniaci illius ſtigmatis, quæritur an eiuſmodi ſtigmata vbi in aliquo reperiuntur, probent illam ſtigmatiatam maleficam, magam, vel ſortiariam eſſe, & è contrario eius carentia abſoluat reum ab eo crimine, quandoquidem neque in omnibus verè tamen reis reperitur, & aliquando cum nota genitiua 67

confunditur, aliàs ab ipso satana qui impressit, obliteratur, aliàs difficillimè cognoscitur, ipsique peritiores adhibiti, nonnumquam post explorationem dissentiunt. Denique eæ notæ non sunt eiusdem generis, & in secretioribus aliquando, partibus occultantur, plurimæque demùm fraudes in ea exploratione committuntur. Idcircò hæc stigmata neque sufficere ad rei damnationem, neque illorum carentiam demonstrare immunitatem criminia tradunt Binsfeld. *in comment. ad titulum, C. de maleficiis, indicio* 4. Delrio *lib.* 5. *disquis. magic. sect.* 4. *n.* 28. & alij quos adducit *in citato opere cap.* 9. Raynaud. vbi & integram consoltationem Petri Tonduti Domini de Sanleger. nobilis scriptoris, & Iurisconsulti refert, qua totam controuersiam paucis explicat tribus assertionibus. Prima est, eiusmodi dæmoniacas notas vbi certò deprehenduntur, facere aliquod indicium criminis, & præsumptionem. Secunda est, hoc indicium non sufficere etiam ad torturam nisi iunetur aliis adminiculis, quia non est indicium delicto proximum, sed remotum, cùm non tangat directè delictum, neque concludat directè, sed tantùm indirectè ad verificationem delicti, cùm non conueniat omnibus qui de crimine conuincuntur, & aliquando etiam carceratis notas illas dæmon deleat, aut in aliam corporis partem transferat: deinde non est indubitatum indicium, cùm in ea nota dignoscenda ipsi periti & dissentiant, & fallantur, ita vt à primis exploratoribus licèt peritis, ad peritiores aliquando prouocatum sit; qui postremi iudices in diuersas sententias abierunt, vnusque notam dæmoniacam esse affirmauit, alter negauit, vbi verò concurrunt alia indicia & adminicula, & constiterit de vero illo stigmate, poterit ad torturam deueniri propter atrocitatem criminis. Tertia assertio quæ ex prioribus sequitur, est, non sufficere hoc indicium ad condemnationem, quandoquidem neque ad torturam sine concursu aliarum coniecturarum & adminiculorum sufficere diximus. Atque hactenus de probationibus, quantum nostri instituti ratio postulabat.

ARTICVLVS IX.

De Aduocatis.

Aduocare quid sit in iure. 1.
Quid aduocatus. 2.
Quid cognitor. 3.
Quid pragmaticus. 4.
Aduocati Ecclesiarum, siue defensores. 5.
Quibus modis constitueretur hac aduocatio. 6.
Munus istorum aduocatorum. 7.
Primum, tuebantur causas Ecclesia in iudicio. ibid.
Secundum, armis defendebant. 8.
Bona facta ab Ecclesiis istis aduocatis. 9.
De aduocatis qui causas agunt. 10.
Eorum dignitas & vtilitas. ibid.
Numerus eorum. 11.
Quomodo adscripti matricula. 12.
Quinam ab eo munere reiecti. 13. 14. 15. 16. 17. 18.
Aduocatorum priuilegia. 19.
Stipendia & honoraria. 20.
Obligationes ipsorum. 21. *& sequ.*
An aduocati possint & debeant fieri iudices. 23.
De negligentia aduocati. 24. 28.
Quid, si nouit causam iniquam, debeat prastare. 25. 26.
Ad quid teneatur si impediat ne crimen sui clientis probetur. 27.
Quid si causa sit solum probabilis, quomodo se geret. 29.
De imperitia aduocati. 30.
Quid suadere debeat clienti. 31.
An possit stipendia capere. 32. *ad* 39.
De iuramento prastando ab aduocatis. 40.

ADuocare licèt propriè significet, vocare ad se, 1
in iure tamen erat aliquos patrocinij, vel consilij, vel testimonij causâ conuocare; qui nimirum in iudicio adessent, vt vel sua præsentia, & authoritate causæ fauerent, vel dicenti patrono ius suggererent, vel etiam vtrumque præstarent, vti obseruat Ascon. *in* 1. *Verrinam*: & facilè colligitur ex Tullio *pro Quintio, num.* 66. *&* 69. *&* 71. Qui igitur ab amicis in iudicium vocati, in eorum gratiam veniebant, vt vel sua præsentia, & authoritate causam amici iuuarent, vel etiam patrono suggererent; ij dicti sunt aduocati. Cicero *lib.* 2. *de orat.* 196. *Cùm ergo C. Marium crebrè appellans, collegam ei suum commendarem, atque ipsum aduocatum ad communem Imperatorum fortunam inuocarem.* Et *lib.* 1. *officior. num.* 32. *Vt si constitueris te cuipiam aduocatum in rem præsentem esse venturum, atque interim grauiter ægrotare filius cœperit, non sit contra officium non facere quod dixeris.*

Aduocabantur etiam, vt initio dixi, testimonij causâ, siue vt testes essent. *Tusc.* 3. *Sapientis cogitatio non fermè ad inuestigandum, oculos habet aduocates*, id est, non vtitur testimonio sensuum. Aduocati igitur testes dicebantur. Tull. *orat. pro Cecinna, num.* 29. *Æbutium cum armatis fuisse compluribus, cum aduocatis perpaucis eò venisse Cacinnam.* Apud Plaut. *in Pœnulo, act.* 3. *sc.* 5. *Agerastocles suum apud lenonem seruum & pecuniam certis aduocatis præsentibus deprehendit.* Et deindè *sc.* 6. ait.

—— Factum à vobis comiter,
Bonam dedistis aduocati operam mihi,
Cras manè quasi in comitio estote obuiam.

Hinc falsi crimine, & lege Cornelia tenentur qui ad litem instruendam, aduocationem, testimoniave, pecuniam acceperint, vt ait Marcian. *l.* 1. *D. ad l. Corneliam de falsis.* Et Hermogenian. *in l.* 2. *D. eod.* Plautini tamen aduocati sine mercede ab Agorastocle dimissi admurmurabant.

Iniuriam illic insignitè postulat
Nostro sibi seruire, nos censet cibo.

Distinguit tamen Hotmannus inter aduocatos & testes, quod aduocationes essent hominum iurisperitorum, testes verò quorumuis.

Denique aduocati dicebantur qui in alterius 2
causâ in iudicio dicebant *l.* 1. *D. de extraord. cognit. In honorariis aduocatorum ita versari iudex debet, vt pro modo litis, proque aduocati facundia, & fori consuetudine, & iudicij in quo erat acturus, æstimationem habeat.*

Et denique ibidem ait Vlpianus; Aduocatos accipere debemus, omnes omninò qui causis agendis quoquo studio operantur: non tamen omnes aduo-

cati

cati nomen habuerunt, sed alij patroni, alij pragmatiei, alij procoratores dicti sunt, qui omnes eùm causis agendis suu modo operentur, aduocati dici possunt, ex allata vniuersali Vlpiniani definitione.
3 Cùm tamen sicut operâ, ita & nomine differant, vti obseruat Ascon. *In diuination. Qui defendit*, inquit, *alterum in iudicio, aut patronus dicitur si orator est, aut aduocatus, si aut ius suggerit, aut præsentiam suam commodat amico: aut procurator, si negotium suscipit: aut cognitor, si præsentis causam nouit, & sic tuetur causam. Ergo cognitorem Cicero appellauit familiarissimum defensorem.* Aduocatus igitur alius est à patrono. Terent. *in Eun. act.4. sc.6.*

Tu abi atque ostium obsera intus, ego dum hinc transcurro ad forum

Volo ego adesse hic aduocatos nobis in turba hac.

Et apud Liui. *lib.3.* Virginius Sordidatus filiam secum obsoleta veste, comitantibus aliquot matronis cum igenti aduocatione in forum adducit: & Cicer. pro Sylla; *Sed si tuus parens etiam in illa suspicione periculi sui, tamen humanitate adductus aduocationem hominis improbissimi sella curuli, atque ornamentis suis & consularibus honestauit; quid quamobrem qui Catilinæ affuerunt reprehendantur.* In quibus omnibus vides neque aduocatos sumi pro iurisperitis & causidicis, neque aduocationem pro cætu patronorum, atque causidicorum, sed amicorum potius coactorum, ad opem, fauoremque præstandum; atque vti initio monuimus, aduocare, esse ad consilium opitulationemque præstandam amicos accersere; quippe, vt ait Budæ. *annotat. in Pand.* hominum vel consultorum, vel authoritate, opibusque pollentium comitatus, & studium, vel reum, vel actorem, fauorabiliorem facit; interdumque reum noxæ eximit, interdum iuri vim affert. Inde illæ Ciceronis querelæ pro Quintio. *De fortunis omnibus P. Quintius deturbandus est, potentes, diserti, nobiles omnes aduocandi sunt, adhibenda vis est veritati, minæ iactentur, pericula intendantur, formidines opponantur, vt iis rebus aliquando victus, & perterritus ipse cedat.*

Aduocatus igitur non est necessariò vel Iurisconsultus, vel orator qui in causa dicat, sed quoquo modo, vt ait Vlpian. causæ ferat opem. Quintilian. *lib.11. cap.vlt.* loquens de actione; *Incumbere aduocato aduersis subselliis sedenti iam contumeliosum est.* Vbi vides aduocatum distingui à patrono, & actore, quem tamen aliquando cum ipso confundit *lib.4. cap.1. Ideóque agere aduocato, quàm litigatori facilius: quia & laudat sine arrogantia crimine, & aliquando etiam vtiliter reprehendere potest*: & mox. *Ideò primùm intuemur litigatoris an aduocati personâ sit vtendum.* Alibi tamen, vt *l.2. & l.6. C. de postulando*, aduocati præbent patrocinia iurgantibus.

Cognitor erat quem hodie procuratorem iudicialem vocant. Cicero *in diuinatione. Me defensorem calamitatum suarum, me vltorem iniuriarum, me cognitorem iuris sui, me actorem causæ totius esse voluerunt.* & *Verrin.3. Cum esset Sthenius ciuitatis suæ nobilissima cognatione, plurimis amicitiis, inuenire neminem Siculum potuit, qui se pro cognitore ferret;* & pro Roscio Comœdo. *Quid interest inter eum qui per se litigat, & qui cognitorem dat; qui per se litem contestatur, sibi soli petit; alteri nemo potest, nisi qui cognitor factus est. Itáne verò, cognitor si fuisset tuus, quod vicisset iudicio ferres tuum, suo nomine petiit; quod abstulit sibi non exegit.* Aliquid tamen Festus inter cognitorem & procuratorem distinguit. *Cognitor*, inquit, *est qui litem alterius suscipit coram, ab eo cui datus est. Procurator autem absentis nomine, auctor fit.* Quod dixit etiam nuper Ausonius & Paulus *lib.1. sent. tit.2. & 3.* & C. Theodos. *de cognit. & procurat.* vbi vide quoque interpretem Ananiam *in l. vlt.* Dictus quoque fuit cognitor qui aliquem nouit, & homini peregrino adesse potest, quasi commendator aut conciliator. Cicero *in Verrin. 3. Credet. P.R. his Equitibus Romanis qui ad vos antea producti testes ipsis inspectantibus, ab isto ciuem Romanum, qui cognitores honestos homines daret, sublatum in crucem esse dixerunt*: hoc est, qui homines honestos Prætori daret testificatores, illum esse ciuem Romanum: & *vlt. Verr. Tum si tibi ita videretur, hoc iuris in omnes constitueres, vt qui neque tibi notus esset, neque cognitorem locupletem daret, quamuis Romanus esset, in crucem tolleretur.*

Cognitor etiam aliquando est ipse iudex qui de causa & iudicio disceptat. Vndè est illud Prudentij, *hic tùm cognitor pronuntiauit, claudatur infans carcere.* Idem cognoscens dicitur *l.1. §. calumniatoribus. D. ad S.C. Turpillian.* Cognitio quoque diuersas in iure significationes habet.

Pragmaticus ab aduocato, & Iurisconsulto distinguitur ab Vlpian. *l.9. §. 1. D. de pœnis. Solet autem ita vel iuris studiosis interdici, vel aduocatis, vel tabellionibus, siue pragmaticis.* Vbi Accurs. ineptè interpretatur eos, qui pragmaticas sanctiones scribunt. Erant enim pragmatici homines forensis professionis, qui causarum actores interdum iuris ignaros monebāt, iuris responsa, formulasq; actionū subministratores, postici, inquit Budæ. quasi admonitores dicendorúmque suggestores, quum ad iuris disceptationem ventum erat. Hinc Cicero *lib.1. de orat. Itaque non vt apud Græcos infimi homines mercedula adducti ministros se præbent in iudiciis, oratoribus ij qui ab illis pragmatici vocantur*: & Quintilian. *lib.12. cap.3.* dum probat, oratori necessariam esse iuris ciuilis scientiam. *Quid si forte*, inquit, *peritus ille iuris non aderit? neque ego sum nostri moris ignarus, oblitusve eorum, qui velut ad arculas sedent, & tela agentibus subministrant. Neque idem quoque Græcos nescio factitasse; vndè nomen iis pragmaticorum datum est.* Olim igitur pragmaticis forum Romanum non dabatur: quare Iuuenal. *satyra 7.* 4

—— Si contingit aureus vnus,

Indè cadunt partes in fœdera pragmaticorum.

Dicuntur & pragmaticarij *in lege Zenonis. C. de diuersis rescriptis*, eiusmodi enim vocabula, quod obseruat Budæ. Græcorum Principum tempora pepererunt post translatum imperium, & libros postremos codicis, præcipuè portenta verborum inuaserunt, quibus hodie in ipsis vocabula barbara planè mixobarbaraque leguntur, & proba corrupta. Hactenus Budæus, qui & addit inter pragmaticos numerari posse, quos hodie solicitatores appellant, qui sunt institores quidam forenses, & causarum curatores. Sed redeamus ad aduocatos.

Cuius nominis fuit & alia deinceps posteriori æuo significatio, ab illa enim cura, patrocinio, & ope tuendi alicuius causam, & suscipiendi eius negotium, dicti sunt aduocati, qui tutelam & defensionem alicuius Ecclesiæ vel collegij Sacerdotalis suscipiebant, erantque eius protectores ac defensores. Dixere maiores nostri *Aduoës*, vel *aduoües*, vel contractè, *voüës*, vel *aduoiers*, eorumque munus aduocatio, vel aduocatia, quæ vox etiam aliquando significat, negotij alicuius publici procurationem à superiore demandatam, vt *lib. 2. feud. tit.27. 15. Quicunque aduocatiam suam vel aliquod aliud beneficium inordinatè tractauerit, pro violatore*

pacis habetur; quamquam ibi Hotman. *in commentar.* existimet eo loco agi de iudice & causarum disceptatore; de quo etiam in Lomb. *lib.* 2, *titul.* 47. *Vt praui aduocati tollantur, & tales eligantur, qui sciant, & velint iustitia causam discernere, & determinare.* Alij erant viri nobiles aliqui quibus Ecclesiæ, vel cænobij tutela & defensio demandabatur: quæ tutela dicebatur aduocatia, & *aduoüerie*; quod munus inductum fuit post consulatum Stiliconis ad tuenda Ecclesiæ bona contra potentiam, & auaritiam Laïcorum, qui illa sibi vsurpant; *canon.* enim 99. *Concilij Carthagin.* post consulatum Stiliconis inducta est aduocatorum defensio pro causis Ecclesiæ. De his aduocatis vide Bignon. in notis ad *lib.* 1. *Marculphi*, Franciscum Pithæum, & Spelmanum in suis glossariis. Petrum Pithæum *in historia* Comitum Campaniæ. Ritterhusium *in Saluianum*, Menagium *in originib. ling. Gallic.* & omnium fusissimè Andræam Quercetanum, *in histor. Genealogica familia à Betuna lib.* 1. *cap.* 3. & qui nouissimè scripsit Antonium Dadinum Alteser. de Comitibus Prouincialibus *cap.* 5. adeoque fuit illustre hoc munus, vt ipsimet Reges & Imperatores illud susceperint, aliisque viris potentibus contulerint. Ipseque Magnus Carolus Aduocatus primus Ecclesiæ S. Petri aduersus Longobardos electus est, deinde Patricius Romanus, & demùm Imperator, vt habet auctor vitæ eius *tom.* 2. *histor. Franc.* Henricus II. vbi primùm Romæ à Benedicto Pontifice susceptus fuit, simul Aduocatus S. Petri dictus est, ex Dithmaro *lib.* 6. *histor.* Ludouicus Germaniæ Rex, vbi accepisset ab Hartmuto Abbate Monasterij S. Galli, neminem velle suscipere aduocatiam sui Monasterij, propter eius tenuitatem, ipsemet eius defensionem suscepit, & S. Galli Aduocatus dici voluit. Ita Monachus Sangallensis *lib.* 2. *de rebus Caroli Magni, cap.* 15. Fredericus I. & Theodoricus eius filius Lotharingiæ Duces fuere aduocati Abbatiæ S. Michaëlis in Comitatu Barrensi, vti ex historia M. S. fundationis illius monasterij refert Quercetan. *l. cit.* vbi & alia eiusmodi adducit, nimirum Henricum à Luxemburgo Bauariæ Ducem, & Cunegundis Imperatricis fratrem, S. Maximini Treuirensis aduocatum constitutum fuisse ab eius Abbate Volmaro. Federicum à Luxemburgo, inferioris Lotharingiæ Ducem, aduocatum Abbatiæ S. Trudonis ab Adalberone Metensi Episcopo eius fratre creatum. Gotofredus à Boullonio aduocatus Ecclesiæ S. Sepulchri dictus fuit. Lambertus I. Comes Louaniensis, Monasterij Gemblabensis ab Othone I. Rege Germaniæ constitutus fuit; vide alios à Quercetano recensitos. Synod. Ticinensis *can.* 16. ait idcircò Monasteria, & xenodochia sub defensione sacri Palatij posuerunt, quòd à nullo melius quàm à summis potestatibus protegenda crediderunt. Vuifridus Comes Bituricens. & Oda eius coniux, Monasterium Sitadiense à se fundatum Pipino Regi crediderunt, in vita S. Genulfi *lib.* 2. *c.* 8. quod fecit Vualtramus Comes circa Monasterium S. Galli.

6 Tribus verò modis constituebantur isti aduocati, primò quidem electione Abbatum & Monasterij, ex venia tamen Regis, cui præsentabantur, & à quo confirmabantur. Chronicum Besuense M. S. refert Clotharium Regem rogatum à Vualdeno eius Monasterij Abbate, concessisse illi defensorem, & aduocatum illustrem virum Gengolfum. Carolus Magnus apud Naucler. Monachis Vlmensibus sic rescribit: *Adelbertum cognatum nostrum aduocatum ac defensorem constituimus, & vt Abbas & Monachi ex his quos inter potentes nouerint, & inuenerint meliores sæculi, & æquitatis amatores, eligant huic loco aduocatos & defensores. lib.* 5. *capitular. Caroli Mag. cap.* 31. *Defensores Ecclesiarum aduersus potentiam sæcularium, vel diuitum, ab Imperatore sunt poscendi.* Id ipsum reperitur *lib.* 7. *cap.* 308. additurque fideliter, libenterque à Principe iuxta canonicas sanctiones fidelissimos dandos esse. Sensim tamen obtinuit vius, vt monasteria & Ecclesiæ, non exorata Regis venia sibi aduocatum & defensorem eligerent, vti ex pluribus eiusmodi electionum monumentis, & rescriptis, in quibus nulla regiæ authoritatis mentio fit, confirmat Quercetan. Habes apud Marculfum *lib.* 1. *cap.* 24. formulam de Mandabur de Regio Ecclesiarum, cui consentit Synod. Confluentina, atque Meldensis, & Ticinensis citata.

Alter modus constituendi hos aduocatos fuit nominatio fundatorum in ipsis fundationis tabulis, qui familiæ suæ, & posteris dignitatem eiusmodi reseruarunt. Quare Leo IX. P. R. filius Comitis Egbeseimensis, & Agburgensis, cùm in ditione sui patrimonij cænobium S. Crucis fundasset, voluit vt primogenitus suæ familiæ qui castrum Egheseimense possideret, haberet solus eius Monasterij aduocatiam, illique deinceps alij succederent quamdiu familia duraret, quod & alij sæpè fecerunt. Vide Synodum Meldens. *cap.* 41.

Tertiò denique fundatores sibi ipsis atque etiam posteris, & suæ genti ius illud reseruarunt, atque ita hæreditaria sæpè fuit eiusmodi aduocatia, vt pluribus probant laudati nuper Authores.

Erant porrò plures aliquando eiusdem Ecclesiæ aduocati, qui tamen ab vno præcipuo pendebant, qui primus, præcipuus, magnus, & supremus aduocatus dicebatur, aut absolutè aduocatus. Cæteri verò minores, inferiores, & subaduocati dicebantur.

Duplex fuit horum aduocatorum munus, vt & causas Monasterij in iudicio defenderent, & si opus foret armis tuerentur: quare Clotharius Rex in diplomate ad Besuenses Monachos, dato XV. kal. Septemb. anno VIII. Regni sui, quod ex chronico Besuensi elidit Bignon. in *notis ad lib.* 1. *Marculphi, ad c.* 31. sic habet. *Abbas Vualdenus petiit à nobis vt illustris vir Gengolfus omnes causas ipsius monasterij ad persequendum & redimendum deberet recipere, cui nos hoc beneficium præstitisse cognoscite. Quapropter per præsens hoc præceptum iubemus vt memoratas omnes causas ipsius monasterij ex nostro permissu licentiam habeat prosequi, & vnumquodque vt iustum est restituat.* Gesta quoque Abbatum Fontinellensium narrant in Benigno Abbate, ipsum ope sui aduocati Roberti, qui anno 3. Theodorici iunioris in Parlamento coram Carolo Martello Maiore palatij habito, Monasterij causam validè egit, obtinuisse pagum Dumoneel aduersum quendam Comitem Bertherium, qui illum iniustè detinebat. Hac de causa quandoque isti aduocati nominati sunt causidici, quod ipsimet causam dicerent. 7

Aliquando etiam isti aduocati ius dicebant & placitum habebant, id est iudicium: sic enim placiti nomen vsurpat Synod. Turon. 3. *cap.* 35. Arelatensis Imperante Carolo *in cap.* 23. nos dicimus *plaids*. Hos igitur aduocatos habuisse placita constat ex diplomate Caroli magni ad Vlmenses Monachos apud Naucler. *Statuimus nisi aduocatus placitare voluerit, quando vel qualiter, aut quoties hoc fiat, in Abbatis arbitrio pendeat, & ab eo disponatur, vt non cum pluribus quàm triginta equis ad placi-*

tandum

tandum veniat, & quidquid placitando ibillem acquireret, tertia parte sibi retenta duas Abbati reddat. Ecclesiarum quæ fruebantur regia aduocatia causæ referebantur ad Palatium Principis, ex citata Marculfi formula, ideóque causa Monasterij Laurishamẽsis contra Heimericum Comitem deducta est ad audientiam Caroli M. vti narrat Chronicon Laurish. anno Christi 77. Secundò causæ earum Ecclesiarum apud Comites priores audiebantur, & in Eleemosyna Regis, id est sine sportulis; ita statuit Concil. Vernens. *can.*13. Tertiò earundem Ecclesiarum bona non poterant alienari sine consensu Regis; vide etiam S. Domin. Cenomanensis Episcopi, apud Surium, 16. Maij, Chronicon Laurishamens. ann.777. quòd idem aliàs etiam statuerunt PP. Concilij Matilcon. apud Burchard. *lib.* 3. *cap.* 172. & Synod. Suessionens. vt habetur in capitul. Caroli Calui. Vide etiam Flodoard. in histor. Rhemensi *lib.*2.*cap.*29.*in Ebone.*

8 Alterum, illudque præcipuum munus istorum aduocatorum erat tueri Ecclesiarum bona etiam armis si opus esset, ne vel earum subditi rebellarent, fidemque negarent, vel à potentioribus occuparentur, eaque de causa viros nobiles, generosos, & viribus atque egregiis factis conspicuos sibi eligebant; quamobrem aduersus Longobardorum iniurias Carolum Magnum in defensorem optauit sibi Ecclesia Romana, vt obseruat Monachus Engolism. *in vita Caroli*, & Diedericus Floriacensis Monach. *lib. de illatione S. Benedicti cap.*6. narrat Comitem Gisolfum Floriacensis Monasterij defensorem & aduocatum obiurgatum in somnis à S. Benedicto fuisse, quòd timidiùs in sua defensione se gessisset, & sibi creditum Monasterium furori Normannorum permisisset. Quare collectis copiis mouit in Normannos, quos circa Andegauum magna clade affecit. Fredericus inferioris Lotharingiæ dux pugnauit aduersus Annonem Archiepiscopum Coloniensem pro Theodorico Abbate Malmandarij, cuius ipse erat aduocatus. Gotofredus Brabantiæ Dux, S. Gertrudis Niuellensis aduocatus, collegit exercitum contra Balduinum Comitem Neruiorum *de Hainau*, an. 1182. ad tuendum illius Ecclesiæ prædium in ciuitate Lemberquensi. Quod habet Neruiorum historicus *lib.*18.*cap.* 11. Ramericus Abbas S. Saluij apud Monesterolium, cùm videret ditionem suam Caueronis à vicinis occupari, & à suis subditis rebellibus, elegit in aduocatum Alulfum Comitem Hedini, qui & animi magnitudine, & viribus potens suam ditionem tueri poterat.

Hac etiã de causa licuit aduocatis colligere exercitus, atque subditos Ecclesiæ, & Monasteriorum in hostes ducere, ipsisque solis, hæreditario etiam iure, in bello vexilla Ecclesiarum deferre, neque licitum erat Abbatibus aut Episcopis ea dare gestãda aliis. Quare ij soli erant Ecclesiæ vexillarij, vexilliferi, signiferi, quod ex veteribus monumentis Quercetanus egregiè illustrat. Placet verò quod obseruat veteres Comites Vexinenses habuisse ius ferendi vexillum Ecclesiæ S. Dionysij, quod Auriflammulam vocabant, qui erant aduocati illius Ecclesiæ, eoque iure gauisi sunt, quoad ille Comitatus vnitus fuit Regiæ coronæ à Ludouico Grosso, cui deinceps cæteri Reges Christianissimi, tum in comitatu, tum in ea aduocatia, & iure ferendi vexilli successere: quare ipsemet Ludouicus, cùm in Regem Germaniæ moueret, ad Ecclesiam S. Dionysij se contulit, ibique præsentibus regni totius proceribus, ex altari SS. Martyrum, quorum erat feudũ Comitatus Vexiniensis, accepit vexillum Ecclesiæ ex antiquo more & iure prædecessorum suorum Comitũ Vexinensium, qui vexillariorum iure gaudebant. Addit idem Quercetan. eadem de causa Carolo Magno Romam ingredienti prælata fuisse vexilla & cruces Ecclesiæ, tanquam aduocato S. Petri; indéque inductum morem idem præstandi Regibus & Principibus, quòd ipsi Ecclesiarum suæ ditionis aduocati & defensores existant.

Quia verò ad hoc aduocationis munus exequendum plurimæ impensæ faciendæ erant, aliquando quidpiam præstabatur ab Ecclesiis suo aduocato, aut quid sibi sumere poterant, & sæpius prædia, & ditionem in feudum accipiebant ab Ecclesia; aliàs verò contenti erant precibus Monachorum, neque quidquam aliud exigere poterant. Quæ omnia probat Quercetanus. Vide & Abbatem Vrspergen. in Philippi vita, vbi aduocatiæ munus explicat. Non officiebat autem ista aduocatia protectioni Regiæ, aut supremæ eius dignitati, quia semper tum Ecclesiæ, tum ciuitates, & ditiones manebant in Regio mamburgio, vel mundiburgio, vel mundiburdio, de qua voce vide Hotman. *in verbis feudalib.* Bignon. *in notis ad lib.*1. *Marculphi.cap.*24. Vossi. *de vitiis sermon.* mamburgium dicunt curationem & defensionem: quare apud Paradin. *lib.*1.*annal.Burg.* Boso Rex sic promittit. *Omnibus, vt monuistis, legem, iustitiam, & rectum mamburgium auxiliante Deo conseruabo.* Vossi. obseruat mundium significare tutelam, aut etiam potestatẽ in constitutionibus Carolinis, & legibus Longobardicis, & deriuat à *mund*, id est, *os*, quia qui alteri tutor est, est & vice oris. *Amond*, & *amund*, est liber & sine tutela est. Legũ Longobard. *lib.*2.*tit.*12. *Si dominus ancilla eam liberauerit, & amen fecerit à se?* & *lib.*4. *tit.* 32. *Nulli liceat Aldio cuiuscumque, qui amund factus non est, sine voluntate patroni sui, terram aut mancipium vendere, neque liberum dimittere.* Hinc *mundeburde, mundiburdium, mandeburde, & mandeburgium*, quæ omnia idem sonant, vt ex illius æui scriptoribus probat. Quod verò dixi has aduocatias non impediuisse quin Ecclesiæ manerent in protectione Regia, inde patet quod concessa Neustria Hugoni Abbati, à Carolo M. Episcopatus tamen in Regia manu manserunt, vt ait Chronicon Andegauense, quo eodem iure Philippus Augustus armata manu aduersus Hugonem ducem Burgundiæ, Ecclesias tuitus est. Vide Rigordum in eius vita, anno 1184.

Omissis verò istis aduocatis non disputamus hoc 10
loco nisi de illis qui in iudicio causas agunt, & passim causidici dicuntur, & oratores, quæ est modò magis propria vocis huius significatio, sicut & aduocationis, quæ vel est ipsa aduocati actio, vel etiam concilium & cœtus aduocatorum, causam sua præsentia iuuantium. Quare vt initio referebamus, Vlpian. *l.*1. §. *aduocatos*, *D. de extraordin. cognit. Aduocatos* dicit *omnes omninò qui causis agendis quoquo studio operantur*, non tamen qui pro tractatu non adfuturi causis, accipere quid solent, aduocatorum numero esse: quare ipsimet causas agere debebant: sunt enim alij qui consiliis suis causas, litesque iuuant, quales exhibet Valentiniani & Martiani Nouella, quam laceram refert Cuiac. *lib.*16. *obseruat. cap.* 21. Alij causis agendis occupantur, quorum sollicitudinem describit Plato *in Theat.* ij sunt quos scholasticos sæpius nominant Imperatores in suis constitutionibus, qui in actu sunt, vel in munere defensionis causarum, vt habet Concil. African; non verò vt vulgus accipit qui nondum exierunt è Rhetorum scholis, nos dicimus aduocatos *employés*

emploiés, *Aduocats plaidans*. Conc. Sardc. *cap.* 10. ſcholaſticus ex foro, & vt interpretatur Zonaras ὁ περὶ λογοὺς σχολάζων. Conc. Carthag. *c.*99. ἐκδίκους σχολαστικούς. Verùm de Scholaſtici nomine vide plura apud Baron. *in notis ad diem* 7. *Februarij.*

Quanta verò ſit aduocatorum vtilitas, immò & neceſſitas, docet Conſtantin. *in l.* 4. *C. de aduocat. diuerſ. iudic.* vbi vocat, *laudabile*, *vitæque hominum neceſſarium aduocationis officium*: Imperatores Leo, & Anthemius *in l. aduocati* 14. *C. eod. Aduocati qui dirimunt ambigua facta cauſarum, ſuæque defenſionis viribus in rebus ſæpe publicis ac priuatis lapſa erigunt, fatigata reparant, non minus prouident humano generi; quam ſi prælis ac vulneribus patriam, parenteſque ſaluarent, nec enim ſolos noſtro imperio militare credimus, illos qui gladiis, clypeis, & thorace nituntur, ſed etiam aduocatos: militant namque, patroni cauſarum, qui glorioſæ vocis confiſi munimine laborantium ſpem, vitam & poſteros deffendunt.* Nihil ſanè in aduocatorum commendationem dici potuit illuſtrius. *Dirimunt* enim *ambigua facta cauſarum*; vnde & contentiones, & aliquando factiones quæ non modò priuatas familias, ſed rempublicam totam perturbant, oriuntur, & vnicuique ius ſuum, & illæſum procurant. Legi volunt aliqui *fata*, alij *facta cauſarum*. Vtramque probat lectionem Cuiac. *lib.* 15. *obſeruat. cap.* 9. *facta* quidem: nam ſic loquitur *l.* 1. *C. de officio ciuil. iudic. In his horis quibus cauſa, merita, vel facta panduntur*, quod nempe fit litis conteſtatione, & adſertione partium. Id autem non fiebat niſi certis horis, quibus licebat adire iudicem; neque enim fas erat horis meridianis illum adire, *l.* 1. *C. Theod. tit. eod. Nec meridianis horis à litigatoribus iudices videantur*, & ab iis qui ſecus fecerint, quinq auri pondo mulctæ nomine pendi vult. Cautiam huius conſtitutionis reddunt Valens, Gratianus, & Valentinianus, in ſimili ſua conſtitutione. *Ne quis* (inquiunt) *domum iudicis ordinarij pomeridiano tempore ex occaſione ſecreti ingredi familiariter affectet.* eam conſtitutionem refert Cuiac. *lib.*6. *obſ. cap.* 34. vbi aduertit eam ſicut & ſuperiorem antea adductam Honorij & Arcadij, honoratis tantùm litigantibus interdicere iudicum domo, ideóque legem Iuliam iudiciariam reſtrinxit, illa enim edicebat ne reus vel accuſator domum iudicis ingrederetur *l.* 1. *D. ad l. Iuliam de amb.* & ſecùs facientes ambitus damnabat, & centum aureos fiſco inferre iubebat. Immò prohibebat iudicibus domos alienas intrare, id enim de Auguſto teſtatur Dio *lib.* 54. ne videlicet inde occaſio corrumpendi iudicem naſceretur. Verùm vt ad conſtitutionem Leonis redeamus, legunt alij *fata cauſarum*, quam vocem vſurpat quoque *l.* 3. *C. de legib. cauſarum fata componere*, & *l.* 41. *C. Theod. de appellation. diſceptationis fata.* Et ſanè in cauſis incidunt fata quædam, aut dies qui fatales appellantur, *in tract. de appellation.* quare licebit vſurpare illud Iſocratis aduerſus Callimachum πολλὰ παρὰ γνώμην ἐν τοῖς δικαστηρίοις ἀποβαίνει, καὶ ὅτι τύχῃ μᾶλλον ἢ τῷ δικαστηρίῳ κρίνεται. Denique Latin. Pacatus; *Nolo miſerorum vel factum onerare, vel fatum.* Non modò porrò priuatarum cauſarum ambigua fata dirimunt aduocati, ſed etiam toti Reipublicæ, omnibuſque ciuibus vtiliſſimi ſunt, vti explicare pergunt Imperatores, dum illos militibus qui imperium ac ſingulorum fortunas ac vitam tuentur, comparant. Exemplo Iuſtiniani qui *epiſtola ad antecesſores*, aduocatum, *iudiciarium athletam* nominat. Ipſeque Cicero *lib.* 3. *de orat.* oratorem conformandum eſſe docet ad exemplum eorum qui in armorum tractatione verſantur, vt non ſolùm vitandi aut feriendi rationem habeat, ſed etiam cum venuſtate moueatur. Hinc quoque factum, vt illuſtribus oratoribus poſt mortem clypeus ſacrari, & in Curia apponi ſoleret, quod teſtatur auctor de claris Oratoribus; immò & equeſtres ſtatuas ponebant in ædium ſuarum veſtibulis. Hinc illud Martial. *lib.*9. *epig.*69.

Tam graue percuſſis incudibus æra reſultant
Cauſidicum medio cùm faber aptat equo.

Et Iuuenal. *ſatyr.*7. *verſ.*123.

Æmilio dabitur quantum licet, & melius nos
Egimus, huius enim ſtat currus aeneus, alti
Quadriiuges in veſtibulis, atque ipſe feroci
Bellatore ſedens curuatum haſtile minatur
Eminùs, & ſtatua meditatur prælia luſca.

Affigebantur quoque victoris cauſidici ædibus palmæ, quod ſignificat *ibid.* Iuuen.

——— *Rumpe miſer tenſum iecur, vt tibi laſſo*
Figantur virides ſcalarum gloria palmæ.

Et Luciani ῥητόρων διδάσκαλος, ſic habet οἱ φοίνικες ἐπὶ τῇ θύρᾳ χλωροὶ ἐστεφανωμένοι, vt videas cauſidicorum noſtrorum pugnas & victorias militaribus fuiſſe comparatas. Et Caſſiod. *lib.*9. *epiſt.*19. commendans patronum quendam; *Is*, inquit, *contra magnum Olibrium ſtetit; is palmarium Eugenetis linguæ vbertate ſuffecit, & illis par fuit, quos ſingulares Roma cognouit.* Syneſ. *ep. vlt.* vocat aduocatos συμμάχους τὰ δίκαια, inquit, χρήζει τῶν συμμάχων.

Pugnant verò aduocati glorioſæ vocis confiſi munimine, inquiebat Leo Imperator in conſtitutione quam verſamus, & Cyprian. *epiſt. ad Antonian.* vocat *glorioſi certaminis prælium, & verba ſuperba.* Tull. *lib. de oratore*, nihil tam oratori neceſſarium eſſe, quàm vocem, dixit, quare apud Ariſtophan. κεκράκτας καὶ λυκοβύζας φωνὴν ἔχων, magno cum ſtrepitu vocem fluentem habens. Diſplicuit Iſocrates quòd eſſet ἰσχνόφωνος exilis vocis. Tullius *lib.* 3. *de Repub.* apud Nonium ait duas ſibi res, quominus in vulgus, & in foro diceret, confidentiam, & vocem defuiſſe. De Scipione Silius Italicus *lib.*15.

Ille vbi ſuſpenſi Patres, & Curia vocem
Poſceret, vt condita ducebat corda Senatus.

Et Manil. *lib.* 5. *cap.* 1. ſic deſcribit aduocatum

——— *Fundentem verba patronum.*
Pendentemque reum lingua, roſtriſque loquentem
Impoſitum, & populo nudantem condita iura.

Hæc aliáque adducit Mornac. in Leonis conſtitutionem, aduertitque Oratores faucalibus vſos fuiſſe ad tuendum eundem tenorem vocis. Hoc igitur glorioſæ vocis munimine laborantium ſpem, vitam, ac poſteros defendit aduocatus, vt aiebat Leo, & S. Auguſtin. *ſerm.* 112. *de diuerſis*, qui in foro populari claritate verſantur, cauſaſque defendunt, mortemque hominum lingua moderantur. Immò Martian. Capell. *lib.*9. ſcribit eloquentiam, & Senatum, & roſtra, iudiciaque domuiſſe in gente Romulea. Athenis verò curiam, gymnaſia, theatraque pro arbitrio reflexiſſe, ac totam funditus Græciam inſtituiſſe. Quidni igitur iure comparentur aduocati militibus, neque plura (opinor) in aduocationis laudem afferre neceſſe eſt.

Ex iis quoque facilè vides quàm illuſtris fuerit aduocationis dignitas; quare apud Romanos, maximè Honorates peroraſſe, & cauſas egiſſe teſtantur Valentinian. & Valens in ſua conſtitutione, *l. quiſquis* 6. *C. de poſtulando*, quod de Iulio Cæſare affirmat Sueton. *cap.*71. *in eius vita*, de Craſſo, Scipione, Lælio & aliis, Cicero *lib.* 1. *de orat.* & de nobiliſſimis

nobilissimis quibusque Plin. *lib.2. epist.14.* Denique Plato in cratylo, oratores heroes nominat, εἴρειν enim est dicere, & ἥρωες attica lingua sunt ij qui dicendi facultate valent.

11 Erant verò aduocati certo numero constituti; nam Præfectis prætorio centum quinquaginta aduocati in consilio adsidebant, neque licebat aliis, iis se aggregare, atque adeò statutis & ordinariis præiudicium afferre, *l. nemini 11. C. de aduocat. diuers. indic.* Idem de Decanis Ecclesiæ Constantinopolitanæ constituit Iustinianus *l. non plures 4. C. de Sacr. Eccl.* constituit nempe nongentos quinquaginta, & si cui supra eum numerum indulgeatur Decani titulus, nullis propterea priuilegiis ac immunitatibus fruatur. Vnde colligunt vniuersalem Regulam, supernumerarios non gaudere priuilegiis, quod maximè in honorariis dignitatibus obseruatur, de quibus vide Brissonium *verb. honorary*, & Mornacium *in l. non plures, citat.* Cæterum isti supernumerarij poterant apud alios iudices causas agere, vt Proconsulem, Præfectum Augustalem, Comitem Orientis, Vicarios & Rectores Prouinciarũ *l. 11. §. fin. C. eod.* & *l. aduocatio 3. C. eod.* Aduocati Alexandri constituti erant quinquaginta qui in iudicio Præfecti Augustalis, & Ducis Ægyptiaci limitis, aduocationis officio fungi poterant, cæteris qui in illa fori matricula non erant, apud alios iudices ciuitatis Alexandriæ perorare licebat, *l. petitionem 13. C. de aduocat. diuers. indic.* Aduocati præfecti prætorio per Illiricum erant quoque centum quinquaginta, *l. Iubemus 7. C. eod.* Aduocati Comitis Orientis ad quadraginta redacti, *l. iubemus 3. C. de aduocat. diuersor. indic.* Prouinciæ verò Syriæ, ad triginta, *l. petitionem 5. C. eod.* Præfecti prætorio ad octoginta *l. per hanc. C. eod.* Cæteri verò erant supernumerarij, nec in matricula fori in quo causas agere debebant adscripti. Erant & initio temporarij, & postremo propter inopiam eorum qui in illud officium euehi possent, perpetui facti sunt. De his supernumerariis & temporariis aduocatis vide Cuiac. *lib. 16. obseruat. c. 22.*

12 In adlegendis verò in matriculam fori alicuius aduocatis magna cura adhibebatur; nam in primis nemo antequam per statuta tempora legum eruditioni nosceretur inhæsisse, consortio aliorum sociabatur, inquit, *l. iubemus 3. §. nec de cætero. C. de aduocat. diuersor. indicum*; statuta verò tempora erant quinque anni.

Secundò filij aduocatorum, qui vel tunc causas agebant, vel alias actitarant cæteris supernumerariis anteferri debebant, *l. nemini 11. §. filios autem, C. de aduocat. diuers. indic.* & *l. petitionem 13. C. eod.* & *l. Iubemus 3. §. filios. l. petitionem 5. §. & filios. l. per hanc 7. in princ. C. de aduoc. diuersor. iudicum.* Huc pertinet illud Theodorici apud Cassiodor. *lib. 5. Recolimus patris officiosos labores.* hacque in parte in singulari controuersia inter amanuensem, & filium cuiusdam procuratoris, iudicium Curiæ quæ filio fauit, refert Mornac. *l. 11. C. de aduocat. diuers. indic.*

Tertiò ab officio aduocationis, & à postulando prohibebantur hæretici, *l. vlt. C. de postulando*, & *l. 15. C. de Episcopali audient.* & *Nouell. 144. cap. 2.* quia enim postulatio non est exigua pars causidicinæ, vt cum Ammiano loquar, cùm postulare sit desiderium suum vel amici sui in iure apud eum qui iurisdictioni præest exponere, vel alterius desiderio contradicere, vti ait Vlpian. *l. 1. D. de postulando*, idcirco qui à postulatione remouentur, ab aduocatione quoque excludi censendi omninò sunt.

Excluduntur igitur minores annis XVII. edicto prætorjs *l. 1. §. 2. D. de postulando.* Non petiit maiorem ætatem Prætor, quia ea ætate Nerua filius publicè de iure respondisse fertur. Plin. *lib. 5. epist. 14.* ait se anno XIX. cœpisse in foro dicere, & Quintil. *lib. 12. c. 6.* monet vires cuiusque, non annos spectari oportere, vt quis ad causas dicendas se accingat, & sanè iuuentus spe plena εὐέλπις [illegible] ὁ [illegible], inquit, Arist. 30. *problemat.* ideòque audax & præfidens. 13

Neque dicas minores XV. annis testari posse, *l. à qua ætate 5. D. qui testam. facer. poss.* & *l. puberes 101. D. de verb. oblig.* cùm tamen plus iudicij requiratur in testando, quàm in postulando; quia qui testatur facit legem, *l. verbis legis 120. D. de verb. oblig. l. qui in testamento 14. D. qui testam. facere poss.* Fateor enim testamentum cùm sit actus solemnis, & præcipui inter homines momenti, maius quid esse postulatione; cùm tamen testamentum sicut & contractus omnes fiant priuatos inter parietes, & non in publico, non requirit nisi testantis aut se obligantis iudicium. At verò postulatio fit in publico coram prætore, magna hominum grauissimorum Corona, ideóque modestiam, eloquentiam, prudentiam, scientiam præter iudicium exigit, vt orator desiderium suum vel amici exponat, & alterius desiderio contradicat, quæ omnia in minori ætate vix reperiuntur, maximè si Crassi summi oratoris iudicio stare velimus, qui apud Ciceronem *lib. 1. de orat.* dixit nihil in hominum genere rarius perfecto oratore inueniri posse, quæ enim singularum rerum artificibus, singula si mediocriter adepti sunt, probantur; ea nisi omnia summa sint, in oratore probari non possunt. Quis verò illa omnia in oratore XV. an minore reperiri existimet, neque in illa ætate aliena negotia etiam procuratorio nomine benè tractare quisquam creditur *§. iusta autem. Inst. quibus ex caus. manum. non licet.* iuncta *l. si collactaneus 13. D. de manumissis vindict.* Prætor autem suo edicto hanc ætatem annis XVII. definitam, moderatam esse existimauit, vt quis publicè postulare, de iureque respondere posset, non tamen poterit illa ætate defendere, & procuratorem agere, cùm *lex 12. C. de procurat.* ad id munus legitimam ætatem exigat, & ante illam à procuratione iustè repelli posse dicat. Ratio discriminis est, quia ad postulandum pro alio, requiritur dumtaxat lingua, fides, & industria postulantis qui nullum bonorum suorum periculum facit, sicut defensor qui satisdare tenetur; sibi autem Imputare debebit, qui eiusmodi iuuenem in patronum sumpserit. Debent illi XVII. anni, quos assignat prætor esse completi, vti dicitur *l. 1. D. de postulando. §. 3.* quia quoties adiicitur tempus pro forma & solemnitate actus, computatur de momento ad momentum, inquit Antonius Faber *in §. citatum*, etiamsi ea computatione impediatur aliquid quod esset fauorabile, v. g. restitutio minoris *l. 3. §. minorem. D. de minoribus* & libertas *l. 1. de manum.*

Secundò excluditur à postulando surdus, qui prorsus non audit, cùm prætoris decretum audire non possit, eóque non exaudito quasi non obtemperasset, vt contumax plecteretur, vt ait Vlpian. *§. 3. cit.* Deindè quoties sermone opus est, & agitur res inter duos, non magis adhiberi potest surdus quàm mutus, *l. 1. D. de verb. obligat. l. pen. §. 1. D. de legit. tut.* In iis igitur tantùm rebus, in quibus sermone opus est, adhiberi poterit omninò surdus (de quo solùm agimus, non de surdastro tantùm) 14

tum) *l. in quibuscunque* 48. *D. de obligat.* & *act. l. mutus* 43. *D. de procuratorib.* In iudicio verò & apud prætorem non potest negotium expediri nisi & postulante, & prætore loquentibus. Denique qui præsens est, & non audit, neque audire potest, habetur pro absente *l. diem proferre* 27. §. *coram. D. de receptis arbitris. l. coram* 209. *D. de verb. sign.* nemo verò absens postulat.

15 Tertiò prohibentur fœminæ pro aliis postulare edicto prætoris, ne inquit Vlpian. *l.* 1. §. 4. contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virorum officiis fungantur mulieres; non prohibetur autem fœmina pro seipsa postulare, quia propriam litem tractare, officium cuiusque est, & in quacumque persona honestum: olim quidem pro se, & pro aliis honestissimæ fœminæ dixerunt, de quibus Valer. *lib.* 8. *cap.* 3. in his memorat Amesiam, quæ pro se, Hortensiam Q. Hortensij filiam, quæ pro ordine matronarum causam egit. Meminit Mornacius *ad hunc* §. 4. Franciscæ Fuxensis ex clarissima Candaliorum gente, quæ aduersus ducem Spernonium sororis suæ coniugem familiæ erciscundæ iudicio experiebatur, mirabili eloquentiæ vi in Senatu dixit. Sapienter autem propter allatas rationes fœminas à postulando remouit prætor, cuius edicto causam dedit Afrania, vel vt alij nominant Calphurnia, aut Caphania improbissima fœmina inuerecundè postulans & magistratum inquietans, illam Valerius monstrum vocat; vixit sub Tiberio vsque ad Claudij tempora. Ex hac mulieris impudentia sumpsit occasionem condendi sui edicti prætor; sicut Macedo filius improbissimus causam dedit Senatusconsulto Macedoniano. Neque dicas honestam fœminam posse postulare, cùm edicto prætoris, sola fœminarum impudentia immò & vnius dumtaxat causam dederit; quia licet ea impudentia causa fuerit edicti; ea tamen fuit tantùm impulsiua: cessante verò causa impulsiua legis, aut alicuius dispositionis, & perstante causa finali, manet lex, aliave dispositio, vti contingit hoc loco; finis enim fuit pudicitia, & honestas quæ non patitur fœminas virilibus negotiis se immiscere.

16 Quartò prohibet prætor à postulando cæcum vtroque lumine orbatum. §. 4. *eit.* Rationem reddit Vlpian. quia magistratus insignia videre, & reuereri non possit: refertque ex Labeone Publium cæcum Aspenatis Nonij patrem, auersa sella, à Bruto destitutum; cùm vellet postulare. Hic tamen cæcus neque amittit Senatorium Ordinem, & iudicandi officio fungi potest. Cætera quæ in eo §. adiiciuntur, Triboniani assumentum esse demonstrat Ant. Faber.

17 Quintò remouentur infames à postulando, vt qui muliebria passi, id enim temporis infandum illud crimen non erat capitale, ante legem Constantini; qui tamen vi prædonum, vel hostium stupratus erat, non arcebatur; crimine capitali damnatus, vel calumniæ iudicij publici: qui locarunt operas ad pugnandum cum bestiis, aut in arena, aut extra illam, nisi virtutis ostendendæ causa id faciant, aut ad venandum feras: & qui denique infames sunt. Monet quoque Anton. Faber. vltima huius §. 6. verba, Triboniani additamentum sapere.

18 Isti igitur omnes qui à postulando prohibentur edicto prætoris, & qua ratione prohibentur, inter aduocatos censeri non possunt. Instituebatur itaque examen à clarissimo Rectore prouinciæ, ex qua quis oriundus erat; aut si Rector aberat apud defensorem oppidi fiebat illud examen. Iurisperiti quoque Doctores, admittendorum iurati, testari debebant eos peritia iuris instructos esse, quæ etiam testimonia Doctorum iuris, hodiéque requiruntur. Verùm de inconsulto datis eiusmodi testimoniis plura vide apud Benedic. *ad cap. Raynutius, vers. & vxorem nomine Adelasiam.* Rebuff. *in concord. de collation.* §. *præterea, vers. de rigore examinis* & Mornac. *in l. nemini* 11. §. *iurisperitos. C. de aduocatis diuers. iudic.*

Pluribus insuper eximiis priuilegiis aduocatorum ordo donatus est: nam in primis *l.* 3. *C. de aduocat. diuers. iud.* minimè curialibus nexibus illigati, prouinciales functiones suscipere debent. Has functiones Prouinciales coactiones, vel collationes tributorum interpretatur Bartol. aliáque huiusmodi vilia officia, quibus se implicare non tenentur. 19

Secundò nulla illis publica sollicitudo iniungi poterat, nulla inspectio, nulla peræquatio, nulla operis constructio, nulla discussio, nullum ratiocinium, nullum denique aliud præter arbitrium in eodem dumtaxat loco, vbi aduocationis exercetur officium.

Qui verò hæc priuilegia aduocatorum violasset mulctabatur X V. auri libris. Inspectiones operum vocat lex, quod nos dicimus *intendance des bastimens publics*: peræquationem tributorum dicimus *Charge d'Asseeur des tailles.* Ex his colligit quoque Baldus aduocatos esse quoque immunes ab excubiis faciendis. Rationem huius immunitatis concedendæ ducunt aliqui tùm ex dignitate aduocationis, & vilitate functionum eiusmodi publicarum, tum ex improbo labore, qui longiorem vitam sæpius absumptis viribus abrumpit, vt de Hortensio quem causarum Regem nominat Ascon: cecinit Seren.

—— Sic est Hortensius olim
Absumptus, causis etenim confectus agendis:
Obticuit, quum vox domini viueme periret,
Et nondum extincti moreretur lingua diserti.

Sapienter enim Plutarchus, opus est & voce benè composita, & spiritus robore ad certamen non leue, in quo totis viribus opus sit: *Δεῖ καὶ φωνῆς ἰσχύα, ϗ πνεύματος ῥώμη πρὸς οὐ φαῦλον, ἀλλὰ πάμμαχον ἀγῶνα.*

Tertiò quidquid aduocatus filiusfamilias ex suo labore & aduocatione acquiret, sibi retinet instar peculij castrensis, *l. fori tui* 4. & *l. cùm aduocatio* 8. §. *omneque. C. de aduocat. diuers. indic.*

Quartò deposito aduocationis officio clarissimi Ordinis, Comitis dignitate fruuntur, vt pro fide atque industria erga clientes suos comprobata, à priuata conditione hominum multitudine segregati, clarissimis merito connumerentur. Sic constitut. Anast. *l. suggestionem* 18. *C. de aduocat. diuers. iudic.*

Quintò liberi aduocatorum præ cæteris sunt promouendi, & matriculæ inscribendi, quod obseruauimus *superiori n.* 12.

Sextò omnibus aduocatis eadem omnia priuilegia propter studiorum reuerentiam conceduntur, *l. quidquid* 5. *l. iisdem* 7. *l. post duos* 15. *l. ad similitudinem* 16. & *l. iubemus* 17. *C. de aduocatis diuers. iudic.*

Denique nobiles esse & omni nobilitatis iure quoad onera, tributa, ac subsidia frui Parisienses aduocatos, probat Tiraquell. *c.* 29. *de nobilit.* idque ad cæteros, qui in supremis tribunalibus causas agunt extendit Vidus Pap. *quæst.* 388. Aduocatorum corpus fuisse summarum dignitatum scribit Valentian. *in sua Nouell. constitutione de postulando*, quò eodem spectat epistola 103. Synesij.

Venio

Venio ad honoraria quæ ob operam præstitam Aduocatis dabantur: neque enim placuit nominare mercedes, quæ illis, vt Iurisconsultis, medicis, atque liberaliũ artium professoribus pręstiti beneficij gratia dabantur, cùm inter eiusmodi personas locationem, & conductionem contrahi non existimarent, *l.1. D. si mensor falsum modum dixerit. l.1. D. de extraord. cognit. l.38. D. locati l.3. C. de postulando. l.2. D. de legibus l.13. C. de indic.* Quare quidquid causâ exhibitæ operæ daretur, splendido nomine honorarium appellarunt. Quod verò patrocinij causa dabatur *συνηγορικὸν* nominauit Aristophan. *in Vespis.* Sic illud quod consulibus in prouinciam venientibus *offerebant*, honorarium quoque dixerunt. Cicer. *in Pison. Quis modus tibi fuit frumenti æstimandi? qui honorariis? siquidem potest vi & metu extortum honorarium nominari.* Quo eodem nomine vocarunt, quod à Decurionibus pro Curiæ introitu dari solebat, vt ea Plinij *lib. 10. ep. st. 116.* scribentis ad Traianum, eiusque Traiani responso colliges.

Illud porrò honorarium, aut stipendium ex cautione, siue ex stipulatu & pacto peti potuit, *l.1. §. si cui cautum. D. de extraord. cognit.* nisi tamen de quota litis pactio fuerit, *l. sumptus 53. D. de pactis*, & *l. si quis 5. C de postulando*: & qui id præstiterint à postulando arceri iubentur. *Qui*, inquit, ibi Constantin. *in eiusmodi sanitate permanserint, ab hac professione penitus arceantur*: vbi Petrus Faber legi vult *scæuitate.* Scæuum enim, est sinistrum, quod nos dicimus, *chose sinistre, honteuse, & deshonneste.* Et simili ratione emendandam *l. eum qui 19. C de episc. & Cleric.* & Innocen. III. *cap. pen. de cohabitat. cleric.* De voce *scæuus*, vide plura, & erudita apud Vossium *in etymologico.* Qui igitur aliquid eiusmodi præstiterit, arcetur à postulando, vti iam dixi, *l. si remunerandi 6. §. Marius Paulus. D. mandati*, quin immò cessiones impensarum iudicialium fieri prohibentur patronis & procuratoribus; quod probat Mornac. *in citatum §. Marius.* Valebit tamen pactio inter cohæredes, si vnus alterius partem stipulatus fuerit ea conditione, vt sumptibus suis finem litis impleat, solusque iudicatum faciat, sic enim in quinta inquisitionum Exedra iudicatum fuisse an. 1588. 27. Augusti, refert Mornac. loco citato. Similia iudicata vide apud Louetium *littera L. num. 2.* & eius Annotatorem. Non potuit etiam honorarium peti ex cautione, & pacto, si cautio licitam quantitatem excedebat, quæ erat centum aureorum, *l. 1. §. licita autem. D. de extraord. cognit.* Deinde si salarium erat incertæ pollicitationis, neque rectè extra ordinem petebatur, neque iudicio mandati vt constitueretur, *l. qui mutuam 56. §. salarium, D. mandati.* Denique si sub specie mutui honorarium cautum esset, peti non poterat, *l. si sub specie 3. C. de postulando.* Pactiones porrò omnes damnat hac in parte Quintilian. *lib. 12. cap. 7. Paciscendi quidem ille piraticus mos, & imponentium periculis pretia, procul abominandæ negotiatio, etiam à mediocriter improbis aberit, cùm præsertim bonos homines, bonasque causas tuenti, non sit metuendus ingratus, qui si sit futurus, male tamen ille peccet.* Quæ verba de patronis & causidicis, qui de parte litis cum clientibus paciscuntur; malè omninò, & contra Quintiliani mentem interpretatur Hotman. *lib. 3. obseruation. cap. 30.* cùm verba Fabij vniuersalia sint, & omnes pactiones comprehendant, quas etiam Cuiac. *lib. 8. obseruat. cap. 31.* ad *ἐργολαβίαν* reuocat. Est verò *ἐργολαβία* ea Harmenopulo, redemptio litis pacta mercede, quam legibus prohibitã esse monuit etiam Zonaras *in can. 3. Concilij Chalcedonensis*, vbi & explicat quid sit *ἐργολαβεῖν.* Addit & alia Cuiac. *loco citato.* Plinius *lib. 5. epist. 21.* refert Nepotẽ prætorem edicto, quo monebat reos & accusatores se executurum, quæ Senatusconsulto continerentur, illud ipsum Senatusconsultum apposuisse, quod erat eiusmodi: *Omnes quidquid negotij haberent, iurare priusquam agere iubebantur, nihil se ob aduocationem, cuiquam dedisse, promisisse, cauisse.* Addit Plinius, *his verbis, & venire aduocationes, & emi vetabantur.* Peractis tamen negotiis pecuniam dumtaxat decem millium dare fas erat: quæ summa decem millium, erant dena sestertia, & ex Lipsio *ad lib. 11. Annal. Tacit.* efficiebant centum aureos nostræ monetæ. Augustus teste Dione *lib. 54.* iussit oratores gratis agere *τοὺς ῥήτορας ἀμισθὶ συναγορεύειν*, aut quadruplum eius quod accepissent soluere. Sanè hæ pactiones semper sordidæ habitæ sunt. Itaque Titulus X. libri VIII. Codic. Theodosiani inscribitur *de concussionibus aduocatorum*; vbi & hæc Constantini constitutio refertur, quam & integram exscribere placet, vt aduocatorum id temporis auaritiam videas. *Præter solemnes & canonicas pensitationes multa à Prouincialibus Afris, indignissimè postulantur ab officialibus & scholasticis, nõ modo in singulis ciuitatibus, sed & mansionibus, dum ipsis & animalibus eorumdem alimonia sine pretio ministrantur. Nec latet mansuetudinem nostrã sæpissimè scholasticos vltra modum acceptis honorariis, in defensione causarum ciuium, & annonas, & sumptus accipere consuesse, quibus tantis commodis fulti minere suã auaritiam explere nequeunt. Prouinciales itaque cuncti iudices tueãtur, nec iniurias inultas trãsire permittant.*

Hæc eadem constitutio refertur in codice Iustiniano *lib. 12. titul. de lucris aduocatorum.* Voluit enim Tribonianus eo nomine inuidiam ab aduocatis amouere. Cæterum ex hac constitutione colliges solemnes & canonicas fuisse Aduocatis pensitationes attributas, quodq; apud Aul. Gelli. *lib. 11. c. 9. C. Grachus*, dum legẽ Aufeiam dissuaderet, diait. *Neminem nostrum inuenietis sine pretio huc prodire, omnes nos qui verba facimus, aliquid petimus, neque vllius rei causa quisquam ad vos prodit, nisi vt aliquid auferat.* Exiguæ tamen fuerunt aduocatorum mercedes, vt fusè prosequitur Tiraquell. *de nobilitat. c. 29. à n. 3. ad 20.* Speculator *tit. de salariis. § 3.* definiuit XX. libris Turonensibus, qui tamen *tit. de aduocat. §. 9. num. 13.* monet ne passim pro modico salario patrocinentur. *Cautus sit*, inquit, *aduocatus, ne passim pro modico salario aduocet, nam ex eo vilis ac degener habetur.* Quæstuosum tamen aduocatorum officium esse, fusiùs ostendit Tiraquell. *cap. cit. à numer. 20.* qua de causa Stratocles, & Dromoclides sese mutuò inuitare solebant ad messem auream. Tacitus *lucrosam & saginantem eloquentiam* vocat, quam & damnat Dinarch. *orat. contra Demosthen.* ait illum ex orationum scriptore, & mercede causas agente factum esse omnium ciuium ditissimum: *ἀντὶ μὲν λογογράφου, καὶ μισθοῦ, τὰς δίκας λέγοντος, πλουσιώτερον ὄντα τῶν ἐν πόλει.* Æschin. *orat. contra Ctesiphont.* vocat eumdem Demosthen. *βαλαντιοτόμον*, sectorem zonarium, seu crumenisecam. Pindar. *ode 5. Olymp.* ait si quis cum integra valetudine facultates & eloquentiã coniunctã habeat, ne quærat Deus fieri, *μὴ ματεύσῃ θεὸς γενέσθαι.* Vt verò cupiditati aduocatorũ occurras, definiendũ esse illorum honorarium à iudice, pro modo litis, proque aduocati facundia, & fori consuetudine, & iudicij in quo

erit acturus æstimatione, iubet *l. 1. §. in honorariis, D. de extraordin. cognit.*

Quod si honorarium aduocatus acceperit, neque per ipsum stetit quominus ageret, reddere non debet, *l. qui operas 38. D. locati*, si ante actionem mortuus fuit; quare Diuus Seuerus prohibuit tunc ab hæredibus aduocati mercedem repeti *l. 1. §. Diuus Seuerus, D. de extraordin. cognit.*

21 Restāt aduocati obligationes, & qua ratione se in suo munere exercēdo gerere debeat; id docent Imperatores Valent. & Valens *l. quisquis 6. C. de postul.*

Primò ne vltra quam poscit vtilitas litium, in licentiā conuiciandi, & malè dicendi temeritatē prorumpant; agant quod causa desiderat, temperent se ab iniuria. Ratione enim & non probris certandum est. Hinc illud Ammiani *lib. 30. Cum ad inopiam venerunt allegationum, ad effranatam deflectunt conuiciandi licentiā, quo nomine ob assidua in personas honorabiles probra, diebus dictis sunt damnati.* Quæ aliaque ex eo authore fusiùs referam post paulò.

Secundò ne aduocatus ex industria litē & iurgiū protrahat. Tertiò ne cum cliente contractū aut pactionem ineat. Quartò ne aspernanter id quod ei à cliente offertur, accipiat; quare omnia habentur in illa constitutione Valent. quibus adde quintum, ne cui patrocinium deneget, *l. prouidendum 6. §. si quis verò. C. de postulando.* Sextò ne præuaricetur, alioquin infamis, est, & plectitur. Vide *titul. de præuaric.* de quo crimine aliàs. Septimò ne relicta parte suscepta, aduersario patrocinetur, *l. rem nouam 12. §. patroni. C. de iudiciis.* Octauò ne si aduocatus constitutus fuerit, vno eodemque tempore, aduocatione vtatur, & consiliarij munus alicuius magistratus gerat; quia abundè sufficit, vel per aduocationem causis perfectissimè patrocinari, vel assessoris officio fungi, ne minus perfectè vtrumque peragat, *l. vlt. C. de assessorib.* Deinde quia ipse elegit necessitatem standi, & contempsit ius sedendi, vt loquitur *l. quisquis 6. C. de postulando.* Cur verò aduocati stādo perorent, disputat Langlæ. *lib. 1. semestr. c. 3.* quia reuerentiam eo situ iudicibus exhibent, & quia Languidiùs sedendo peroratur. Quidquid sit, stare vult aduocatos dum perorant, constitutio Regia Moliu. *art. 59.* & Bles. *art. 125.* Nonò licebit post consiliarij sollicitudinē depositam ad munus aduocationis reuerti, *l. vlt. C. de assessorib.* An verò possit iudicio causæ in quo ipse aduocatus fuit, præesse, disputant aliqui; rem sic definit Mornac. *in l. quisquis 6. vers. cum ipse elegerit, C. de postulando.* Videri constitutionem Blesensem obstare, cùm prohibeat, ne qualicumque iudicio intersit, qui iustam aliquam suspicionem præsentia sua litigatorum alterutri iniiciat. Qui tamen primo iudicio præfuit, primáque instantia ius dixit, poterit aduocationem præstare ei qui appellatus sit, sine, vt loquimur, intimatus; agit enim vt suum iudicatum sustineat.

22 Hinc verò nata inter duos summos viros controuersia, Alciatum, vt Decianum, an aduocati sint in iudices adlegendi, id enim negat Alciatus *lib. 12. parerg. cap. vlt.* Eo quod patronus aurum corradere solitus, vix incorruptus iudex esse valeat, ex veteris Palladæ Epigrammate Antholo, *lib. 1.* quod Latinum exhibeo.

Imperium quæ serua fuit, ne sumat herile:
Hoc vetus est; aliud nunc tibi dico nouum.
Quisquis causidicus fuit, is nec iudicet vnquam,
Rhetore sit quamuis doctior Isocrate.
Venali vir lingua, & opes acquirere suetus
Iudicium haud vnquam, sordibus absque feret.

Deinde cum sint patroni bifida Lingua ἀμφῷ τῷ λόγῳ, vt ait Aristoph. facilè quam volunt partem tuentur, & effutias faciunt. Dacian. verò Apologia aduersus Alciatum *cap. 7.* ex communi gentium ferè omnium vsu, Imperatorum decretis, atque plurium rationum pondere euincit iuris studiosos ex aduocatis in iudicum collegium adoptandos esse; quod & vsus in Gallia nostra obtinuit. Quare huic controuersiæ tanquam minus vtili supersedemus. Vide, Thomam Iones. *in prolusionibus academicis, de iudice, cap. 8.*

Pergo ad alias aduocatorum obligationes. Primò quod commendat Quintilian. *lib. 4. cap. 1.* vt dicat ex motibus iudicis, quos scire debet. Secundò diligens sit in videndo & perlegendo toto litis instrumento, *lib. 12. cap. 8.* de quo etiam Plin. *lib. 1. epist. 20.* Tull. *lib. 2. de oratore*, & *in oratore ad Brutum.* Tertiò peritos sæpius in consilium adhibeat, quod medicis faciendum suadet, immò & Deus ipse præcipit *Deuteron. 17.* Arist. *lib. Rhetoric. ad Alexand. cap. 1.* ὅτι δὲ τὸ βουλεύεσθαι τῶν περὶ τὸν ἄνθρωπον θειοτατόν ἐστιν; rerum humanarum diuinissimum est consultatione vti. In ea verò consultatione comiter habendos esse iuniores aduocatos ab antiquioribus & peritioribus, ostendit Mornac. *in l. 1. D. de origine iur.* Quartò, quantum verò iuris studiosus & peritus esse debeat, nemo non videt. Quintò ne sua facundia ad lites concinnandas abutatur, quod non ferendum esse iudici monet *l. nec quicquam 9. §. 2. D. de præcon.* concinnare verò litem, est illam apertè componere, & sæpius in re iriti laboris. Boër. *quæst. 324. in fin.* ait ex Felino medicum excusari, qui curam desperatam assumat, non verò aduocatum, qui eiusmodi causam suscipiat concinnandam. Vnde data occasio carpendi forensem eloquentiam, quam Basil. *homil. quomodo ex gent. lib. proficiend.* vocat τὴν περὶ ψεύδεσθαι τέχνην, mentiendi artem. August. *lib. de decem Chord. cap. 2. Nec patronos fraudulentis circumuentionibus, & linguosis artibus adhibebis*: atque *epist. 19. ad Hieron.* Non tam timendum esse vult Apostolus Philosophorum exemplum, quando & hi in sua disputatione veri aliquid dicunt, quàm forensium aduocatorum, quando in alienarum causarum actione mentiuntur. 23

Sextò denique probis moribus & eruditione bonam sui opinionem excitet; mirum enim quantum officiat patrono ad obtinendam causam, *labes opinionis*, vt loquitur *l. 9. C. de aduocat. diuersor. iudic.* quare non debet, se temerè exponere periculo bonæ æstimationis amittendæ, vt pluribus demonstrat Mornac. *in eam legem.* Neque Sane illam existimationem sibi apud sapientes conciliabit, splendido dumtaxat ornatu, & vestitus, atque cultus elegantia, aut opinione diuitiarum & census; qua de causa ridet Romam Iuuenalis, quæ indè metiebatur causidici eximias dotes, & magna mercede linguam tam diuitem conducebat. Placet fatiscentem animum hoc scommate recreare. Sic igitur ille *satyra VII.* Ait igitur aduocatum illum decoquere, graue alienum æs contrahendo, dum nouis creditoribus soluit, vt se diuitem præferat, manetque obligatus; non tamen illi omninò inutilem esse illam diuitiarū ostentationem, cum inde maiores mercedes colligat.

Sic Pedo conturbat, Matho deficit, exitus hic est
Tongilli, magno cum rhinocerote lauari
Qui solet, & vexat lutulenta balnea turba:
Perque forum iuuenes longo premit assere, Medos
Empturus pueros, argentum, myrrhina, villas,
Spondet enim Tyria stataria purpura, filo.

Est

Est tamen hoc ipsis utile; cùm purpura vendit
Causidicum, vendunt amethystina, conuenit illis
Et strepitu, & facie maiores viuere censu,
Sed finem impensæ non seruat prodiga Roma,
Vt redeant veteres: Ciceroni nemo ducentos
Nunc dederit nummos, nisi fulserit annulus ingens.
Respicit hoc primum, qui litigat, an tibi serui
Octo, decem comites, post te an sit sella, togati
Ante pedes. Ideò conducta Paulus agebat
Sardonyche, atque ideò pluris quàm Cossus agebat,
Quam Basilus, rara in tenui facundia panno,
Quando licet flentem Basilo producere matrem,
Quis benè dicentem Basilum ferat, accipiat te
Gallia, vel potius nutricula causidicorum
Africa, si placuit mercedem imponere linguæ.

Quæ porrò retulimus hactenus de vitiis aduocatorum, quę coërcere voluit Valens cum Valentiniano, constitutione nuper adducta, fusiùs exponit Ammianus Marcellin. *lib.* 30. agens de illa ipsa constitutione, & occasione illius ferendæ, quibus omnia quæ ab aliis adducta sunt, explicat; quare eius disputationem licet paulò longiorem placet exscribere, in ea enim plurima erudita, neque opinor ingrata leges. Hanc professionem Oratorum forensium, πολιτικῆς μορίου εἴδωλον, id est ciuilitatis particulæ vmbram, vel adulationis partem quartam, esse definit amplitudo Platonis: Epicurus autem, κακοτεχνίαν nominans, inter artes numerat malas: Ctesias suasionis opificem esse memorat, adsentiente Leontino Gorgia, quam à veteribus ita determinatam, Orientalium quorundam versutia ad vsque bonorum extulit odium, vnde etiam retinaculis temporis præstituti frænatur. Ergo absolutis super eius indignitates paucis, quam in illis partibus agens expertus sum, ad cæptorum cursum regrediar institutum. Florebant elegantiæ priscæ patrociniis tribunalia, quum oratores cōcitæ facundiæ attenti studiis, doctrinarum ingenio, fide, copiis, ornamentisque dicendi pluribus eminebant: vt Demosthenes, quo dicturo concursus audiēdi causâ ex tota Græcia fieri solitos, monumentis Atticis continetur: & Callistratus, quem nobilem illam super Oropo causam (qui locus in Eubæa est) perorantem idem Demosthenes, academia cum Platone relicta sectatus est: vt Hypendes, & Æschines, &c. Andocides, & Dinarchus, & Antiphon ille Rhamnusius, quem ob defensum negotium, omnium primum antiquitas prodidit accepisse mercedem. Nec minus apud Romanos Rutilij & Galbæ & Scauri vita, moribus, stipendiorū officiis floruerunt: laureasque fori speciosis certaminibus occupantes, sūmis gloriæ honoribus fruebātur, post quos excellentissimus omniū Cicero, orationis imperiosæ fulminibus sępe depressos aliquos iudiciorū eripiens flammis, non defendi homines sine vituperatione fortasse posse, negligenter defendi sine scelere non posse, firmabat. At nunc videre est per eos omnes tractus violenta & rapacissima genera hominū, per fora omnia volitantium & subsidentium diuites domos, vt spartanos, canes aut cretas, vestigia sagaciùs colligendo ad ipsa cubilia peruenire caussarum. In his primus est cœtus eorū, qui seminando diuersa iurgia, per vadimonia mille iactantur, viduarū postes & orbotū limina deterentes, & auidi inter discordātes amicos aut propinquos vel adfines simultatum ob leuia scrinij receptacula odia struentes infesta: in quibus ætatis progressu nō vt aliorū vitia intepescunt, sed magis magisq; roborantur: inter rapinas insatiabiles in opes, ad capiendā versutis orationibus iudicum fidem, quorum nomen ex iniustitia natū est, sicā ingenij distringentes. Horū obstinatione libertatē temeritas, constantiam audacia pręceps, eloquentiam inanis quædam imitatur. *Fluentia loquendi quarum artium sanitate, vt Tullius adseuerat, nefas est religionem decipi iudicantis: ait enim; Quùmque nihil tam incorruptum esse debeat in rep. quam suffragium, quam sententia, non intelligo cur qui ea pecuniâ corruperit pœna dignus sit, qui eloquētiâ, laudē etiam ferat. Mihi quidem hoc plus mali facere videtur qui oratione quam qui precio iudicē corrumpit, quod pecuniâ corrumpere prudentem nemo potest, dicendo potest.* Secundum est genus eorum qui iuris professi scientia quâ repugnantium sibi legum aboleuere dissidia, velut vinculis ori impositis reticēte iugi silentio, vmbrarū sunt similes propriarum. Hi velut fata natalitia præmonstrantes, aut syllabæ oraculorū interpretes, vultus grauitate ad habitum cōposita tristiorem, ipsum quoque vendunt quod oscitantur. Hi, vt altius videantur iura callere, Trebatium loquuntur, Cæsellium & Alfenum, Auruncorum Sicanorumque iamdiu leges ignotas, cum Euandri matre ab hinc sæculis obrutas multis: & si voluntate matrē tuam finxeris occidisse, multas tibi, suffragantes absolutionē lectiones reconditas pollicentur, si nummarū senserint. Tertius eorū est ordo qui vt in professione turbulenta clarescant, ad expugnandā veritatē ora mercenaria procudentes, per prostitutas frontes, vilesque latratus, quò velint, aditus sibi patefaciunt crebros: qui inter sollicitudines iudicum per multa distentas, inresolubili nexu vincientes negotia, laborant, vt omnis quies litibus implicetur, & nodosis quæstionibus de industria iudicia circumscribunt: quæ quum rectè procedunt, delubra sunt æquitatis: quum deprauantur, foueæ fallaces, & cæcæ: in quas si captus ceciderit quisquam, non nisi per multa exsiliet lustra, adusque ipsas medullas exsuctus. Quartum atque postremum est genus impudens, peruicax & indoctum, eorum qui quum immaturè à literariis eruperint ludis, per angulos ciuitatum discurrunt, mimiambos, non caussarum remediis congrua commentantes, fores diuitum deterendo, cœnarum, ciborumque aucupantes delicias exquisitas: qui quum semel vmbraticis lucris & inhiandæ vndique pecuniæ sese dederint, litigare frustra quoslibet innocentes hortantur: & ad defendendam caussam admissi (quod ratò contingit) suscepti nomen & vim negotij sub ore disceptatoris inter ipsos conflictuum articulos instituunt, circumloquutionibus indigestis irascentes, vt conluuionis teterrimæ audire existimes vlulabili clamore Thersitem. Quum autem ad inopiam muniendarum venerint allegationum, ad æffrænatā deflectunt conuiciandi licentiam: quo nomine ob adsidua in personas honorabiles probra, diebus dictis aliquoties sunt damnati. E quibus ita sunt rudes nonnulli, vt numquam se codices habuisse meminerint, & si in circulo doctorum auctoris veteris inciderit nomen, piscis aut edulij peregrinū esse vocabulum arbitrantur: si vero aduena quisquā inusitatum sibi antea Marcianum verbo tenus quæsierit oratione, omnes confestim Marcianos appellari se fingunt. nec iam Fasullum præ oculis habent: sed tāquam auaritiæ venundari & vsucapti, nihil præter inseminatam petendi licentiam norunt. Et si quem semel intra retia ceperint, casibus mille impedicant, per morborum simulationem vicissim conuultò cessantes: vtque peruulgati iuris proferatur lectio vna, septem vendibiles introitus præparant, dilationum examina longissima contexentes. Et quum nudatis litigatoribus dies cesserint & menses & anni, tandē obtrita vetustate controuersia intromissa ipsa capita

ſplendoris, ingreſſa alia ſecum aduocatorũ ſimulacra inducunt, quumq; intra cancellorũ venerint ſepta, & agi cęperint alienius fortunę vel ſtatus, atq; laborari debeat vt ab inſonte gladius, vel calamitoſo detrimenta pellantur, contrugatis hinc inde frontibus, brachiiſque hiſtrionico geſtu formatis vt concionaria Gracchi fiſtula poſt occipitium deſit, conſiſtitur altrinſecus diu. Tandemque ex præmeditato cõcludio per eũ qui eſt in verba fidentior, ſuaue quoddam principium dicendi exſeritur, pro Cluentio vel pro Cteſiphonte orationum æmula ornamenta promittens: & in eam concluſionem cunctis finem cupientibus deſinit, vt nondum ſe patroni poſt ſpeciẽ litis triennium editam cauſſentur inſtructos: ſpatióque protogati tẽporis impetrato, quaſi cum Antæo vetere colluctati, perſeueranter flagitant pulueris periculoſi mercedes. Verũtamen hæc quum ita ſint, non deſunt aduocantis incommoda plurima, parum ſuſtinẽda recte victuro. Namq; ſellulatiis quæſtibus ineſcati, inter ſe hoſtiliter diſſident: & rupta maledicendi ferocia, vt dictum eſt, multos offendunt: quam tunc effutiunt, quum commiſſarum ſibi cauſarum infirmitatem orationibus validis conualere non poſſunt, & iudices patiuntur interdum, doctos ex Philiſtionis aut Æſopi cauillationibus, quam ex Ariſtidis illius iuſti vel Catonis diſciplina productos, qui ære graui mercati publicas poteſtates, vt creditores moleſti, opes cuiuſque modi fortunæ rimantes alienis gremiis executiunt prædas. Ad vltimum id habet cauſſidicina cum cæteris metuendum & graue, hoc ingenitum eſt pene litigantibus cunctis, vt quum iurgia mille caſibus cadant, accidentia ſecus in poteſtate eſſe exiſtiment patronorum, & omnem certaminum exitum iiſdem ſoleant adſignare, & non vitiis rerum aut iniquitati aliquotiens diſceptantium, ſed ſolis defenſantibus iraſcantur.

24 His omnibus ad extremum adiicio quæſtiones, quæ ex hactenus dictis facile colliguntur circa aduocatorum conſcientiam. Et primò quidem aduocatus qui iuſtam cauſam imperitè, & negligenter defendit, peccat, & tenetur ad omnia damna quæ inde cliens incurrit, cùm enim ſe pro perito gerat, & diligentiam clienti polliceatur, iniuriam illi facit & eſt iniuſta eius damni cauſa. Illud igitur reſarcire debet. Ita Sylu. *v. aduocatus, quæſt.* 24. Antonin. 2. *part. tit.* 1. *cap.* 19. *§. ſpen. &* 3. *part. tit.* 6. *c.* 1.

25 Secundò aduocatus qui cauſam quam nouit iniuſtam, deffendit, tenetur ad reſtitutionem omnium damnorum, ipſarumque expenſarum parti, quæ ob eius patrocinium iniuſtè damnata eſt, clienti autem ſuo ſi damnetur, tenetur ad expenſas, & alia damna, ſi eum non monuit de cauſæ iniuſtitia, qui ſi monitus deſiſtere noluit, debebit eum, eiuſque cauſam aduocatus deſerere, non tamen poterit aduerſæ parti ſecreta prodere, niſi ad graue damnum proximi impediendum, quodque aliter vitari non poteſt, id foret neceſſarium, tunc enim Iudici ſecretò id aperire poſſet, vt ea ratione faciliùs impendenti malo occurreretur. Non poterit tamen partem ad componendum inducere, ſi fiat cum eius damno, ſi enim cauſa manifeſtè iniqua eſt, vti ex proceſſu litis aduertit aduocatus, iniuriam omninò facit parti, cui ſuadet damnoſam tranſactionem, quæ omnia habent S. Thom. 2. 2. *quæſt.* 1. *art.* 3. *ad* 2. Valent. *tom.* 3. *diſput.* 5. *quæſt.* 15. *punc.* 4. Soto *lib.* 5. *de iuſtit. quæſt.* 8. *art.* 3. Sylu. *v. aduocatus, q.* 10. Nauarr. *c.* 25. *n.* 28. Fragoſa 1. *part. lib.* 5. *diſp.* 13. *n.* 130. & alij paſſim

26 Excipio tamen ab hac aſſertione patronum, qui clientem fraudibus contra fiſcum defendit; non enim tenetur ad eorum compenſationem, quæ prouenïſſent fiſco, ſi patronus non ſuſcepiſſet talem cauſam, quia reus non debet pœnam ante ſententiam, quod etiam verum eſſe dicit Leſſius in aduocato fiſci, quia officium illius non eſt vt fiſcus diteſcat mutilationibus, & confiſcationibus, ſed ſolùm vt leges ſeruentur, & illarum violatores puniantur.

27 Tertiò patronus qui ita crimen depellit ſuo clienti obiectum, vt probari non poſſit, non tenetur ad damnum quod idcircò incurrit accuſator, neque ſi pœna talionis, aut ipſo capite damnetur, fiet inde patronus irregularis, contra quàm docuerit Nauarr. *cap.* 27. *num.* 109. Nos verò Couarr. *in Clem. ſi furioſus.* 2. *p.* §. 5. *n.* 5. ſequuti ſumus in noſtro *lib. de irregul. c.* 4. *quæſt.* 2. *conſect.* 7. *difficult.* 16. *num.* 68. pluribus aliis adductis, modò tamen aduocatus, & iuſtè, ac ſine fraudibus deffendat, & non petat accuſatoris punitionem, quamuis agnita veritate iudex illam ipſi imponat etiam capitalem. Addidi cum Præpoſit. *quæſt.* 5. *de irregularit. num.* 104. non videri improbabile aduocatum reo innocenti patrocinium exhibentem poſſe obiicere crimina accuſatori, eiuſque calumniam, ſi id neceſſarium ſit ad defenſionem rei, grauiter alioquin periclitantis, non tamen hunc habendum eſſe irregularem, ſaltem poſt factam proteſtationem; quia licet aduocato quod liceret ipſi reo innocenti in iuſtam ſui defenſionem, neque potiùs fiet irregularis, quàm fieret reus in tali caſu, qui ad ſeruandum proprium caput accuſatori obiiceret calumniam, aliáque crimina, modò non intenderet illorum punitionem, ſed ſui defenſionem.

28 Quartò aduocatus ex cuius imperitia plectitur capite reus, aut accuſator, ſi in ea imperita, & negligenti defenſione peccauit mortaliter, fiet irregularis, quod neceſſariò demonſtratur ex doctrina fuſius à nobis tradita: *lib. de irregular. cap.* 4. *quæſt.* 2. *in* 2. *parte propoſitionis.* Quia ille aduocatus reus eſt homicidij caſualis, indirectè tamen voluntarij, in quo mortalem culpam admiſit, licèt vacauerit rei licitæ, nempe ſui clientis deffenſioni, cam enim diſtinctionem hoc caſu inutilem eſſe, eodem loco demonſtrauimus, fiet igitur hic aduocatus irregularis, non ex defectu lenitatis, vt aliqui ſentiunt, ſed ex homicidio caſuali indirectè voluntario.

29 Quintò quando cauſa vtriuſque litigantis eſt probabilis, aut etiam dubia, immò ſi alicuius ſit minùs probabilis, ſiue illa ſit rei, ſiue actoris, ſuſcipi poteſt ab aduocato, modò non polliceatur ſuo clienti certam victoriam, ſed illi dubium quod ſubeſt, & contrariæ opinionis probabilitatem aperiat. Quia in eo caſu tùm reus, tùm actor habent ius experiendi iudicio, igitur & aduocatus ius illorum tueri, & proſequi poterit, ac quamuis iniquum videatur, agere contra eum qui maius ius habet; ille verò cuius cauſa probabilior eſt, videatur eſſe potior iure. Ille tamen qui cauſam probabilem tuetur, non cogitur illam deſerere, quia quod eſt probabilius, non eſt ſemper verius, ſed tantùm videtur verius, & nulla ſit iniuria parti, neque eius iuri derogat, quia tota cognitio relinquitur iudici, qui expenſis rationum momentis, inter diſceptandum allatis, pronuntiabit quod æquitas poſtulabit. Ex quibus diuerſas Doctorum in hac quæſtione ſententias facilè conciliabis. Valent. 2. 2. *diſp.* 5. *q.* 3 5. *punct.* 5. *quæſt.* 2. fatetur quidem attento naturæ iure

iure licitum esse aduocato quam maluerit ex duabus opinionibus probabilibus tueri, iure tamen potiuno solum reum, non verò actorem posse deffendere, nisi causa eius sit digna fauore, qualis est causa pia, vel libertatis, & matrimonij; quia ex communi doctrina & Regula iuris 11. *in 6. Vbi iura paria, vel obscura sunt, fauendum est reo.* Illum igitur in hoc caso deffendat, aut causam deserat. Idem affirmat Sylu. *verb. aduocatus q.* 13. Contrarium tamen, nostramque sententiam docent passim Nauarr. *cap.* 13. *num.* 28. ipséque tandem Sylo. *verb. aduocatus. quæst.* 10. Neque improbabilem putat Valent. Gutier. *lib.* 1. *qq. canonic. cap.* 13. *num.* 24. Less. *lib.* 2. *cap.* 31. *num.* 52. Vasquez 1. 2. *quæst.* 19. *art.* 6. *disp.* 64. *cap.* 1. *num.* 3. Azor. 1. *p. lib.* 20. *cap.* 17. *q. vlt.* Sayr. *in Claui. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 17. Salas 1. 2. *tract.* 8. *disp. vn. sect.* 19. *num.* 103. Sà *verb. aduocatus. num.* 1. Sanch. *lib.* 1. *in Decalog. cap.* 9. *num.* 51. *&* 52. Sotus *lib.* 5. *de iustit. quæst.* 8. *art.* 3. Layman. *lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 17. Villalob. *tom.* 1. *tract.* 1. *difficul.* 14. *num.* 3. Ioann. Sancius *disp.* 44. *num.* 54. Anton. Peres. *certam.* 10. *scholast. dub.* 2. *cap.* 15. *num.* 67. Ferdinand à Castro Palao *tract.* 1. *disp.* 2. *punct.* 11. *num.* 2. Fragosus 1. *p. lib.* 3. *disp.* 13. *num.* 262. quia vti iam monui, aduocatus tuetur ius quod nouit esse probabile, eiusque probabilitatem variis argumentis confirmat. Neque si causam actoris tueatur, perit à iudice sententiam contra reum, si illam iustè ferre non possit, sed actoris ius ipsi ostendit, vt expendat an secundum illum iudicare possit, quod posse existimat ipse aduocatus; qui sui clientis ius probabile esse demonstrat, & fortasse probabilius iure rei conatur ostendere; expendat, vt monui, momenta singula iudex: quare hoc loco distinctio rei & actoris, quam adhibet Valentia, necessaria non est, neque illam allati modo DD. adhibent, sapienterque monent Salas, & Azor & Vasquez id verum esse, licèt aduocatus sui clientis causam minus probabilem existimet, modò probabilem esse putet; quia, vti iam sæpius dixi, eius non est de iure pronuntiare, sed iudici argumenta in sui clientis defensionem suppeditare, ex quibus secundùm æquitatem pronuntiare possit. Et sanè cliens, qui suam causam probabilem esse censet, licèt alterius probabilitatem, aut suspicetur, aut etiam norit, potest nihilominus iudicio contendere, neque certus esse debet de suo iure. Iustè igitur aduocatus poterit illi patrocinari, modò, vt monebam initio, non persuadeat clienti causam illi certò adiudicandum esse, & contrariæ partis probabilitatem occultet, atque ita ad litigandum incitet; alioquin tenebitur ad damnum quod inde capiet cliens, qui monitus de causæ suæ periculo ac dubio, non erat litigaturus. Nam si ex quadam præfidentia, licèt monitus de periculo & dubio litis, nihilominus experiri velit, ipse sibi imputabit: neque in aduocatum culpam reiicere poterit, cùm ipse sibi damni causa fuerit inepta temeritate.

Placet etiam quod Salas addit, sicut & Salon. 2. 2. *quæst.* 63. *art.* 4. *controu.* 2, quando causa est parum probabilis, & pro qua rarò admodum pronuntiatur, non posse eam suscipi ab aduocato, nisi monito prius cliente de eiusmodi graui periculo, alioquin damni subsequuti teneri. Itaque distinguenda est hoc loco duplex probabilitas, vna speculatiua, quæ ex natura causæ, & variis rationibus ducitur. Altera est practica, quæ ex vsu fori, & stylo Curiæ, vt loquuntur, petenda est. Quia Curia communiter illam opinionem in iudicando sequitur, nisi graues aliquæ circumstantiæ, in insolito aliquo casu ipsam in contrariam partem concitent. Cùm igitur opinio hac probabilitate destituta, sit admodum periculosa, quoad euentum iudicij, quem vnum spectat litigaturus, de eo periculo moneri omninò debebit à suo Aduocato, alioqoin ferè certo periculo litem amittendi exponitur, temerariò admodum, eritque aduocatus damni consequuti causa culpabilis. Atque ad eius reparationem tenebitur. Sot. *loco cit.* & Banu. 2. 2. *quæst.* 71. *art.* 4. Mercat. *lib.* 6. *de contrac. cap.* 8. volunt peccare aduocatum, qui causam minus probabilem suscipit in rebus ciuilibus maioris momenti, secus verò si leuioris, & exigui momenti existat: quam distinctionem cæteri reiiciunt, cùm eædem rationes valeant in causis maioris, & minoris momenti, vbi in vtrisque æqualis erit probabilitas, siue maior siue minor. Hæc omnia confirmantur *ex l. rem non nouam* 14. *§. patroni. C. de iudic.* vbi patroni iurant se, vbi cognouerint causam esse improbam, vel penitus desperatam, vel falsis allegationibus compositam, illi non patrocinaturos, non dicit verò minus probabilem, sed *desperatam,* id est omninò malam.

Hinc etiam colligit Ferdinand. Aduocatum modò pro vna parte, modò pro altera in eadem causa, vbi vtriusque apparet probabilitas, agere posse, si solùm naturæ ius attendamus, nisi vel adsit scandalum, vel peculiari iure id prohibeatur, nam licèt *l.* 1. *C. de furtis.* & *l. cum precum. C. de liberali causa,* dicatur allegantem contraria non esse audiendum, id intelligendum est, de allegante contraria facta, non verò de allegante contraria iura.

30 Quoties aduocatus in non tuendo cliente errat per ignorantiam, quia ex natura negotij & causæ implicatæ, quam adhibita omni diligentia non potuit explicare, aut quia à suo cliente non fuit benè edoctus, vel falsò commonitus, immunis est à culpa, nec tenetur ad illam damni reparationem clienti, qui causa cecidit, & ab illo præstitæ fideliter operæ salarium iure poterit exigere. Ita Sylu. *v. aduocatus, q.* 11. quia totum illum infelicem litis euentum sibi ipsi vni tribuere debet cliens, non patrono suo. Volo tamen hanc ignorantiam esse antecedentem, & causam actus, nam si iniustitiam causæ nouisset aduocatus, vel eius certum periculum, illam suscepturus non fuisset; & si hæc ignorantia iniustæ causæ est tantùm consequens, ac proindè indirectè voluntaria, cùm non excuset à peccato, neque etiam ab onere restituendi, & reparandi damni, quod sua culpa causauit, eximet, vt optimè Lessi. *lib.* 2. *cap.* 31. *dub.* 8. *num.* 47. ignorantia verò concomitans, cùm neque augeat, neque minuat peccatum, neque illud efficiat, neque excuset, eo quod omninò comitetur actum, quem neque voluntarium neque inuoluntarium facit, & eodem modo se habet, eodémque modo ponitur, atque si nulla eiusmodi ignorantia illum fuisset comitata; quod patet exemplo eius qui existimans se occidere feram, occidit inimicum, quem si cognouisset, libenter occidisset; illa inimici occisio non est inuoluntaria, cùm non repugnet voluntati occidendi inimicum: voluntaria quoque non est, cùm non fuerit præcognita, nihil autem voluntarium sit, quod præcognitum non fuerit. Arist. *lib.* 3. *Ethic. c.* 1. *& seq.* ostendit eum qui ex ignorantia aliquid facit, non sponte facere, & neque inuitum esse, aut inuitum agere, si non ægrè ferat

se fecisse, id quod ex ea ignorantia fecit. Vnde sequitur hanc ignorantiam comitantem neque causare peccatum, neq; illud excusare, itaque qui occidit inimicum existimans inculpabiliter esse feram, non committit in eo actu peccatum homicidij, sed in voluntate qua gaudet se occidisse, & voluisset occidere, si sciuisset esse suum inimicum, non feram. Quare ignorantia latentis ibi inimici, & non feræ, omninò concomitanter se habet ad peccatū homicidij, & eius malitiam, quam neque causat, neque excusat, neque auget, neque minuit, quod tradunt S. Thom. 1. 2. *q.6. art.8. & q. 76. art.2.3. &* 4. Couarr. *in cap. Alma mater.* 1. *part.* §. 10 *num.* 15. Petrus Soto, *de ratione medendi peccat. lect.* 2. *sub fin.* Durand. *in* 2. *dist.*22. *q.*4. *num.* 5. Cordub. *lib.* 2. *quæstion. quæst.* 16. Valent. 1. 2. *disp.* 2. *quæst.* 1. *punct.*6. Vasq. 1. 2. *disp.* 125. *cap.* 2. qui alios refert, & nos fusiùs ostendimus in scientia nostra canonica. Ignorantia igitur merè concomitans iniustam defensionem, non excusat aduocatum qui eiusmodi defensionem suscipit, neque etiam illum damnat. Vt verò talis sit ignorantia comitans, debet adhibere necessariam diligentiam ad inquirendam iustitiam causæ, quam suscipit, & non esse paratus ad tuendam quamcumque causam, siue iusta, siue iniusta sit, tunc enim peccabit non ob ignorantiam, sed propter non adhibitam diligentiam necessariam; vnde fit vt illa ignorantia non sit omninò comitans, sed indirectè voluntaria. Deinde si in progressu causæ, propter noua instrumenta, nouasque rationes, atque ipsius etiam clientis confessionem deprehendat iniustam esse causam, quam initio iustam esse existimabat, illam deserere tenetur, & clientem monere.

31 Non licet aduocato clienti suadere, vt simpliciter neget obiecta si vera sunt, & articulos propositos mentiendo reiiciat, & per varias cauillationes causam auferat aduersario, aut vt illum grauet, vexet & fatiget, postulando superfluas dilationes, moras de industria nectat multiplices, & varios articulos proponat, infinitis replicationibus, & duplicationibus vtatur sine causa, ad ducendam causam, terrendumque aduersarium, falsa & contra conscientiam alleget, alioqui tenebitur ad damnum compensandum aduersario, qui eiusmodi vexationibus causâ cecidit, & iure quod habebat: nam si sui clientis causa iusta fuit, non tenebitur aduersario de damno litis perditæ; si tamen mendaciis, probationibus falsis, & periuriis vsus est, vel illa clienti suasit, peccauit omninò etiam contra iustitiam, quia vti dixi aliàs, licèt aduersarius non habeat iustam causam, immò neque ius illam defendendi in iudicio, atque partem contrariam impetendi, habet tamen ius ne aduersùs ipsum, fallaciis, & fraudibus certetur, atqueadeò patitur iniuriam eo casu. Denique aduocatus, qui suscepit causam iustam, vti poterit dilationibus, exceptionibus, aliisque modis concessis à iure, vt sibi, suóque clienti caueat, & aduersarij techinas, artes, & calumnias depellat, idque probant Tiraquell. *de retractu gentilitio, in præfat. n.*71. Gutier. *lib.*1. *qq. pract. q.*60. *num.*4. & alij, quia calumnias aduersarij depellere, eiusque fraudes eludere licet, & media quibus ad id vtitur permissa sunt in iure.

32 Quod attinet ad stipendia, siue honoraria de quibus iam aliquid ex iure, hæc, quod ad ius naturale addenda sunt. In primis obligatur aduocatus patrocinium gratis præstare pauperi in extrema necessitate constituto, qualis necessitas censetur esse, dum nisi defendatur ab hoc aduocato, capite plectendus, aut bonis omnibus spoliandus est, & in extremam inopiam coniiciendus; quilibet enim tenetur ex charitate proximo extremè laboranti succurrere ex eo quo ipse abundat. Addo cum Lessio *cap.*31. *num.*46. in graui quoque necessitate pauperis eandem incumbere obligationem aduocato, qui habet aliquid superfluum suo statui, hoc est, qui præter operam suo statui sustentando necessariam, habet aliquid præterea reliquum industriæ, operæ, & temporis, quod possit impendere, sicut de obligatione faciendæ eleemosynæ dicemus alibi.

Secundò stipendium si non sit lege, aut vsu taxatum, tantum accipere potest aduocatus, quantum expenso labore, dignitate, scientia aduocati, & qualitate causæ vir prudens æstimabit, si autem lege taxatum sit, non amplius accipere potest, sed tenetur ad restitutionem illius excessus. Ita Bonac. *disp.* 10. *de prec. q.* 3. *punc.* 4. *num.*9. & Fillinc. *tract.*40. *num.*190. & cæteri passim, modò tamen ea lex non sit abrogata consuetudine contraria; & quamuis, vti superiùs retulimus, prohibeatur aduocatis de aliqua parte litis, aut certa quapiam quantitate pacisci; putat tamen Bonac. absolutè, & sine vlla conditione aduocatum posse pacisci, quia nulli facit iniuriam, neque violat legem, quæ prohibet tantùm pactum sub conditione, si vincat, ne detur occasio lites fraudibus obtinendi. 33

Tertiò promissum stipendium pro lite à qua desistit actor, nulla omninò culpa aduocati potest totum ab illo accipi, eodem modo, atque si fuisset litem prosequutus, cùm illi interruptioni nullam dederit causam. Quod idem verum erit, cùm aduocatus ipse deserit causam, vel quia cliens fassus illi quidpiam est ex quo nouit causam esse iniquam, vel quia idem cliens transegit, aut composuit cum parte, quia etiam in his casibus nulla est aduocati culpa. 34

Idem dicendum est si alium aduocatum idoneum suo loco substituit, nam etiam eo casu poterit totum stipendium capere, licèt substituto suo alteram tantùm partem dederit, modò ex ea substitutione nihil damni contingat clienti.

Quartò aduocatus qui immoderatum salarium extorquet, tenetur ad restitutionem excessus illius, ita Sayrus *in Claui lib.*12. *cap.*23. *num.* 28. quod verum quidem est quando salarium est lege definitum, alioquin cùm eius æquitas non consistat in indiuisibili, & pendeat ex variis circumstantiis expendendis, difficile fuerit definire, quandonam sit immodicum stipendium, nisi plurimum excedat salarium ordinarium, cum vt monebamus, attendenda sit personæ dignitas, eloquentia, iudicij qualitas, causæ grauitas, labes, & eiusmodi alia, quæ si prudentis arbitrio exigant stipendium maius solito & definito, poterit exigi. Maximè si insolitus fuerit labor, siue ob magnitudinem, siue ob diuturnitatem; quem insolitum laborem, & extraordinarium non attendit, qui salarium definiuit. 35

Tota difficultas est quando non extorquetur, aut exigitur stipendium insolitum, sed offertur à cliente, an possit à patrono capi ille excessus oblatus, & non petitus: nam id negant, & teneri eiusmodi patronum ad restitutionem, considerata salariorum taxa, Nauarr. *cap.* 25. *num.* 30. Sotus *lib.* 5. *de iust.* quem adducit & sequitur Fragos. *lib.*5. *disp.*13. *num.* 256. existimatque in eadem fuisse sententia S. Thom. 2. 2. *quæst.*71. *art.*4. Verùm S. D. nihil aliud dicit, quàm stipendium *moderatè accipiendum considerata conditione personarum, & negotiorum, &*

laboris,

laboris, & consuetudine patriæ. Si autem per improbitatem aliquid immoderatè extorqueat, peccat contra iustitiam. Idcircò petunt rationem alij ex eo quod ea oblatio præsumatur facta in fraudem legis definientis stipendium, & illum excessum prohibentis, vel non esse voluntariam, sed ex quodam metu ne aduocatus suum patrocinium recuset. Quare distinguunt an istud salarium detur ante agitatam causam, an verò post illam, quia in priori casu non videtur oblatio voluntaria; in posteriori verò censetur dari ille excessus in grati animi significationem; ita Fragosus *loc.cit.* addunt & alij expendendam esse magnitudinem & leuitatem muneris, leuia enim munuscula prohiberi non censentur, & sanè esculenta & poculenta permittuntur. Vide Couarr. *in cap. quamuis pactum, 2. part. §. 3. num. 6.* Mihi tenenda videtur posita regula, & attenta qualitate muneris, videndum an reuerà sit voluntarium ex animi gratitudine, an non; nam lex non prohibet eius acceptionem nisi quia præsumit extortum esse, & non omninò voluntarium, sed ab inuito datum: quare si cliens importunè offerat, vrgeat, & testetur se animo liberali dare, non damnarem patronum ad illius restitutionem, si ipsum accepit, quamquam debeat non modò sordes cauere; sed omnis auaritiæ atque cupiditatis suspicionem.

36 Quintò aduocatus qui eatempore, & sine labore, atque studio, & Doctorum lectione consultus respondet, vel causam optimè agit, potest consuetam mercedem accipere. Ita Reboff. *de priuilegiis scholastic. priuileg.* 46. Antonin. 1. *part.* 3. *part. tit.* 6. *cap.* 2. Gabriel. *in* 4. *distinct.* 15. *concl.* 6. Et alij contra glossam *in cap. non licet* 11. *quæst.* 3. Speculat. *titul. de salario*, §. *sequitur.* Alens. 3. *part. quæst.* 44. *memb.* 2. Alioqui Doctiores qui plurimo labore eam iuris scientiam acquisiuere, vt possint in promptu respondere vel agere, essent deterioris conditionis imperitis & ineptis. Quod verò dicunt aduersarij doctrinam illam esse gratis dandam, cum sit aliquid spirituale, alioquin committi simoniam, à nobis fusiùs reiectum fuit in nostra tractatione de simonia, cùm illud spirituale quod in scientia naturali acquisita reperitur, non sit materia simoniæ, vt eo loco ostendimus.

37 Sextò aduocatus qui à duobus monasteriis stipendia capit, vt ipsorum causas agat, non poterit vtrisque patrocinari, si quando inter se contendunt. Verùm quæstio est cui potissimùm & prius debeat patrocinari. Speculat. *tit. de aduocato*, §. 1. & Ioan. Andr. *in regulam, contractus, de regul. iur. in* 6. volunt patrocinari illi monasterio, cui priùs suum patrocinium obligauit; quod plures alij dicunt, sequuti Bald. in casu de vassallo duorum dominorum contendentium. Existimarem rem totam vel per sortes dirimendam esse annuentibus duobus illis monasteriis, vel dominis, vel ab vtroque patrocinio, vel seruitio illi tunc abstinendum esse. Quamquam videtur dispar esse seruitiorum quæ debentur à vassallo duobus dominis; illa enim non semper eadem sunt, sed diuersa pro ratione feudi, vt explicuimus *in opere de vsuris lib.* 4. *cap.* 3.

38 Septimò aduocatus, qui diebus festis consilium dat, patrocinium præstat, causam instruit, allegationes scribit & suppeditat, aliáque eiusmodi præstat opera, potest mercedem accipere. Ita Tolet. *lib.* 4. *cap.* 24. *num.* 3. Nauarr. *cap.* 23. Sayr. *in Claui lib.* 7. *cap.* 2. *num.* 13. Suar. *lib.* 5. *de Religion. cap.* 22. *num.* 3. & alij, qui rationem reddunt, quia hæc opera seruilia non sunt. Verùm licet seruilia forent, ac proindè peccaret aduocatus illa, die festo exercens, illi nihilominus deberetur sua merces pro ratione laboris, qui non est minoris in se æstimationis, neque sua mercede carere debet, quòd ab aliquo fuerit cum peccato exhibitus, vt fusiùs diximus *lib.* 1. Sapienter verò Sayr. *cap.* 13. *cit.* & *lib.* 12. *cap.* 24. *num.* 8. Sotus *lib.* 1. *de iustit. quæst.* 4. *art.* 4. *in fin.* Caietan. 2. 2. *quæst.* 122. *art.* 4. *sub fin.* hanc doctrinam extendunt ad procuratorem, qui die festo memoriale confecit, & subscripsit. Eadem enim omninò ratio est.

Ex his omnibus vides quàm sancta fuerit illa 39 Magni Caroli *lib.* 3. *capitular. cap.* 12. *constitutio de aduocatis. Vicedominis, vicariis, & centenariis prauis, vt tollantur, & tales eligantur, quales & sciant, & velint iustè causas discernere, & terminare:* quibus verbis totum aduocati munus definit Imperator.

Ad tollendas verò omnes fraudes & continendos aduocatos in officio, sanciuit Iustinian. *in l. rem non nouam* 12. *aliàs* 14. §. *patroni. C. de iudic.* vt patroni causarum sacrosanctis Euangeliis tactis iuramentum præstent, quod omni virtute sua, omnique ope, quod verum, & iustum existimauerint, clientibus suis inferre procurabunt, non autem credita sibi causa cognita, quod improba sit, vel penitus desperata, & ex mendacibus allegationibus composita, ipsi scientes, prudentesque, mala conscientia liti patrocinabuntur, sed & si certamine procedente aliquid tale sibi cognitum fuerit, à causa recedent, ab eiusmodi communione sese penitus separantes; quin & addit Imperator, nullam faciendam esse licentiam, ita spreto litigatori, ab aduocato, nimirum propter malam causam, ad alterius patrocinium conuolandi, ne melioribus contemptis, improba aduocatio subrogetur. Huius porrò iuramenti à patronis causarum præstiti, nullum apud Romanos vestigium ante Iustinianum reperimus, nullumque sane viri & eruditi, & diligentissimi, vbi de variis iuramentis præstitis aduersis patronis disputant, obseruarunt, vt Tiraquel. *de præscript.* §. 1. *glossa* 8. & Petrus Faber *ad l.* 2. *D. de origine iuris*, aliique qui de Romano foro scripserunt accuratiùs. Apud Athenas tamen ea lege Solonis oratores iurabant ad altare lapideum in foro erectum, qui inde *Λιθομόται* dicebantur, teste Hesychio. Vide fusiùs de hoc more Ioann. Meursium *lib.* 1. *cap.* 6. & *lib.* 6. *cap.* 17. *Atticarum lection.* hodie in Curiis Gallicis in solemnibus Martinalibus iurant singuli patroni & procuratores, inter manus fori Principis, manuque tabulæ crucifixi imposita, se edita forensia priùs recitata seruaturos.

ARTICVLVS X.

De notariis & tabellionibus.

Quinam hodierni notary in Gallia. 16.
Obligationes notariorum. 17. & seq.
An peccent conficiendo instrumento vsurario. 24.
De ipsorum stipendiis. 26.

1 NOtarij dicti sunt à notis quibus scribebant, erant verò non litteræ, sed signa quædam & compendia literarum, fuit siquidem triplex scribendi ratio in vsu apud Romanos, verbis, nimirum integris, quæ literis ac syllabis constarent, literis singulis, & notis, de quo triplici scribendi modo fusiùs diximus *lib. 1. cap. 5. art. 1. num. 11.* A singulis vel siglis, quæ erant singulares literæ sine coagmentis syllabarum, vt ait Agelli. *lib. 17.* dicti sunt singulares, qui singularis literis scribebant. Sub præfecto prætorij Africa fuere 50. singularij; fuit & primicerius, secundocerius, tertiocerius, de quibus vide Buleng. *de Imper. Rom. lib. 4. cap. 3.* Pari ratione nominati quoque sunt notarij, de quibus & notis, præter ea quæ diximus loco priùs laudato, vide Isidor. *lib. 1. origin. cap. 21.* Trithemium *in polygraphia.* Petrum Bembum *lib. 5. ep. 8. ad Iulium II. Pontif.* Lipsium *centur. 1. ad Belgas ep. 27.* Bulenger. *de Imper. Rom lib. 4. cap. 5.* Martinium, *v. Nota.* Gruter. *lib. de notis*, & alios infra citandos. Aliquando notarius fuit à secretis, nam Vopiscus narrat Aurelianum cæsum fuisse malitia & fraude Mnesthei, quem notarium habuerat, illum Victor inter secretarios numerat, & à Zozimo, responsorũ quæ foris redderentur interpres dicitur, fuitque notariorũ ordo inter dignitates non infimas, vt pluribus ostendit *cap. cit.* Buleng. & primicerij notariorum immunitatet, & priuilegia ibidem indicat, sicut & Cuiaci. *in tit. 7. C. de primicerio, secundocerio, & notarius.* Sufficiant ista Cassiodori *lib. 6. form. 16. Non est dubium ornare subiectos Principis secretum, dum nullis æstimantur necessaria posse committi, nisi qui fuerint fide magna solidati. Publicum est quidem omne quod agimus, sed multa non sunt ante scienda, nisi cum fuerint Deo auxiliante perfecta, quæ tantò plus debent occuli, quantò ampliùs desiderantur agnosci. Regis consilium solos decet scire grauissimos, imitari debent armaria, quæ continent monumenta chartarum, vt quando ab ipsis aliqua instructio quæritur, tunc loquantur, totum autem dissimulare debent, quasi nihilum scientes, nam sollicitis inquisitoribus, sæpè & vilen proditur, quod tacetur, &c. Ab illa indictione notarium te nostrum esse censemus, vt ordine decurso militia ad primiceriatus feliciter peruenias firmitatem. Honor qui efficit Senatorem, cui Patrum aula reseratur, non iniuria: nam qui nostris curis militat adsidua lucubratione, iustè videtur, & curiam libertatis intrare.* Poterat igitur primicerius notariorum fieri Senator, ex Cassiodoro, & fuit idem qui secretarius. Primicerius iste fuit idem qui protonotarius, siue primus notarius, qui Constantinopoli duplex erat, vnus cursus publici τοῦ δρόμου, cuius meminit Nicetas. Alter protonotarius thematis, qui ciuili administrationi præpositus erat, Leo *constit. 1.* ὁ πρωτονοτάριος τοῦ θέματος, τῆς πολιτικῆς ἐστι διοικήσεως ἄρχων. Fuit quoque notariorum Schola *l. vlt. C. Theodos. lib. 6. tit. 1.* Fuere denique tres ordines notariorum, primus notariorum tribunorum, secundus notariorum domesticorum, qui Principi fuere à secretis, cuius arcana scripsere, quos suos familiares vocat Gratian. *l. penult. C Theodos. de primiceriis.* Tertius notariorum inferiorum tribunorum. De notariatus dignitate, & prorogatiuis, vide citatum Buleng.

Obseruo dumtaxat ad notarios, & secretarios pertinuisse scriniarios. Vnde Etymologic. σκρινιάριος τῆς δημοσίας ὑπάρχων τάξεως ὁ ἐστι νοτάριος ἢ χαρτοφύλαξ. Suidas, idem esse ait carthophilacem, qui fert scrinium, & arcam: ὁ αἴρων τὸ σκρίνιον ἢ τὸ κιβώτιον. Quod autem aliqui scrinia dici volunt quasi secernia, quod in iis secernantur, quæ seruari volumus, falluntur. Nam, vt aduertit Vossi. in Etymologico, vox Græca est scrinium, à γρώνιον, quod est diminutiuum à γρώνη & præmittitur *s.* vt à γλάφω scalpo, à γρύτη scruta, à τρωπὸς strophus. Γρῶνα verò est cauerna, vt capsa currus in qua scuticæ reponuntur; hinc nominata sunt scrinia, capsæ, siue arculæ, in quibus libros, scripta, aliáque secreta reponerent. Hinc glossæ Basilicorum σκρίνια αἱ ἄρκλαι. & Martial. *lib. 1. Epigram 67.* 2

Quam nouit vnus, scrinióque signatus,
Custodit ipse virginis pater charta.

Sidon. *lib. 8. epist. vlt.* vocat armariola, & theculas. A scriniis dicti scriniarij, qui scriniis præerant. Quatuor vero scrinia fuere, scrinia Principus, siue Palatij, memoriæ, epistolarum, libellorum, dispositionum notitia, addit scrinium epistolarum Græcarum; quæ eadem notitia consuetudinum ait quatuor scrinia diuini laterculi fuisse, μετὰ τῶν τεσσάρων σκρινίων τοῦ θείου λατερκούλου. Erant & sacrarum largitionum scrinia; exceptorum, canonum, tabulariorum, numerariorum, mittendariorum aureæ massæ, auri ad responsum, à miliarensibus vestiarij sacri, ab argento, à pecuniis. Præterea sicut fuere scrinia sacrarum à largitionum, iam enumerata, ita & quatuor fuere rerum priuatarum, beneficiorum, rationum, securitatum, largitionum priuatarum. Scrinium memoriæ cæteris nobilius erat. Qui illi præerat, annotationes omnes dictabat, & emittebat, precibus respondebat; eorum nomina scribebat, qui pace vel bello dignum aliquid laude gessissent, vt ei gratia, & præmia soluerentur, dicitur memorialis, & vt ait Herodian. præerat memoriæ Principis ὁ τῆς βασιλικῆς μνήμης προεστώς. Ammian. *lib. 14.* ait Ædesium ex magistro memoriæ Consulem factum fuisse. Dicuntur & ὑπομνηματογράφοι. De hoc memoriali & cæteris qui aliis scriniis præerant fusè & singillatim Buleng. *lib. 4. de Imperio Roman. à cap. 12. ad 22.* ad quæ non licet excurrere. Moneo dumtaxat scriniariorum munera fuisse varia, eorumque dignitatem præcipuam, vt passim in Symmacho, Sidonio, & Cassiodoro videre est. Diuersos etiam ipsorum ordines & gradus, quos dabit Buleng. *cap. 12.* illos ad nostros mores quoque accommodat Mornac. *ad l. vlt. C. de diuers. rescript.* & ad primicerios, scriniarios, palatinos reducit quatuor secretarios qui honoris illustris causa dicuntur secretarij status, *les quatre secretaires d'Estat.* Alij verò inferiores, qui dicuntur Secretarij Regij, & in varias classes, aut more prisco, scholas distribuuntur, aliis scriniariis comparari non iniuria possunt, sed omnes, vt vides, notarij & secretarij erant hodique sunt. Eorum nobilitatem & prærogatiuas agunt Fauchet. *lib. 1. de origine Magistrat. Franciæ. cap. 7.* Miralmont. *tractatu de Cancellaria Franciæ.* Fanin. *tract. de præcipuis Coronæ Franciæ. lib. 2. cap. 4.* Vincent. Lup. *lib. 1. de magistrat. & præfect. Franc. c. 20.* Loiseau. *de officialibus.* Louet. *littera S. n. 19.* & alios.

Tabelliones erant publici contractuum scriptores, *l. 2. C. de eunuchis. l. contractus 17. C. de fide instrument.* Quare *Nou. 7. quæst. 4. & 73.* dicuntur 3

συμβο

συμβολαιογράφοι. Scribebant quoque, & conficiebant, ſiue formabant teſtamenta, *l. ambiguitates* 24. *C. de teſtam. l.* 9. *D. de pœnis, l.* 14. *C. de ſacroſ. Eccleſ.* pateſque ex Sueton. *in Neron. cap.* 32. Attian. *in Epiſt. lib.* 2. *cap.* 13. atque in aliis pluribus, quæ adducit Buleng. *lib.* 4. *de Imperio Roman. cap.* 8. Iſidorus *lib.* 8. *Origin.* ait Tabellionem eſſe exceptorem & ſcribam publicum, qui ea tantùm quæ geſtis publicantur, ſcribit. Inſtrumenta ab ipſis conſcripta dicuntur *ἀγοραῖα* forenſia *Nou.* 73. & *δημόσια* publica, *Nou.* 44. Fuit verò certum tabellionum corpus ſub primicerio à quo ex collegij ſententia tabelliones creabantur, ſed non niſi homines fidei probæ, & ſcribendi, loquendique peritiſſimi, ac præterea Iuriſperiti, qui tenerent L X. libros Baſilicon, & haberent in ore X L. titulos Enchiridij, *ex Nou.* 49. 52. 73. 117. 142. *& ex edicto* 7.

Apud tabelliones ſeruabantur omnia publica inſtrumenta, vt ſi priuatis perirent, apud eos reperirentur; quod eleganter affirmat Caſſiodor. *lib.* 12. *ep.* 21. *Scribarum officium ſecuritas ſolet eſſe cunctorum, quoniam ius omnium eius ſollicitudine cuſtoditur. Alios enim depopulantur incendia, alios nudat furtiua ſubreptio, nonnullis negligentiâ perit, quod diligens actor acquirit, ſed de fide publica robuſtiſſimè reparatur quidquid à priuato amittitur.* Et mox; *Armarium ipſius fortuna cunctorum eſt, & meritò refugium omnium dicitur vbi vniuerſorum ſecuritas inuenitur.*

4 Quare habebant illi tabularium, ſiue tablinum, quamquam illud publicum potiùs erat. Tabularium igitur publicum locus fuit in æde Saturni, & ærario in quo tabulæ, inſtrumenta, & litteræ, & acta publica ſeruabantur. Virgil. *lib.* 2. *Georgic.*

Inſanumque forum, aut populi tabularia vidit.

Græci *γραμματοφυλάκιον* nominant & *χαρτοφυλάκιον*, & *ἀρχεῖον*, ſiue *ἀρχαῖον*, archiuum. Synonima itaque ſunt iſta Vlpian. *l. moris* 9. §. *ſolent.* 6. *D. de pœn. Solent & ſic, ne eo loci ſedeant, quo in publico deponuntur*, archiuo forte, vel grammatophilacio. Eandem vocem vſurpat Tertullian. in Apologet. *cap.* 19. *Antiquiſſima plurimarum gentium archiua. l.* 30. *C. de audient. epiſcop.* dicitur archiuum Eccleſiæ, quod *l.* 20. *C. de agricol. & cenſit.* κειμηλιαρχεῖον; & *Nou.* 74. *cap.* 4. κειμηλιοφυλάκιον, quòd in eo vaſa ſacra reponerentur. Hanc vocem deducunt aliqui *παρὰ τὸ ἀρχεῖον, ἢ ἔχειν*; verius eſt ab *ἀρχή*, magiſtratus. Indè enim *ἀρχεῖον* primò vocata eſt magiſtratus curia, inde grammatophilacium, quia acta publica in curia ſeruabantur: qui illi præficiebantur dicti ſunt *ἀρχειῶται*, quod Latini, vti iam monui, tabularium dixerunt à tabulis publicis. Cicero pro Archia. *Hic tamen tabulas deſideras Heracienſium publicas, quas Italico bello incenſo tabulario periſſe ſciamus omnes.* Liui. *lib.* 43. *Cenſores extemplò in atrium libertatis aſcenderũt, & ibi ſignatis tabellis publicis, clauſoque tabulario, & dimiſſis ſeruis publicis, negarunt ſe priùs quidquam publici negotij geſturos, quam iudicium populi factum eſſet.* In eo, vt dicit Cicero *lib.* 3. *de nat. Deor.* erant omnia paſcua, prædia, vectigalia, portoria, ciuitates, redemptioneſque publicanorum præſcriptæ. Tabulario præpoſiti, quæſtores, ex Tacit. *lib.* 13. dicti ſunt. Eſt & vetus lapis *M. Perpenna, Lurco, T. Hartius, Dacianus, curatores Tabulariorum faciundum curauer.* De Tabulariis verò qui ciuitatum & prouincialiũ chartas, & rationes tractant, & ſupputant, præſuntque tabulario, in quo & publicorum, & priuatorum reconduntur inſtrumenta, vide Buleng. *lib.* 4. *de Imper. Roman. cap.* 7. Dicitur quoque tablinum quaſi tabulinum, quomodo figlinum, pro figulinum. Plin. *lib.* 35. *cap.* 2. *Tablina codicibus implebantur, & monumentis rerum in magiſtratu geſtarum.* Apulei. *lib.* 3. *Floridor. Nemo eorum quòd per pulchra tablina in ædibus viſant.* Ex quibus confirmatur quod ſuperiùs monui, tablinum dictum potiùs de tabulariis priuatis, immò numquam aliter vſurpatum fuiſſe exiſtimat Voſſius *in etymo v. archiuum.* Deriuatur à tabulis, id eſt codicibus qui in tabulis perſcribebantur. Feſtus ab Scaligero reſtitutus, tablinum proximè atrium locus dicitur, publicarum rationum causâ factus, quòd antiqui magiſtratus in ſuo imperio tabulas rationum ibi habebant, itaque ait eſſe locum publicarum rationum causâ factum, & *in v. tabellis*, ante chartæ & membranarum vſum in tabulis dolatis, non ſolum teſtamentum, ſed etiam epiſtolarum alloquia ſcribebantur, de qua ſcribendi ratione ſæpius diximus, & plura dabit Lipſius, *in epiſtolica inſtitutione.* Quidquid ſit, à tabulis tablinum dictum. Varro *lib.* 2. *de vita pop. Roman. Ad focum hyeme ac frigoribus cœnitabant: æſtiuo tempore in propatulo: rure in corte, in vrbe, in tabulino, quod mœnium poſſumus intelligere tabulis fabricatum.* Quod verò aliqui tablinum nominant à picturarum tabulis, quæ in eo reponerentur, vnde pinacotheca dicta, falluntur; nam licèt pinacothecis pictæ tabulæ, & ſtatuæ ſeruarentur, ex Plinio *lib.* 35. *cap.* 2. illarum tamen ita meminit, vt diuerſas faciat à tablinis, & tanquam diuerſa loca diſtinguat *lib.* 6. *cap.* 4. quidquid ſit, tabularij & tabelliones dicti ſunt à tabulis ſiue publicis, ſiue priuatis, quas ſcribebant, excipiebant, & aſſeruabant, vti diximus.

Erant igitur tabelliones, libelliones & publici tabularum ſiue publicarum, ſiue priuatarum præſcriptores. Græci nominant *νομικοὺς*, & voce Latina corrupta *ταβελλίωνας*; Iſidor. *lib.* 8. ait tabellionem eſſe exceptorem, & ſcribã publicum, qui ea tantùm quæ geſtis publicantur, ſcribit de quibus eſt *Nouell.* 44. *περὶ συμβολαιογράφων*, ex qua intelligitur illos habuiſſe ſtationes ſuas quas & gradus & ſcamna Græci nominant, & miniſtros, ſiue diſcipulos, itemque adiutorem ſiue ſubſtitutum, confirmatum apud acta magiſtri cenſus. In Nouella Leonis *περὶ πολιτικῶν σωματείων διατάξεων*, ſignificatur certum fuiſſe tabellionum corpus ſub primicerio, à quo, ex collegij ſententia, quinque tabelliones creabantur, eorumque creatio inſinuanda erat Præfecto vrbi, creatoribus iurantibus, ſe nec ambitione, nec gratia vlla, ſed ſola virtutis conſcientia ad noui tabellionis electionem adductos; atque ita in ſecretario Præfecti vrbi annulli ſignatorij oblatione eius promotio fiebat. Ducebatur verò ad Præfectum vrbi indutus ephestride, ac deinde promotione facta ad templum cæteris tabellionibus eadem indumenta gerentibus, ibique pro epheſtride, ei à ſacerdote dabatur album *φελώνιον* adiecta prece. Ad extremum licebat *σωματειάζειν μετὰ τῶν συμπαρόντων ἢ συνεφαιρεῖν*; quæ omnia in doctoribus creandis, pleroſque diligenter nunc obſeruare monet Cuiaci. *in l.* 15. *C. de decurionib.* Quid verò eſſet veſtis ephestris, non ſatis apparet; Politian. *in Herodiano* vertit modò ſagum, modo veſtem abſolutè. Bayſius *de re veſtiar. cap.* 11. explicat paludamentum ex Plutarcho *in Lucull.* Athenæ. *lib.* 5. *dicit χλαμύδα ἐφεστρίδα*, alij id quod ſupra thoracem eſt *φελώνιον*, ſiue *φαινόλης φαιλόνης*, vtroque enim modo ſcribitur: eſt penula, & verbum Latinum Græciæ datum. Hieron. apud Paul. *epiſt.* 2. *ad Timoth.* vertit laceruam, ſiue penulam; vide Bayſium

fium *cap.* 16. *de re vestiaria.* Apud Athenæ. *lib.* 3. Cynalcus exprobrat Vlpiano huius vocis nouitatem, non fuisse tamen nouam hanc vocem constat, cùm illa fuerit vsus Rhinton comicus, vt ait Pollux *lib.* 7. *onomastici.* Vixit autem Rhinton primi Ptolemæi temporibus. Denique Suidas φαινόλης ῥωμαϊκὴ στολή.

6 Ex his omnibus variis locis Codicis, aduerte cum Loisellio *lib.* 2. *de iure officiorum, cap.* 5. scribas & tabularios, quamuis magnam inter se habeant communionem, & sæpius coniungantur, vti constat *ex C. de tabularus, scribisq. & logographis,* immò & scriba comprendat omnes quos hodie practicos vocamus, siue pragmaticos forenses, vel Basilicanos, maximè tabelliones, tabularios & libelliones designari constat ex Cassiodor. *lib.* 12. *epist.* 21. à nobis relata superiùs Vetus etiam glossarium tabularium, siue tabellionem interpretatur scribam publicum. Nihilominus propriè loquendo cuiaci. *C. de tabular. & scrib.* ita distinguit, vt velit scribas esse curiarum siue magistratuum muncipalium scribas; tabularios verò chartas publicas administrare; vti habet *l. pen. C. de tabular, scrib. & logograph.* Rationes supputant. *l.* 2. *C. de iure fisci. leg. vltim.* | *D. si mensor. falsum mod. dixerint.* & Sen. *ep.* 12. *Non esse feliciorem, cuius patrimonium tabularios lacessat.* Simili ratione Notarij vox in ampliori significatione complectitur omnes, qui alterius iussu, aut vice quidpiam scribunt, nempe causas, sententias & contractus, vnde Lamprid. *in Seuero. Notarium qui falsum causa breuem in consilio Imperatoris retulisset, incisis digitorum neruis, ita vt nunquam posset scribere, deportauit.* Denique is omnis qui notas didicerat, & sigla quibus scriberet, & annotaret, quæ fusiùs deindè scribenda erant, notarius nominatur. Atque in primis, qui in iudicio sententias, vel extra illud contractus eiusmodi notis excipiebat, dicebatur exceptor publicarum aut priuatarum rationum præscriptor. Denique propriè Notarius erat ταχύγραφος, καὶ σημειόγραφος, cui opponebatur ὀλιγόγραφος, & καλλίγραφος, qui antiquis nominatus librarius.

7 Hi porrò siue scribæ, siue notarij, erant serui publici cuiusque ciuitatis ac reipublicæ, cuius impendiis alebantur, & ciuibus suam operam ministrare tenebantur: deputati videlicet erant vt seruirent tabulario ciuitatis, & rationibus, tabulis, chartisque publicis; quare *l.* 3. *C. de seruis reipub.* significat tabulariam administrationem esse actum seruilem, quam tamen liber homo volens gerere possit, salua libertate. Vtebantur his seruis publicis singuli ciues, licèt singulorum serui non essent, vt qui per se stipulari non poterant propter ætatem, nec per liberum hominem vetante regula iuris, nec per seruum proprium, quem non habebant, stipularentur per publicum, quod in suam rem esset, *l. non aliter* 18. *D. de adoption. l.* 2. *D. rem pupill. saluam fore. l.* 3. *C. de postlimin. & redempt.* Athenis quoque erant serui publici litterarum periti, qui proficiscentes ad bellum Imperatores, & quæstores sequerentur ad conficiendas rationes impensarum, vt bello finito in reddendis rationibus, quæstio ex eis haberi posset, qua non poterant ciues torqueri. Ita Vlpian. *in* 2. *orat. Clynthiacam Demosthenis.* Seruus publicus populi Rom. habuit proprium ius faciendi testamenti pro parte dimidia peculij, ex Vlpian. *lib. reg. tit.* 20. hos siquidem seruos publicos manumittere poterat Respublica, ex Varron. *lib.* 7. *de lingua latin.* non tamen faciebat ciues Romanos, quod tamen deindè concessit lex Vettij Lybici, sic enim legendum est *in l.* 3. *C. de seruis reipub.* non *Vettibulici*; vti obseruat. ibid. Cuiaci. quæ lex cùm initio tantū pertineret ad vrbem & municipia Italiæ, porrecta deinde est ad municipia prouinciarum ea Senatusconsulto facto Iuuentio Celso, & Neratio Marcello Iurisconsultis *coss.* Forma verò manumittendi seruos publicos, cauta fuit legibus municipalibus & Principum constitutionibus; fiebat ea plarumque manumissio decreto ordinis, & consentiente Præside Prouinciæ, & in locum manumissi subdito vicario *l.* 1. *& s. C. de seruis reipub. l.* 1. *C. ne quis lib. inuit. act. gerer. cogat.* seruata hac forma peruenіebat seruus ad ciuitatem Romanam, nec in seruitutem publicam reduci poterat, etiamsi tabulario publico sponte sua postea seruirent, vel alium actum pro ciuitate gererent, nisi alia iusta causa seruitutis accederet. Serui igitur publici tum notarij, tum scribæ officio fungebantur apud Romanos; quare Spartian. in Gordianis dum meminit cuiusdam Senatusconsulti taciti, hoc est quod secretum haberi volebat Senatus: *Non scribæ* (ait) *non serui publici, non censuales excepere:* quare Æmilius Probus *in Eumene* notat *scribæ* nomen apud Græcos honorificentius fuisse quàm apud Romanos, nam apud hos, sicut sunt, mercenarij existimantur, apud illos nemo ad id officium admittitur, nisi fide & industria exquisitus.

Verùm Arcadius, & Honorius sua constitutione, & generali lege cauerunt ne in posterum serui tabulario præficerentur, sed liberi, & si seruus, vel adscriptitius sciente domino tabularium administraret, ipse quidem seruus flagellis cæsus, fisco addiceretur, & dominus ex administratione serui in solidum teneretur. Itaque deinceps notarij & scribæ, sicut & iudices defensores ciuitatum eligebantur in ciuitatibus, cuius formam electionis referebamus *num.* 5. ex Nouella Leonis, & inter munera municipalia numerabantur *l. vlt.* §. *hi quoque, &* §. *mastigophori. D. de munerib. & honor.* Præsides tamen prouinciarum suis domesticis pro scribis & notariis vtebantur, aut aliquem sibi pro arbitrio eligebant; quod deinde vetuerunt Honorius & Theodosius *l. nullus* 8. *C. de assessorib.* vbi volūt Imperatores, cancellarios eligi primatum officij periculo, ex eodem officio. Basilic. habent ἀπὸ τῆς τάξεως ὑπεύθυνον εἶναι. Cancellarij verò scribendis epistolis & responsis vacabant, vt statim dicam. Iustinian. *Nouell.* 82. singulis iudicibus in cognitione causarum deputat duos exceptores, siue notarios, & duos exequutores, quos sumi vult ex cohortibus, siue apparitoribus maiorum Iudicum, vel scholis agentium in rebus, vel scriniis sacris, & memorialibus, & creari totius cohortis, vel scholæ, vel scrinij periculo, & remoueri à Iudicibus pedaneis, si malè fungantur suo munere, & alios substitui electione & periculo cohortis. 8

Iudicibus itaque ministrabant, vt constat ex notitia Imperij, exceptores regerendarij, cancellarij, actuarij, siue ab actis. Exceptores acta iudiciorum scribebant; horum actorum formula refertur *l. pen. D. de auctor. tutor.* Quia verò notis omnia excipiebantur, *l. inter eos* 31. §. 1. inde dicebantur notarij, qui ea exciperent, quo etiam nomine vocantur, qui contractus apud tabelliones scribebant. Regerendarij illa acta in commentarios regerebant, & fusiùs perscribebant, vt loquitur sæpiùs Cicero *Verrina* 6. *Philippica* 5. & perscriptiones ἀναγραφὰς ipsa regesta vocat; & *lib.* 10. *epist.* 13. *ad Planci. Id ex ipso Senatusconsulto poteris cognoscere,* 9

ita

ita est enim perscriptum, vt à me descripto dictata sententia est ἀναγεγραμμένον: & in *l. Herennius* 10. *D. de decurionib.* dicitur, *Sola albi perscriptione minimè decurionem factum, qui secundum legem decurio creatus non sit.* Hoc est interprete Budæo, non satis esse, in album esse relatum, nisi recta allectio præcesserit perscriptionem; qui in commentarios igitur acta notis excepta perscribebant, ea regere dicebantur, ipsique dicti sunt regerendarij. Regerere siquidem est iterum gerere; hinc regestum & regesta, quod insulsè vulgus dixit regista. Sunt vero regesta Græcis ἐπιμνήματα, & ὑπομνηματισμοί. Quintilian. *lib.* 2. *cap.* 11 *Vnde fit, vt dissoluta, & ex diuersis congesta oratio cohærere non possit, similisque commentariis puerorum sit, in quos ea quæ aliis declamantibus laudata sunt, regerunt. Regestum itaque,* inquit Budæus, *quod regestarium lingua vulgaris vocat.* Vopiscus *in Probo*, ait se vsum regestis scribarum in portico Porphyreticæ, actis, etiam Senatus ac populi. Hinc vides falli qui regendarium pro regendario scribunt, aut qui illum cum referendario confundunt, cuius officium & dignitatem describit Cassiodor. *lib.* 6. *ep.* 17.

10 Sequuntur cancellarij iudicum, de quibus *C. de assessoribus cancellariis iudicum*; erantque à secretis iudicum, electi periculo primatum officij, ex eodem officio *l.* 8. *C. citat.* vti dixi *num.* 8. Illi autem scribendis, & expediendis epistolis, iussionibus, edictis, relationibus, responsis, sententiis iudicum operam dabant in loco quodam proximo consistorio, vel secretario iudicum, clauso reticulis, siue cancellis, vti fit etiam hodie in Curiis. Ab his igitur cancellis nominati sunt ἀπὸ τῶν κιγκλίδων, vt ait Agath. *lib.* 1. *histor.* Pollux *lib.* 8. ait quod Græci vocant κιγκλίδας, vocari à Romanis καγκέλλους. Quòd igitur vndique conspicuus staret intra cancellos, dictus fuit cancellarius; quare Cassiodor. *lib.* 11. *epist.* 6. dum Ioannem Cancellarium ad benè gerendum officium ad quod promotus fuerat, hortatur. *Respice quo nomine nuncuperis: latere non potest quod inter cancellos egeris. Tenes quoque lucidas fores, claustra patentia, fenestratas ianuas, & quamuis studiosè claudas, necesse est, vt te cunctis aperias: nam si foris steteris, meis emendares obtutibus: si intus ingrediaris, obseruantium non potes obseruare conspectus. Vide quò te antiquitas voluerit collocari; vndique conspiceris, qui in illa claritate versaris.* Idem cancellarij etymon probat quoque Erricus monachus. Alij deducunt à *cancellando*, cùm eius sit curare, ne quod rescriptum, edictum, decretum contra ius aut rempublicam impetretur, quod si præsenserit, id debeat cancellare, hoc est transuersa linea circumducere, vel conscindere, ita Vincentius Lupanus *lib.* 2. *de magistratib. Francorum.* Cui fauent glossæ veteres, cancellandique vox ea significatione vsurpatur in Pandectis, in quibus leges *cancellare testamentum, chirographum, cancellatas cautiones, tabulas, chirographa pro cancellato haberi.* In codice sæpius cancellarij nomen inspicies & apud Cassiodor. *lib.* 1. *epist.* 15. *lib.* 11. *epist.* 6. *lib.* 12. *epist.* 5. & alibi. Constantini ætate nondum illud officium inductum erat, existimatque Vossius in etymologico, tunc dictum esse quæstorem palatij. Cuius quæstoris originem repetit à quæstore Principis siue Augusti, qui & candidatus Principis dicebatur in Digestis, & apud Hieronym. *in vita Sancti Hilarion. Constantij Imperatoris candidati rutilans coma.* Sicut igitur candidatus Principis in palatij quæstorem: ita hic quæstor in cancellarium desiit. Cancellos & cancellare de agris dixere. Cassiodorus; *Tuscia cancellos pro limite vsurpat.* In agrimensariis, agri cancellatio, est eius limitatio, & ager cancellatus, limitatus. Et licèt initio inter iudicum ministros & secretarios, esset cancellarius, ad summam deinde dignitatem euectus est, vt videbis apud Cassiodorum *ll. cc.* vbi eius officium & authoritatem describit. Nam *ep.* 1. *lib.* 12. ait, *Fasces tibi iudicum parent, & dum iussa prætoriana sedis portare crederis, ipsam quodammodo potestatem reuerendus assumis.* Quænam denique sit cancellariatus hodie dignitas in Gallia notum omnibus, & fusiùs explicat Loisell. *lib.* 4. *de officiis*, aliique qui de Francorum magistratibus scripserunt.

11 Denique inter ministros iudicum erant actuarij, ita ab actibus vocati, qui referebant in acta contractos, donationes, testamenta, hæc enim omnia vt suam vim obtinerent in iudicio, debebant in acta publica referri, quod nos dicimus insinuare; de qua insinuatione fusiùs diximus *lib.* 4. *cap. de donation.* Itaque qui Romanis erat actuarius, nobis est *scriba insinuationum.*

12 Notariorum munus descripsit Iustinian. *Nou.* 44. primùm enim contractus excipiebant notis in schedis, quæ sic dicuntur ἀπὸ τῦ σχίζειν, vel à scindendo, vti sentiunt qui indè scidam *la sede*, deriuant: neque eiusmodi scriptione perfecti adhuc erant contractus, aut obligatorij: quare à tabellionibus redigebantur in mundum, siue in chartam putam εἰς χάρτην καθαρὸν: tunc instrumenta complebantur, absoluebantur, expediebanturque partibus, fiebatque πλήρωσις ἢ τέλειωμα τῦ συμβολαίου. Ideóque *l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* sic edicit Iustinian. *Non aliter vires habere sancimus contractus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata. Et si per tabellionem conscribantur etiam ab ipso completa, & postremò à partibus absoluta sunt; vt nulli liceat priusquam hæc ita processerint, vel à scheda conscripta, licet litteras vnius partis, vel amborum habeat, vel ab ipso mundo quod nondum est impletum, vel absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare.* Qui verò sint nostri hodie mores in hac re, consule Mornacium in hanc rem, & Loisell. citato *cap.* 5. *lib.* 3. *de officiis.* Et nos ipsos *superiori cap.* 8. *num.* 14. Voluit quoque Iustinian. *Nouell.* 44. vt rogari tabelliones ipsimet adirent contrahentes, non discipulos mitterent, ipsimet instrumenta formarent, & ne aliter ea discipuli, ministrique absoluerent, ederentque partibus, quàm scientibus, præsentibusque tabellionibus; ne videlicet tabelliones rogati à iudicibus causarentur ignorationem rei gestæ. Cuilibet ergo contractui ipsi per se præesse, & interesse debebant tabelliones, & gestorum omnium scientiam præstare, non vti hac in re opera discipulorum; licebat tamen eis adiutorem vel substitutum habere, & per eum contractus formare, absoluereque partibus, & per hunc quidem solum, non per alium quemlibet probari hæc debebant apud acta magistri census, qui magistratus erat in vrbe; in prouinciis autem partes eius sustinebant defensores ciuitatum. Pœna tabellionis qui per discipulum, exceptorem, siue notarium, non per se instrumenta formabat, & excipiebat, hæc erat, vt excideret stationibus suis, & officio tabellionum, & vt statio transferatur in eum cuius opera vti maluerat, si idoneus sit, vel in alium virum idoneum. Interdum enim alius erat stationis dominus, alius tabellio; & tunc ex facto tabellionis dominus non lædebatur, nam officio quidem & statione tabellio remouebatur, dominus

autem

autem stationis proprietatem retinebat, & ex ea solemnes obuentiones, atque reditus capiebat. Ex eo etiam tabellionis facto contrahentes non lædebantur, & contractus non reddebatur inutilis.

13 Contractui & instrumento debebant subscribere partes, vti constat ex eadem *Nou. 44.* & *l. 9. §. vlt. D. quib. mod. pign. l. 10. D. de in rem verso. l. 2. C. de nupt. l. 8. D. de rescind. vendit. l. 15. C. de administ. tutor.* Quod si pars aliqua scribere nesciret, aut paucas duntaxat litteras formare, vnus ex testibus instrumenti, eius vice subscribebat, vel aliquis alius amicus, aut ipse etiam tabellio, vti habetur *Nou. 73. cap. 8.* & *in l. in donationibus 31. C. de donationib.* Ibi enim Zeno Imperat. voluit donationes, quas gestis non est necessarium alligari, id est, in acta referri, si per tabellionem vel alium scribantur, etiam sine testium subnotatione valere præcipit, *Ita tamen si ipse donator, vel alius voluntate eius secundum solitam obseruationem subscripserit.* Et *Nouella 44.* occasionem dedit instrumentum completum à tabellione, & subscriptum à muliere tabellarij manu, ipsa enim litteras nesciebat, illa verò negabat à se delegata esse quæ charta loquebatur, tabellio fatebatur se nosse instrumentum completum esse, se tamen ignorate, qui inter contrahentes postremò conuenisset, nec enim se integrum instrumenti initium conscripsisse, sed eius compositiom demandasse suorum alicui, id est, discipulo, vel ministro, vel alteri eiusdem instrumenti completionem commisisse, completum tamen erat instrumentum, quia subscriptum à muliere tabularij manu, quod fiebat quoties contrahentes legendarum & scribendarum litterarum erant ignari; qui Græcis γραμμάτων ἀνεπιστήμονες dicuntur. Hinc aliqui male colligunt, vti monet Cuiaci. duos tabularios exigi qui subscribant pro imperito litterarum, quod etiam *ex Nou. 73.* deducere volunt, cùm tamen ex themate *Nou. 44.* constet vnum sufficere; differentiam tamen inter tabellionem & tabularium constituit. *Nou.* quoque 73. non fauet aduersariis, in ea enim legendum est διὰ πάντως, non autem δύο πάντως. Vide Alciat. 6. & 8. παρέργων. Hæ porrò subscriptiones non erant nudæ nominis appositiones, sed qui subscribebant, annotabant cur subscriberent, quod aliqui ex *Nouell. 126. cap. 3.* & *Nouell. 73. cap. 8.* colligunt.

14 Mandat prætereà Iustinian. *2. cap. Nouella 44.* ne tabelliones in mundum redigant contractus alia charta, quàm ea quæ habeat protocollum: alioquin ex eo coargui posse falsum instrumentum. Et sapienter quidem, quia inquit Cuiacius, sicut hodie chartæ habent notam aliquam ex qua dignoscitur quis eam præparauerit, ita habebant olim chartæ breuem annotationem quæ declarabat quo comite largitionum, sub cuius cura erant chartariæ, quo tempore, & à quo præparatæ erant chartæ, ex eoque sæpius arguebatur falsitas, sicut aliquando Senatus Parisiensis suspectum habuit chyrographum ex die in eo adscripto, quo nondum eius notæ charta vlla erat in rerum natura. Non vult igitur Iustinian. ex chartis abscindi protocolla.

15 Quid verò protocollum sit, quæritur, cùm apud Cuiaci. *in Nou. 44. sub fin.* alius maiorem & regiam chartam interpretetur, alius schedam negligentiùs scriptam, alius exemplar formulare quo tabelliones vti solent. Cuiaci. verò chartam certa nota quæ comitem largitionum sub quo parata erat, designaret, insignitam. Rectiùs Vossius in etymol. πρωτόκολλον deducit à πρώτῃ κόλλῃ primo glutine quo paginæ coniungantur. Itaque protocollum dixere librum in quo primitus acta à notariis scriberentur, quo deindè nitidius exscribi, vel etiam fusiùs possent tractari, fauentque Græca Iustiniani verba *Nouell. 44.* Est igitur protocollum libellionis matrices, primores, siue archetypæ, siue commentarij, vel etiam compendiarius codex, prototypon scriptum, quod Galli nostri dicunt *la minute du Notaire, & noter au protocole, minuter en l'original*, referre in primores tabulas, in aduersaria, in compendiarium codicem, perscribere in compendiario codice, & *extraire du protocole*, exscribere ex aduersariis, ex primoribus tabulis. Disertiùs & luculentiùs exemplum consignare ex contractioribus tabulis, vel ex archetypo commentario describere. Aliud vero est πρωτόκωλον. Κωλον enim vocatur membrum schedæ, siue schedion. Πρωτόκωλον igitur dicebatur prima scheda in qua character erat chartæ, vt inde dignosceretur, inde etiam infima scheda dicebatur ἐσχατοκώλιον. Martial. *lib. 2. epig. 6.* a

Spectas ἐσχατοκώλιον Seuero. Sic enim legendum monuit Ioseph. Scalig. *castigat. in lib. 3. Tibull.* Macrocollum etiam Plinio est, quam Catullus vocat chartam Regiam, & magnitudine Augustam, Liuianam, Fauiam, cæterasque chartæ species superabat. Guilandinus *commentario de papyro*, scribit macrocollum, & deduci à μακρᾷ, quod est μεγάλῃ, & κόλλα, quod ait esse dorsi bouis corium, ex quo glutinum excoquitur, quod reiicit Scaliger; quia κόλλα non est tergum bouis, quod dicitur βύρσα, sed est è tergore, vt apparet ex Hesychio; & macrocollum non est à κόλλα, sed κῶλον, vti scripsit Hermolaus Barbarus. Iure tamen Guilandinus castigat Perottum, qui macrocollum chartam Claudiam dixit; hæc enim à Claudio Cæsare, à quo inuenta est, nomen sumpsit. At macrocolli iam ante meminit Cicero *lib. 13. & 16. ad Atticum.* Meminit quoque eadem Ciceronis ætate Catullus chartæ Regiæ, quæ proinde non fuit macrocollum.

Atque hactenus de moribus Romanis. Venio ad nostros Gallicos. Obseruat verò Loisellieus *cap. 5. cit.* quondam iudices vsos fuisse suis domesticis siue discipulis, quos clericos dicimus *Clercs*, pro scribis & notariis; donec id ipsis prohibitum fuit à Philippo Pulchro, constitutione anni 1303. In Curiis quoque Ecclesiasticis sæpiùs nullus erat scriba aut notarius ex officio, licebatque Iudici cui vellet in qualibet causa munus eiusmodi demandare. Id enim permittit Innoc. III. *in Concil. Lateran. cap. 38.* & refertur *cap. quoniam contra; de probationibus.* 16

In omnibus etiam regiis constitutionibus, scribæ, notarij, & tabelliones *Greffiers, Notaires, Tabellions*, confunduntur, & pro eodem officio sumuntur, vt Philippi Pulchri, an. 1303. Philippi IX. an. 1399. Caroli VIII. an. 1490. constitutione in qua scribæ inferiorum curialium, modò notarij, modò clerici vocantur, *Notaires & Clercs.* Nunquam scribæ *Greffiers*, supremarum duntaxat Curiarum notarij, vocantur; & scribarum corpus, siue officium nominatur clericatus *clergiés*, ou *clergés.* In constitutione Caroli V. an. 1357. & Caroli VI. an. 1388. & Caroli VIII. an. 1488. *Les Clercs ne postuleront en auditoire, tandis qu'ils exerceront le clergé.* Clerici non postulabunt in iudicio quamdiu clericatum exercebunt; quod aliqua ex parte seruatur hodie; quia procurator nequit munus procuratoris exequi quamdiu clericatum exercebit. Vbi verò Philippus Pulcher prohibuit vt dixi, iudicibus suos clericos in scribas & notarios sumere; qui ei proximè successit

cessit Philippus cognomento Longus an.1319.constituit & declarauit sigilla & scripturas esse domanij Regij. *Que les seaux, & escriptures estoient de son propre domaine, partant qu'ils seroient doresenauant vendus par enchere à bonnes gens, & conuenables.* Hæc munia sigillandi, & scribarum esse domanij Regij, ideóque auctione & licitatione adiudicanda esse probis & aptis viris; in quibus verbis vox *scriptures*, scribatus, vt in *l.3. C. de appellationib.* continet Scribas & Tabelliones, *Greffiers & Tabellions*; estque illa constitutio antiquissima omnium quæ meminere venditionis publicæ officiorum. Neq; ea venditio erat omnium officiorum, sed domanialium dumtaxat, immò erat quædam dumtaxat redemptio, & locatio, non verò alienatio propria qua aliquod officium certa summa semel repræsentata, venderetur, quod ostendit idem Loisellieus *lib.3. eiusdem operis.* Olim quidem notariatus, & scribatus officia à muneribus iudicum omninò pendebant, illisque erant annexa. Primusque Carolus VIII. ea inuicem seiunxit; munusque iudicum in officij titulum erexit. Notariatus verò & scribatus redemptoribus addici voluit, & illis stipendia ex locatione & redemptione tabellionatus & scribatus pendi cōstituit an.1493. Deinceps Franc. I. an.1521. constituit ne scribatus & notariatus conducerentur, sed in munus publicum quod esset Regiæ electionis iterum edixit an.1554. Carolus verò IX. cum hæc officia & munera domanio denuò inseruisset, vt locationi distribuerentur, post paulò denuò an 1567. iterum erexit in officia. Vnde factum vt quidam scribæ & notarij cùm hæc officia per se exercere dedignarent, asciuerint sibi clericos per quos in istis officiis agerent; qui quondam erant solùm amanuenses, iique domestici, qui deinde tanquam scribatum commissarij, siue substituti habiti, ideóque tandem Francis. I. an.1542. hos clericos tabellionum, officiales publicos esse iussit, & eorum munus à munere tabellionum distinxit; quare constituit in quoq; tribunali Regio, in quo erat aliquis tabellio, statueretur certus numerus notariorum, vice clericorum, & substitutorum, qui esse soliti erant, & ita in sedibus, in quibus plures erant notarij, vnus illis tabellio præemineret. Ea quoque constitutione notarij, & tabelliones ita distincti sunt vt notarij exceptores reuerà essent, atque vti vocabantur notarij, qui notas primas contractuum exciperent, *la minutte des contracts.* Tabelliones verò in mundum & chartam puram contractus redigerent *la grosse des contracts*, vt olim in Romano Imperio seruatum fuisse monebamus initio, & apertè significat Suidas. Simili ratione constitutionne anni 1577. Clerici scribatus, *les Clercs du Greffe*, seiuncti sunt ab ipsis scribis *Greffiers*, & officio distincti. Et media pars lucri scribarum fuit illis in stipendium assignata vice poculenti, *le pot de vin*, quod sibi assumebant contra constitutiones Aurelian. ann. 1493. quæ prohibet art.77. istis Clericis quidquam etiam gratuitò oblatum à litigantibus accipere. Tandem vbi scribatus *les Greffes*, facti sunt hæreditarij, clericatus munus ipsis vnitum est, & notariatus cum ipso tabellionatu denuò coniunctus. Ex quibus omnibus facilè fuerit cum Loisellieo *cap. cit.* differentiam & vsum Romanorum notariorum ac tabellionum, & nostrorum hodie colligere.

17 Venio ad obligationes hodiernorum notariorum ac tabellionum, eos enim confundo, atque ipsorum amanuensium siue clericorum, paucis explicandas.

Et primò quidem ad petitionem cuiuscumque tenentur acta & instrumenta conficere, quia sunt officiales & serui publici, vti appellantur *in l. 2. C. de adoptionib.* atque alibi sæpiùs in iure: quare si sine iusta causa negent acta legitima excipere, cum damno petentium, tenentur illis ad id quod ipsorum intererit acta fuisse confecta. Quod *ex l. iubemus 9. C. de defensorib. ciuitat.* passim colligunt DD.

Secundò si in scribendis & conficiendis instrumentis omittant aliquam solemnitatem, vnde sequatur instrumenti nullitas, & inutilitas, teneri ad interesse, atq; etiam pœna falsi, existimauit Menoch. *consil.37.n.3.* & *consil.24.n.64.* Et sanè *ex l.1.C. vt omnes iudices*, atque aliis ex locis sibi colligere meritò videntur DD. officiales publicos teneri de negligentia erga priuatos & læsos, & de culpa leui & leuissima, non tamen criminaliter, sed ciuiliter damnandos. Nam de dolo & culpa lata teneri nullus negat. Si itaque notarij dolo prætermittant substantialia contractus à partibus expressa, tenentur de falso, si solemnitates ad testamenti valorem requisitas prætereant, falsi damnantur, vti probat Angel. *in l. iubemus. C. de testam.* & Felin. plures adducens *in cap. ex litteris num.4. de fide instrum.*

Tertiò falsum scribunt, quando scribunt quod nō fuit expressum à partibus vel aliter quàm fuerit expressum: v.g. pecuniam coram fuisse numeratam, quæ tamen numerata non est, quare puniendos esse eiusmodi notarios, dixit Bald. *in rub. C. de fide instrum.* quia scribunt factum fuisse, quod factum non fuit, & violarunt iuramentum præstitum de fideliter & sine veritatis diminutione gerendo suo officio *l. 2. §. quia veremur, C. de iuram. calum.* vide Camillum Borell. *de magistrat. edict. lib.1. c.14. num.26.*

Quartò sine errore & fraude scribant notarij, nulla interlineatio vel rasura maximè in locis suspectis inueniatur, vti monet Bald. *in l. si vnus. C. de testib.*

Quintò scribentes contractus fœneratitios tenētur ad restitutionem vsurarum & interesse: qua de re in opere de vsuris: damnantur quoque ad interesse, si scribant contractus prohibitos, aliáque instrumenta illicita conficiant; in ea siquidem confectione species quædam falsitatis reperitur, neque prætendere possunt ignorationem legum municipaliū, quia tunc aduersùs illos militat præsumptio iuris & de iure, ideóque imperiti & illicitè conficientes instrumenta tenentur parti læsæ ad interesse: quare Zeno Imperator super negligentiam vel dolum scribæ agi mandat *l. fin. §. fin. C. de magistratib. conueniend.*

Atque in his aliisque similibus casibus, in quibus culpâ tabellionum partes damnum aliquod capiunt, aduersùs illos agere possunt ad interesse *ex cit. l. fin. C. de magistratib. conuen.* in quam scribentes id docent, & Rebuff. *in constitut. Gall. tit. de litteris obligat. art.4. glossa 4. num. 5.* Quoties igitur vel solemnia prætermittunt, vel in iis errant, conueniri possunt; quia eiusmodi omissio & error illis imputatur, vti obseruat Alciat. *de præsumpt. regul.3. præsump.13. n.13.* Quando verò ita obscurè scribunt, vt intelligi. & capi vel legi scriptura nequeat, teneri quoque parti læsæ existimauit Bald. in proœmio ff. quia ita scribere, vt vel non intelligi, vel legi nequeat quod scriptum est, videtur omninò idem esse atque omittere. Vide Mascard. *de probation. concl.1124. n.3.* Quandonam verò præsumantur notarij potius errore quàm dolo & malitia scripsisse, vel omisisse, vide Felin. *in cap. ex litteris, n. 3. de fide instrum.* aliqui ita distinguunt, vt quando

ſcribunt notarij aliter quàm fuerit à partibus dictum, præſumatur error. Quando verò ſcribunt id quod nullomodo fuerat dictum, præſumatur falſitas & malitia. Exiſtimarim hæc omnia ex variis circumſtantiis maximè perſonarum conijcienda eſſe.

Quæres primò, an notarius poſſit corrigere erro-
18 rem à ſe in inſtrumento conficiendo commiſſum, omiſit v.g. indictionem, diem, menſem, annum, & locum confecti inſtrumenti: quod tamen ad ſui validitatem eiuſmodi notis conſignandum omninò eſt, ſiue initio, ſiue in fine, vti diſputat Fragoſ. 1. *part. lib.* 5. *diſp.* 13. *à num.* 277. *ad* 285. Reſpondet autem *n.* 281. notarium qui aſſerit ſe vnum diem, menſem, annum vel locum pro alio poſuiſſe, non poſſe eum errorem emendare, niſi de errore conſtet per teſtes, aliáſve probationes. Quod ſi omiſit tempus & locum conſignare, illi fides vt officiali publico habenda eſt, & ſi nondũ plenè & perfectè ſuo functus eſt officio, poterit eam omiſſionem emendare: quod ſi ſuo functus officio ſiue benè, ſiue malè, nihil emendare poterit in inſtrumento iam à ſe confecto; immò neque illi iam perfecto, & partibus tradito, quidpiam addere poterit ſine crimine falſi, & abſque iudicis licentia, quam non dabit niſi ipſi conſtet de errore, citata parte, & cum cauſæ cognitione. Vide Fragoſ. *num.* 284. Ad euitandos porrò tum errores, tum fraudes notarius debet confectum à ſe inſtrumentum coram partibus & teſtibus recitare, ne fides debita ipſi detrahatur, ita Couarr. *in cap. relatum*, 1. *num.* 11. *de teſtament.*

Atque ex his notariorum obligationibus ipſorum quoque peccata certò colliges.

19 Peccant igitur primò ſi neceſſaria ſolemnia, dolo vel lata culpa prætermittant, ſi nomen ſuum, ſignum, teſtem, diem, menſem, annum, locum non notent: ſi non ſcribant in protocollo quod ſeruari velint, de quo quid ſit, diximus nuper. Adde quæ habet Fragoſa *diſp.* 13. *cit. num.* 286. Illud verò protocollum notarius petentibus tradere non debet, ſed eius exemplar & tranſſumptum, quare ſi ex eo archetypo, &, vt vocant, *originali*, ſua culpa deperdito damnum alicui creetur, peccat, & ad reſtitutionem tenetur; cùm eiuſmodi damni cauſa iniuſta fuerit. Ita Tolet. *lib.* 5. *cap.* 63. Reginald. *lib.* 25. *praxis fori pœnitent. cap.* 57. *ſect.* 2. *num.* 686. Quod ſi primam notam contractus exceperit dum fuit celebratus, debet poſtmodum per otium in formam perfecti inſtrumenti redigere, vt aliquando petenti ad ſe defendendum, exhiberi poſſit, quoties enim de veritate inſtrumenti lis eſt, ad archetypon, matricem, originale, & protocollum recurri ſolet, quod communiter tradunt DD. apud Fragoſ. *num.* 287. *diſp.* 13. *citata.*

20 Peccat ſecundò notarius qui prece vel pretio corruptus occultat inſtrumenta ab ipſo petita, & ad reſtitutionem damni, quod ex ea occultatione ſequitur, tenetur. Ita Nauarr. *cap.* 25. *num.* 53. Syluеſ. *v. tabellio. quæſt.* 8. Tolet. *lib.* 5. *cap.* 61. Reginald. *lib.* 25. *num.* 687. Sayr. in claui *lib.* 12. *cap.* 61. *num.* 9. cùm enim fidem publicam præſtet in ſeruandis inſtrumentis, illa vbi fuerit opus, omninò debet exhibere. Idcircò dicebat nuper laudatus Caſſiodorus. *Tablinum eſſe archiuum omnium fortunarum.*

21 Peccat tertiò notarius non manifeſtando legata aliquibus relicta, ſi animaduertat illa propter ignorantiam legatarij ea non petentis minimè ſolui. Ita Sayr. *loc. cit.* quod ego ita interpretor vt ea non ſolutio, vel non petitio accidat propter occultatum inſtrumentum, & non negligentia legatarij, qui neque teſtamenti inſtrumentum requiſiuit, neque inquirere curauit, aut malitia hæredis, qui fraudibus, & artibus eluſit legatarium, illique perſuaſit nihil ipſi ex eo teſtamento ſperandum eſſe, non enim poſſumus obligare notarium niſi ad fideliter excipienda acta, diligenter aſſeruanda, & cùm repetuntur ſumma fide repræſentanda.

Peccat quartò ſi excipiat inſtrumentum eius 22
qui ratione & iudicio caret, ſiue vi morbi, ſiue quapiam alia ex cauſa, & tenetur ad reſtitutionem iis qui ab inteſtato ſucceſſuri erant, ſi ſciens & prudens ita faciat. Nauarr. *cap.* 2. *num.* 54. Sayrus *cap.* 25. *citat. numer.* 141. Graff. *lib.* 3. *cap.* 9.

Peccat quintò notarius qui inſtantiſſimis & 23
continuis, aut importunis precibus vexat, cogitque teſtatorem ſcribere alium hæredem, quàm voluiſſet ſi eius voluntatis conſcius erat, ſubitque onus reſtituendi. Ita Gutierr. *lib.* 1. *qq. canonic. cap.* 37. *num.* 20. Syluеſt. *v. tabellio, quæſt.* 8. *&* 11. Antonio. 3. *part. tit.* 6. *cap.* 3. §. *vlt.* quia eiuſmodi preces importunæ & continuæ quandam vim, & coactionem continent, quam iniuſtè infert notarius teſtatori, quod non continget ſi blandæ, & leues ſint eiuſmodi preces, quibus animum teſtatoris deliniat, & in alteram partem inflectat, aut ſi validis, & æquis rationibus ad grati animi exhibitionem, vel aliud implendum officium inducat, quod etiam notant Antonin. 3. *parte, titul.* 10. *cap.* 10. §. 2. Sanch. *lib.* 4. *de matrim. diſp.* 10. *num.* 8. quia nemini facit iniuriam eo caſu notarius. Immo aliquando pij & iuſti monitoris officio fungitur.

Sextò in conficiendo inſtrumento vſurario va- 24
riis modis peccat notarius, nam vel contractus eſt manifeſtè vſurarius, vel tantùm occultè propter tectam, & vt aiunt, palliatam in eo vſuram. Si primum, eoque in loco contrahatur in quo cogetur mutuatarius vſuras etiam manifeſtas ſoluere, & ſemel ſolutas repetere non poterit, contractus ille eſt reipſa nullus, & in eo conficiendo peccat notarius, incurritque excommunicationem *ex Clem.* 1. *de vſur.* non tenebitur tamen notarius ad reſtitutionem, niſi vbi vi inſtrumenti à ſe confecti ſolutæ fuerint vſuræ, neque amplius repeti poterunt. Sic Molin. *tract.* 2. *diſp.* 331. Sayr. *cap.* 25. *cit. num.* 13. Reginald. *lib.* 25. *num.* 470. quod tamen ita intelligendum eſſe monet Leſſius *lib.* 2. *cap.* 20. *dub.* 1. *num.* 180. vt illud inſtrumentum nolente mutuatario notarius conficiat, eo enim volente peccabit quidem mortaliter, & erit periurus, cùm contra iuramentum præſtitum exercendi fideliter ſui muneris agat, non tamen tenebitur ad reſtitutionem damni, cuius ipſe cauſa non eſt mutuatario, ſed ipſemet mutuatarius qui ſimile inſtrumentum confici voluit.

Si verò contractus ſolam vſuram palliatam contineat, peccabit in eo etiam ſcribendo notarius, qui vſuram illam nouit, & cui proinde cooperatur. Imò ſi vel ignorãte, vel inuito mutuatario ſcribat, tenebitur ad compenſationem damni, quod inde patietur mutuatarius; ſecus verò ſi mutuatarius ita voluerit, & fieri petierit. Quæ verò dixi de obligatione notarij ad reſtitutionem in his caſibus, intelligenda ſunt de obligatione in defectum vſurarij dumtaxat non reſtituentis, ille enim primò & per ſe vſuram committit & damnum infert, notarius verò cooperatur dumtaxat, & eſt cauſa ſecundaria, & minus principalis.

Septimo peccat notarius conficiendo inſtrumentum

tum quo violatur libertas Ecclesiastica, & incurrit excommunicationem; *cap. grauem, & cap. nouerit, de senten. excommunic.* Ita Sayr. *cit. num.* 14. Nauarr. *cap.* 25. *num.* 54. Reginald. *lib.* 25. *num.* 691. Quando verò per contractus & instrumenta violetur libertas Ecclesiastica, & quomodo, quidve ad eam excommunicationem incurrendam committere debeat notarius, non est huius loci inquirere, longiorque, & inuidiosa est illa disputatio.

26 Octauò peccat notarius si pretium accipiat pro re, pro qua nullum accipere debet, cùm habeat sua certa stipendia, vt pro litteris dimissoriis, testimonialibus, & aliis eiusmodi, de quibus Trident. *sess.* 21. vbi *de reformatione.* Verùm de taxatione stipendiorum, & verum officiales illis maiora accipere, aut exigere possint; & quæ gratis offeruntur maximè iam confecto officio, diximus alibi fusiùs, & in vniuersum aliquando constituemus. Vide intereà Sayr. *lib.* 12. *cap.* 25. *à num.* 17. Reginald. *lib.* 10. *cap.* 11. & *lib.* 25. *cap.* 57. *sectione* 3. & Petrum Nauarr. *lib.* 3. *de restitution. cap.* 3. *à num.* 15. plurima enim attendenda videntur hoc loco tum legum verba, & mens, tum vsus & consuetudo, tum materia in qua laboratur, tum denique ipse labor siue ordinarius, siue extraordinarius comparatus cum quantitate stipendij quod creuit, aut decreuit ex eo tempore quo primum definitum fuit. An vero possit notarius à pauperibus stipendia extorquere, vide Tiraq. *de nobilit. cap.* 29. *num.* 441. vbi id negat ex *l. tam dementis* 28. *C. de Episcop. audient.* vbi Imperator omnia quæ fiunt circa substantiam furiosi, vel mente capti gratis fieri vult *ne tale hominum infortunium etiam expensarum detrimento pragrauetur.* Quod tamen vix hodie seruari obseruat Gotofredus in notis. Paupertas petentis instrumentum attendenda omninò erit, & videndum num ea obliget notarium ad gratuitum laborem.

Reliqua quæ pertinent ad notarium, nimirum an possint esse infames, & quænam requirantur vt eorum instrumentis & actis fides adhibeatur, & vt falsi non arguantur, ad forum externum ferè pertinent, neque sunt nostri instituti. Vide Couarr. *practicar. qq. cap.* 19. & fusissimè Fragosam. 2. *part. lib.* 5. *disp.* 23. §. 11. præsertim an. 294.

ARTICVLVS XI.

De apparitoribus & accensis.

Apparitor quid. 1.
Accensus quid. 2.
Diuersa ipsorum genera. 3.
Ipsorum officium. 4.
Obligationes. ibid.

1 APparitores sunt Magistratuum ministri qui eorum iussa exequuntur, ita dicti quia apparere est exhibendi officij & obsequij causa, præsto esse, vt debent, quod & obseruauit Serui. ad illud Virgilij *lib.* 12.

Hæ Iouis ad solium, sæuique in limine regis
Apparent, acuuntque metum mortalibus agris.

Qui igitur magistratibus ad omnia obsequia adstant, & præsto sunt ad omnia imperia accipienda, & exequenda, dicuntur apparitores: *οἱ παρεσκευασμένοι τοῖς ἐπ' ἀξιώμασι*, inquit Budæus *in Pand.* quæ obsequia, & imperia quia diuersa sunt, diuersæ quoque sunt apparituræ, siue apparitiones, atque inde nominati apparitores, quia apparent, & præsto sunt ad obsequium. Festus; *Naualis scriba qui in naue apparebat.* Cic. *pro Cluent. Quid sibi autem illi scribæ, quid lictores, quid cæteri quos huic causæ apparere video.* Sueton. *lib. de grammat.* Orbilium apparitorem, ministrumque Magistratuum vocat. Distinguebantur porrò inter se apparitores pro varia functione ad quam apparebant Magistratui, & pro diuerso Magistratu cui apparebant; fuit enim apparitor magisteriæ potestatis, *l.* 33. *C. de appell.* Apparitor cohortalis, *l.* 12. *C. de cohortali.* Apparitor vrbanæ sedis, *l.* 2. *C. de apparit. præf. vrbis.* Varia denique apparitorum genera *ex lib.* 12. colliges, *tit.* 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 65. dicuntur quibusdam *κλητῆρες, τρέχοντες, δορυφόροι, ὑπηρέται, ταβελλάριοι*; quia hi omnes apparebant, & apparitorum nomine censeri poterant, omnesque, vti iam monui, Magistratuum Ministri. Alexand. apud Lamprid. *Apparitores nullos esse passus, Tribunis & ducibus nisi militem anteire voluit, iussitque vt ante Tribunum quatuor milites irent, ante ducem, sex, ante legatum decem.* Notitia imperij tradit clarissimum virum correctorem Apuliæ, & Calabriæ in officio iurisdictionis suæ habuisse Principem Cornicularium, tabellarios duos, commentariensem, subadiuuam, & cæteros cohortalinos, *& paulò post*, virum illustrem magistrum militum habuisse in officio Magisterij sui, dignitates infra scriptas. Principes duos, numerarios duos, commentariensem; primiscrinios, qui numerarij sunt, scriniarios, exceptores, & cæteros apparitores, hoc igitur nomine continebantur cæteri illi omnes ministri qui ad varia iussa magistratuum, illis apparebant, quod etiam videbis apud Bulenger. *lib.* 6. *de Imper. Roman. cap.* 17. vbi & de cohortalibus *cap.* 19. de præconibs *cap.* 20. de lictoribs & viatoribus *cap.* 21. de statoribus *cap.* 22. hos enim omnes apparitores fuisse videbis.

Accensus in libera Republica dictus fuit, qui deinde nominatus apparitor, ab arcendo deriuat Varro *lib.* 5. *de ling. lat.* quòd populum ad comitia iussu Consulis acciret, vbi & modum accendi siue vocandi per accensum describit ex commentariis consularibus, quare placet Varronis verba, licèt paulò prolixiora describere & illustrare, quod diligenter præstitit Gronouius *lib.* 1. *obseruat. cap.* 1. Scaliger. *in coniectur. ad Varronem.* Vossius *in Etymolog. v. accensus*, aliique. *In commentariis consularibus scriptum sic inueni, qui exercitum imperaturus erit, accenso dicit, Calpurni, voca inlicium: Omnes Quirites huc ad me. Accensus dicit sic, omnes Quirites inlicium visite huc ad indices. Calpurn. Consul dicit, voca ad conuentionem omnes Quirites huc ad me. Accensus dicit sic. Omnes Quirites ite ad conuentionem huc ad iudices. Deinde Consul eloquitur, & exercitum imperat quò conueniat ad comitia centuriata,* & mox. *In aliquot rebus, idem vt præco accensus aciebat, à quo accensus quoque dictus.* Probat deinde ex Bœotia comœdia, & Coscomio in actionibus accensum solitum ciere. Imperare exercitum erat conuocare populum dispositum per centurias, & sub signis, partem in campum Martium ducere ad ferenda suffragia, partem præsidij causa 2

 locare

locare in ianiculo aduersùs subitam hostium vim, quæ vibe vacua, profectaque ad suffragandum ingruere fortè posset. Imperare igitur exercitum est vocare ciues classicos ad maximum comitiatum, siue populum Romanum Quiritium ad comitia centuriata. Dicitur porrò populus vrbanus exercitus, quòd distributio populi in centurias propriè spectet rem militarem, vt cuique centuriarum classi arma per Seruium Tullium authorem centuriarum assignata erant, quodque initio suffragaturæ dabantur & bona pars in arce cum armis excubabant, dum cæteri suffragabantur, ex Dionys. Halicarnass. *lib.* 17. Imperabatur igitur exercitus dum indicebantur maximè centuriata comitia; quæ dum dimittebantur, dicebatur remitti exercitus. Huc alludit Plaut. in captiuis. *act.* 1. *sc.* 2.

——Hinc illud dolet,
Quia nunc remissus est edendi exercitus,
Nullumve interea nactus qui posset tibi
Remissum, quem duxi imperare exercitum.

Loquitur Plautus de cœna per parasitum curanda, vt solebant Romani de comitiis centuriatis indictis, & centuriatis, quam allegoriam fusiùs prosequitur Gronou. *cap.* 5. *cit.* difficilius illud *in cistellaria, act.* 1. *sc.* 1.

Noli obsecro lacrymis tuis mihi exercitum imperare. Explicat Gronou. de animi molestia, eo quòd, exercere, sit aliquando fatigare, cruciare, & exercitus cruciatus. Iuxta illud Affranij, *qui me est animi exercitus*: vel, *qui mei est animi exercitus*, & sicut imperatur exercitus cùm centuriata inducuntur comitia; ita qui dolet indicit amico dolorem, eumque compellit commodare lachrymas dicens, & potes tuis lachrymis exercitum mihi imperare, noli me incomitiare; sic dixit in Curcilione, *quæso ne me incomities*, hoc est vexes, nam litibus in comitiis vexamur. Quod autem clamat accensus, *Inlicium visite huc ad iudices*, significat cœtum inuitatum seu concionem aduocatam voce reuerentiori. Qui igitur conuocabat & ciebat populum ad comitia iussu consulis, accensus dicebatur, ex Varrone; qui tamen illius vocis aliam originem tradidit *lib.* 6. *de ling. lat. Accensos ministratores Cato esse scribit. Potest id ab arbitrio, nam inde ad arbitrium eius cuius minister.* Significat his verbis Varro censere idem esse quod arbitrari, vnde censores dicti, atque ab ea notione censendi, dictos esse accensos, quia ad arbitrium eorum agerent, quorum ministri forent. Nonius Marcello *in v. Decuriones*, deducit ab accensendo, siue attribuendo, in eamque vocem refert verba Varronis *lib.* 3. *de vita populi Rom. De adscriptiuis, cùm erant attributi decurionibus, & centurionibus qui eorum haberent numerum, accensi vocabantur.* Eosdem etiam quidam vocabant ferentarios qui depugnabant pugnis, & lapidibus, iis armis quæ ferrentur, non quæ tenerentur, id est, inquit Scaliger *in coniectaneis ad Varr. de l. l.* τηλεβόλοις βέλεσι καὶ οὐκ ἐγχειδίοις καὶ σταδιαίοις ἀγχεμάχοις. Festus verò adscriptitij velut quidam scripti dicebantur, qui supplendis legionibus adscribebantur, hos & adcensos dicebant; quòd ad legionum censum essent adscripti. Alij dicebant velatos, quòd vestiti inermes sequerentur exercitum. Alij rorarios, quòd id genus hominum antequam acies coirent, in modum rorantis tempestatis dimicarent. Hi etiam in mortuorum militum locum substituebantur, de his accensis militibus, non agimus modò, vide Veget. *lib.* 2. *cap.* 59. eiusque Commentatores, & Robertellum *lib.* 2. *emendat. cap.* 21. Sigonium *de antiquo iure Italiæ lib.* 12. *cap.* 15. Onufrium Panuinum *de ciuitate Romana.* Omisso itaque illo militiæ munere fuit quoque deinceps tum Romæ tum in municipiis publici ministerij nomen accensus velatus, quod ex gemino lapide & inscriptione probat Scaliger *in Fest. v. adscriptitij.* Alij denique accensos appellant, quasi accersitos, vnde Non. Verba illa Varronis *ex lib.* 20. *Rhetoricor.* vel vt viri eruditi emendant, *rerum humanarum, Consules ac Prætores qui sequuntur in castra quod ad necessarias res sæpius acciantur, velut accessiti, quos nunc dicimus deputati*; emendauit tamen Scalig. legitque, *quasi accensiti.* Atque hactenus de nomine accensi. De re verò constat communiter fuisse apparitorem, & quendam veluti præconem, quod colligitur ex Varrone laudato, quamquam inter illa duo munera discrimen agnoscat aliquod Alexand. ab Alexand. *lib.* 2. *dierum genial. cap.* 21. & Bulenger. *lib.* 6. *de imper. Roman. cap.* 16. quòd præco in comitiis, concione, & iudiciis si quid pronuntiandum recitandumve esset alta voce recitabat. Accensus autem ad Magistratum homines priuatos accersebat, aut ad conuentionem, & inlicium populi acciebat, vt ait Varro, vel etiam silentium faciebat, eratque accensus cæteris apparitoribus honestior. Sueton. de Iulio *cap.* 20. antiquum etiam retulit morem, vt quo mense fasces non haberet, accensus ante eum iret, & lictores ponè sequerentur.

Sunt porrò varij accensi pro vario munere quod 3
ipsis mandatur; est enim accensus ab ostio, siue ostiarius, accensus virgatus, pedarius, equester, lictor. Aliqui iure clientelari nacti sunt apparituram, & eiusmodi accenso ius est sibi legendi ternos apparitores, equestres binos, pedestrem vnum, est accensus frumentarius, vinearius, saltuarius, & eiusmodi alij, nos istos omnes vocamus *sergeantes, sergeans.* Mathæ. Paris. *in Henrico* III. ad an. 1256. meminit cuiusdam clientelæ quæ serganteria dicebatur ab Anglis, sicut & Ioan. Rex in charta libertatum concessarum an. 1505. apud eund. Mathæ. De *seriantis* ad custodiam datis m[illegible] uit Comes S. Pauli *in epist. ad Louaniensem Du[illegible]* apud Godefridum Monachum S. Pantaleon[illegible] in rerum Germanicarum scriptoribus à Fresero [illegible]tis. Vocem hanc deriuant ab oriente aliqui, & sanè Chaldæis *sarca*, satellitem sonat, verius est corruptum esse nomen à Latino *seruiens*, aut à barbaro *securians*, hoc est securum reddens. Nominamus etiam accensos istos *huissiers*, quasi accensos ostiarios, *huis* enim ostium est. Alij sunt virgati, qui virgam, alij clauati qui clauam in signum suæ apparituræ præ se ferunt, neque nisi illa instructi funguntur officio. His duobus nominibus complector eos omnes ministros quos enumerat Chassan. *in consuetud. Burgun. rubr. de iustitiis, art.* 6. *de massariis & executoribus, n.* 1. nimirum nuntios, viatores, executores, exceptores, Cæsarianos, Catholicianos, Magistrianos, præfectarios, ministratores, clientes, massarios, quæ omnia nomina ex variis iuribus, & glossa colligit, eorumque rationem reddere conatur.

De eorum verò officio accipe hæc pauca. Suppono verò quod eo loco *num.* 2. Chassan. hodie non posse hos vel nuncios, vel accensos creari nisi litteris regiis, cùm balliuis eam facultatem ademerint Regiæ constitutiones, quibus verò debeant qualitatibus esse instructi eiusmodi nuntij, pluribus prosequitur Chassan. an infans, an impubes, an minor 25. ann.

ann. an excommunicatus, an mulier, an seruus, an ebriosus, an mali nominis, an aliàs ab eo officio reiectus.

4 Primò quidem authoritate iudicum accensi lege agunt in quos decretum est agere, & regiæ authoritatis indicandæ gratia, ei virgam incutit accensus, quem vxdatur. Si virgam, aut aliud sui muneris insigne non gestat, poterit illi resisti, neque qui eum repellet, tenebitur, cùm ipsum pro apparitore non habeat; quod ex pluribus DD. ostendit Fragosa *1. parte, lib. 5. disp. 13. §. 12. num.334.*

Secundò, neminem capere possunt apparitores, neque etiam vadari sine speciali mandato iudicis, quod exhibere tenentur resistenti, nisi in flagranti aliquo crimine deprehensum, neque semel captum possunt absque eodem mandato soluere, & dimittere. Quod si in flagranti delicto capiunt aliquem, illum iudici sistere intra 24. horas tenentur. Possunt etiam deferentem arma prohibita, sine speciali mandato capere; quæ omnia tradit fusiùs Fragosa §.12. *cit.* & maximè de gestatione prohibita armorum, *à num.*343. *ad* 363.

Tertiò accensi & apparitores resistentes executioni suæ, possunt percutere, & vulnerare, imò & defendentes se telo, si aliter mandatum exequi non possint, occidere. Quod vltimum obseruandum est, videndumque vt resistentiæ facta apparitori, non possit aliter vinci quàm percussione, vulnere, aut etiam cæde resistentis, alioquin punietur apparitor, & omnis eiusmodi excessus puniendus erit. Ita Boer. *decis.*170.*sub fin.* Menoch. *de arbitr.casu* 38.*num.*2. Fachinæ. *lib.*9. *controu. cap.*73. Immò aliqui existimant non posse percuti resistentem dum pro debito ciuili, aut causa non capitali capiuntur: eos dabit Fragos. §.12. *cit. num.*338.*sub fin.*

Quartò dum accensi ad vim sibi factam in exercendo officio, clamore auxilium implorant, adstantes qui opem non ferunt, puniuntur pœna arbitraria, ex Rebuff. *in constitut. Gallic. tit. de litteris requisitis. gloss.*3.*num.*9. & *tit. de lictor. obligat. art.*6. *gloss.*2. *num.*15. Isti verò non adiuuantes tenentur de dolo, non de negligentia, eaque leui, cùm sit tantùm in omittendo, neque contumacia dici possit defectu citationis, & præterea non tenentur ad has suppetias, nisi ostendatur demandatam capturam fuisse: qui tamen accurrent si in iuuando tuendoque apparitore offendant, percutiant, & vulnerent resistentes, non tenebuntur, quod monet Rebuff. *num.*15. *cit.* & Anton. Gomez *tom.*3. *cap.*9. *num.*6. Fragosa *num.*339. & 340.

Quintò quoties apparitores iniustè capiunt aliquem, & in carcerem compingunt, ille ad cuius instantiam hæc præstant, tenetur ad omnes expensas. Quod si captus reipsa reperiatur reus, & soluendo sit, ad omnes illius capturæ expensas & onera damnabitur, aliàs illa omnia ferret qui capturam prosequitur, siue officialis sit, siue non sit. Boer. *decision.* 305. *num.* 5. & qui alios dabit Fragosa *num.*345.

Sextò mos dandi generalia mandata executoribus, & accensis ad omnia debita generalia, & *guardias* generales, vt loquitur Chassanæ. §. 6. *cit. num.* 63. reuocatus fuit per constitutionem regiam Lugduni ann. 1513. mense Iulio, vt refert idem Chassan. qui eius constitutionis sanctitatem ex ipso iure, Iasone, & aliis confirmat, debetque illa, vt loquitur, commissio dari in scriptis: quæ, aliaque circa modum dandi eam commissionem pluribus disputat hic doctor, quæ ad fori externi praxim pertinent, tu illum xdi, sicut & de fide quæ istis accensis danda est circa executionem sui muneris, & aliis ad idem spectantibus, fusiùs tractantem.

ARTICVLVS XII.

De sententia & re iudicata.

Res iudicata, inquit Modestinus *in l.* 1. *D. de re iudicat.* dicitur quæ finem controuersiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit. Itaque differt à sententia cuius est materia, nam sententia est ipsum iudicium, quo de causa iudex pronuntiat quid de tota controuersia sentiendum sit, passim tamen rem iudicatam & sententiam, quâ res iudicatur, confundunt aliqui, cùm de appellationibus, exceptionibus, actionibus rei iudicatæ, vel latæ sententiæ disputant, nos nomine sententiæ ferè vtemur, illa enim comprehendit rem iudicatam tanquam suam materiam aut obiectum. 1

Multiplex porrò est iudicis sententia: nam primò quædam assensu & voluntate partium fertur, quædam verò pronuntiatur à iudice ex lege & æquo, siue partes de controuersia inter se conuenerint, siue non. Attendit enim tantùm quid velit æquitas secundùm facti qualitatem, & iubet deinceps litigantes discedere à tota controuersia, & iudicio suo stare, etiam nolentes. 2

Secundò alia sententia est tantùm disceptatoris interloquentis iudicium, in quo non de summa controuersia, sed de rebus ad eam definiendam pertinentibus pronuntiatur, *l. post sententiam* 9. *C. de sentent. & interlocut. l. qualem* 19. *§. vnde. D. de recept. arbit.* v. g. de cognitione differenda, de testibus producendis *l.* 2. *D. de appellation. recipiend.* de quæstionibus, siue tormentis, *l. à Diuo Pio* 13. *§. de venditione. D. de re iudic.* & eiusmodi aliis, quæ sententia, vt vides non finit, neque perimit litem, sed ad eam finiendam præparat, quare dicitur aliquando præiudicium, iussum, articulus, suasio, ideò *lege* 7. *C. de sententia & interlocut.* negatur omnem vocem iudicis, authoritatem iudicati continere. Aliqui definiunt prætium de litis appendice iudicium. In eo prætor & iudex interloqui dicitur, quia intereà dum

principalis cauſa plenè diſceptatur, quidpiam pronuntiat, & medium aliquod negotium dirimit. Alia eſt ſententia definitiua & decretoria de ſumma litis, & controuerſiæ, cui proinde finem imponit condemnatione, vel abſolutione *l. 1. D. de re iudic.*

3 Differunt hæ duæ ſententiæ, quòd ſententia definitiua non niſi à iudice ſedente, & ex periculo recitante pronuntiari poſſit, *l. 1. C. de ſent. & peric.* interlocutoria ab ſtante, & procedente Iudice dici poteſt *l. 4. C. de dilat.* A diffinitiua ſemper appellare licet *leg. 4. C. de dilat.* exceptis iis caſibus de quibus *in rubr. à quibus appellat. non lic.* ab interlocutoria nunquam appellatur, *l. præſcriptiones 65. C. Theodoſ. de appellat.* aut ſaltem rariſſimè, vt in *l. 2 D. de appellat. recipiend. l. ait prætor 7. §. permittitur. D. de minorib* Diffinitiua denique non niſi cauſa cognita pronuntiatur, interlocutoria verò etiam extra cauſæ cognitionem, *l. quid ergo. 13. §. quarto. D. de his qui notantur infam.* De ſententia maximè definitiua, pauca quædam pro inſtituto dicenda ſunt.

4 Atque in primis illa priùs habita deliberatione, formanda eſt, & in libello conferenda, nec præcipitanda, ideóque ex periculo & breuiculo recitanda, vti iam monui, *ex l. 2. & vlt. C. de ſentent. ex breuit. recitand. l. eos qui 6. §. fin. C. de modo mulctar. leg. 1. C. de requirend. reis.* Secundò de certa re, & quantitate quantum fieri poteſt, pronuntiare expreſsè debet, licet de incerta quantitate apud Iudicem actum ſit, *§. curare. Inſt. de actionib* poterit quoque de eo quod inter partes conuenit pronuntiare, *l. ſi conuenerit 26. D. de re iudic.* Debet quoque procuratorem non reum principalem damnare. *leg. 1. C. de ſentent. & interlocut.* Niſi fortaſſis illuſtris aliqua perſona, iniuriarum per procuratorem criminaliter agat, vel conueniatur, *l. vltima §. penult. C. de iniuriis.* Abſolutè prætereà, & non ſub conditione ferri ſententia debet *leg. 1. §. biduum, D. quando appellandum ſit.* Tam Latina quàm Græca lingua proferri poteſt, *leg. 12. C. de ſentent. & interlocut.* Decreta tamen à prætoribus latinè interponi debent, vt ait *l. decreta 48. D. de re iudic.*

5 His obſeruatis regula vniuerſaliſſima eſt rem iudicatam pro veritate accipi, *leg. 207. D. de regul. iur. l. ingenium 25. D. de ſtatu homin.* Ac proinde rebus iudicatis ſtandum eſſe & ſententiam executioni mandandam, *l. 1. C. de his qui propter met. iudic. non appell. l. ſi contra 8. C. de appellat. & l. ſi pecuniam 3. C. de re iudic. l. qui licitam 3. cùm lite pendente vel poſt prouoc.*

6 Aduerſus igitur ſententiam plurima excipi poſſunt tum ratione Iudicis qui illam tulit; tum illius aduersùs quem lata fuit, tum ex ipſa re iudicata ſiue controuerſia, de qua pronuntiatum eſt, tum denique ex variis ipſius iudicij adiunctis, antecedentibus, conſequentibus, & variis aliis circunſtantiis.

7 Itaque excipitur primò aduerſus ſententiam ex perſona iudicis ſi competens non fuit, quia vel non erat iudex damnati *l. vlt. C. ſi à non compet.* vel extra territorium ius dixit, vel ſupra ſuam iuriſdictionem, *l. extra 20. D. de iuriſdict.* Exemplum habes *in l. ex conſenſu 23. §. 1. D. de appellat.* in procuratore Cæſaris qui partibus præſidis non fungebatur, & in litem priuatorum ius dandi iudices non habebat, ideóque ab ea ſententia quæ non tenebat, fruſtra prouocatum fuiſſe dicitur. Quod idem affirmatur *l. 1. C. de pedaneis iudicibus.* Alia exempla habes *in l. 1. C. ſi à non competente. l. nulli 10. C. de ſentent. & interlocut.* & *l. ſi vi. 6. C. de executione rei iudicat.* Si tamen iudex qui reo competens eſt, & non actori, actorem in aliquo condemnauit, aduerſus eum tanquam non competentem excipi non poterit, *l. cum Papinian. 14. C. de ſentent. & interlocut.* Vbi ratio redditur, quia cuius actor in agendo obſeruat arbitrium, eum habere, & contra ſe Iudicem in eodem negotio dedignari non debet.

8 Secundò excipitur ſi omnes iudices dati non iudicauerint, ſed aliqui duntaxat aliis abſentibus, ſi enim omnes adſint, etiamſi idem non ſentiant, ſtabitur plurium ſententiæ, quia tunc omnes iudicarunt, quod dici nequit, ſi aliqui abfuerint; neque tunc reuerà plurium ſententiam præferri dici verè poteſt. *l. duo 39. D. de re iudic. l. cùm magiſtratus 4. C. quando prouocare non eſt neceſſe. l. 2. D. de decretis ab ordine fac. l. Pomponius 36. & ſequ. D. de re iudic.*

Tertiò ſi adſeſſores abſente iudice iudicarint, vel pronuntiauerint, nihil agunt, *Nou. 60. §. porrò & illud.*

Quartò quando diſſentiunt iudices, non proptereà ſemper iudicium improbatur, immò in illa diſſonantia ſententiarum pro libertate ſtandum dixit Diuus Pius, & ex diuerſis ſummis minimam ſpectandam eſſe ſcripſit Iulianus, vt refertur *l. inter pares 38. D. de re iudicat.* Si diſſonantes pares iudicum ſententiæ exiſtant, pro libertate pronuntiari voluit *l. lege 24. D. de manumiſſion.* Circa diſſidium igitur iudicum ita definiendum erit; ſi ſint diſpari numero iudices, quod maior pars iudicarit, ratum erit, vti iam diximus *ex l. Pomponius 36. & ex l. 39. D. de re iudic. & l. ſic & tribus 18. D. de recept. arbitris* Si iudices vtriuſque ſententiæ ſint pari numero; ſi cauſa ſit liberalis, pro libertate reſpondendum erit; in aliis cauſis pro reo conuento, ſi in ſumma diſſentiant, quod minimum ſequendum erit, vti diximus. Si iudices delegati pari numero diſſentiant, delegantis erit rem definire, ex Modeſtini reſponſo, *l. duo 28. D. de re iudic.*

9 Altera exceptio aduerſus ſententiam, & rem iudicatam petitur ex perſona eius contra quem iudicatum fuit: nam primò ſi contra fiſcum, intra triennium retractari cauſa poterit, vt fraus, aut præuaricatio ſi quæ fuit, deprehendatur, *l. vn. C. de ſentent. contra fiſcum.* Secundò ſi contra rempublicam fuit lata ſententia, per reſtitutionem in integrum reſcindi poterit, *leg. 1. C. de officio eius qui vicem alicuius iudicis obtinet;* niſi fortaſſis pro libertate fuerit pronuntiatum, *l. illud 9. D. de appellat.* Si reſpublica non fuerit defenſa, ipſo iure non valet ſententia, *leg. 1. C. de iure Reipubl.* Tertiò idem dicitur de minoribus non defenſis, *l. acta 45. D. de re iudic. l. 1. C. qui legitimam perſonam ſtandi in iud. l. ſi preſes 6. C. quomodo, & quando iudex.* Quartò ſi contra furioſum lata fuerit ſententia, id enim prohibetur *l. furioſo 9. D. de re iudic.* Quintò, ſi contra defunctum, *leg. 2. D. quæ ſententiæ ſine appellation. reſcindi, l. in ſententiis 59. §. fin. D. de re iudic.* Sextò ſi contra abſentem, & nullo eius nomine reſpondente, *l. de vnoquoque 47. D. de re iudic. l. ſi proluſorio 14. §. final. D. de appellat. l. ea quæ 7. C. quomodo & quando iudex ſentent. l. ſi fiſcus 7. D. de iure fiſci, l. non intelligitur 3. §. Diuus Hadrian. D. eod.* niſi tamen abſens vocatus venire noluerit, & vadimonium contumax deſeruerit, *l.*

conſentaneum

consentantum 8. *C. quomodo & quando index sent. l. de vnoquoque* 47. §. *qui apud. D. de re indic. l. si pro-lusorio* 14. §. *fin. D. de appellation.* & aduersarius præsens nihil per dolum & fraudem allegauerit, tunc enim Iudex debebit quærelam rei admittere *l. si prætor* 75. *D. de iudiciis.* Quod idem dices si absens vocatus adesse non potuit, *citata l.* 75. *& l. cùm non.* 10. *C. quomodo & quando index sentent.* & *l. quæsitum* 60. *D. de re indic.* nisi etiam edictum peremptorium non fuerit publicatum, aut in notitiam absentis non peruenerit *l.* 1. §. *item cum. D. quæ sent. sine appellat. rescind.* aut nisi alio modo sufficienter monitus, venire noluerit; tunc enim contra ipsum poterit pronuntiari *l.* 2. *C. quomodo & quando sent.* quod etiam fiet si præsens litem cœpetit, & deinde abfuerit *l. vlt. C. eod.* Si etiam iudicatum ratum habuit, aut eo comperto, non statim querelam detulit, *l. ab eo* 5. *C. eod.*

10 Tertia exceptio sumitur ex re de qua iudicatum fuit. Primò si de alia re quàm de qua iudex datus fuit, *l.* 1. *C. si à non competente, l. si de* 5. *C. eod.* Quod tamen non impedit quin Iudex datus ad condemnandum, absoluere non potuerit, *l. qui damnare* 3. *D. de re indic.* & *l. cum fideicommissum* 7. *D. de confessis.* Hinc fit, vt si iudex de proprietate datus aliquid de possessione pronuntiet, nihil efficiat, *l. si de* 3. *C. si à non competente.* Deinde si de alia re, quam petita est, sententia lata fuit, nihil actum erit, *l. cùm quidam* 17. *C. de fideicommissar. libert. l. de qua re* 74. *D. de indic.* In causa tamen appellationis poterit iudex appellatus, id quod sententiæ à qua fuit appellatum, deerit, supplere.

Secundò non valet sententia de eo quod post rem in iudicium deductam contingit, *l. non potest* 23. *l. non quemadmodum* 23. *D. de indic.* Nisi tamen fuerit quoddam accessorium eius quod in iudicium deductum fuerat, ex gloss. *in cit. l. non potest*, *ex l. ædibus* 23. §. *item sciendum. D. de ædilitio edicto. l. si tertius* 6. §. *officium autem. D. de aqua pluuia arcenda*, aut si quod postea accedit, pars est eius de quo iudicium factum est, exemplo *l. si hæreditatem* 4. *D. de petition. hæredit.* qui enim petit hæreditatem, totum suum ius prosequitur, & in iudicium deducit, licèt possessor vnam tantùm rem hæreditatis possideat, *l.* 1. §. 1. *D. si pars petatur*, & *l. licet* 10. *D. de petit. hæredit.* Quare si post litem contestatam aliam quoque rem possidere cœperit, ea quoque in condemnationem venire potest, *l.* 4. *citat.* Dolus præterea post litem commissus circa rem in iudicium deductam, in condemnationem venire poterit, *l.* 1. §. *non tantùm*, *D. depositi.* Denique si quod post litem contestatam accidit, suppleat causam de qua agitur, de illo iudicare poterit iudex, *l. si rem alienam* 9. §. *fin. D. de pignor. action.*

Tertiò ratione rei iudicatæ excipitur si de viuentis hæreditate sit iudicatum, *l. nec nos* 4. *C. de postliminio.*

Quartò si fines iudex suæ iurisdictionis excesserit, iudicarit v. g. de maiori summa quàm posset, *l. certa* 5. *C. quomodo prouocare non est necesse*; nisi fortassis minor initio visa sit quantitas, quàm deinde in ferenda sententia apparuerit, *l. ampliorem* 17. §. *sed enim. C. de appellation.*

Quintò si incerta sit sententia, quia summa non est in ea expressa, §. *curare. Inst. de actionib.* v. g. si dicatur, quæ bona fide accepisti, solue, quod exemplum affertur, *l. hac sententia* 4. *C. sentent. quæ sine certa quantitate*, & *l.* 3. *C. eod.* reiicitur hæc sententia; Omnem debiti quantitatem cum vsuris competentibus, solue. Vbi additur eiusmodi sententiam non valere si nulla parte actorum certa quantitas sit comprehensa, tunc enim valeret ea sententia, quia quantitas quæ in ea non exprimitur, aliunde constat euidenter, cuius exemplum habetur *l.* 2. *C. eod.* & *l. in sententiis* 59. *D. de re indicata*, & in *l. ait prætor* 5. §. *fin. D. eod.* quod etiam verum erit si vsurarum condemnatione incerta, certa tamen existat vsurarum condemnatio *l.* 59. *cit.* §. *qui sortis. D. de re iudicat*, quia ex certitudine sortis vsurarum summa certò colligitur.

Sextò si sententia neque condemnationem, neque absolutionem contineat, iniusta erit *l. præses* 3. *C. de sententiis & interlocut.* Cuius exemplum habes *l. ex stipulatione* 7. *C. eod.* Quod idem continget si quid impossibile contineat, *l. Paulus* 3. *D. quæ sent. sine appell.* aut contra leges vel constitutiones fuerit pronunciata. *l. si expressum* 19. *D. de appellat. l.* 1. §. *item cùm contra. D. quæ sent. sine appell. rescindi. l.* 2. *C. quando prouocare non est necesse*, nisi tamen existimet has leges ad talem causam non pertinere, *l. cùm prolatis* 32. *D. de re* indic. cuius exemplum habes *in l. Præses* 27. *D. eod.*

Septimò non valet sententia, & aduersus illam excipitur ratione materiæ, si factum non sit, quod factum esse iudicatum est, & contrarium probari possit, *l. post rem* 56. *D. de re indic. l.* 2. *in fin. C. quando prouocare non est necesse, l.* 1. § *item cum contra. D. quæ sent. sine appellat. rescindi. l. ingenuum* 25. *D. de statu hominum. l. res iudicata* 207. *D. de regul. iur. l. si patronus* 12. §. *si quis cum. D. de bonis libertor. l. libera* 8. *C. de sentent. & interlocut.*

Quarta exceptio aduersùs sententiam sumitur ex causa iudicati, antecedentibus, atque diuersis adiunctis. 11

Primò si prius aliquid diuersum, & multò magis si contrarium fuit pronuntiatum, *l.* 1. *C. quando prouocare non est necesse.*

Secundò si Imperator sua sententia, vel rescripto controuersiam finierit, nam iudicis contraria sententia nulla erit *Nou.* 113.

Tertiò si falsus procurator interuenerit *l.* 1. *C. quibus res iudicata non nocet*, vel procurator fines mandati excesserit, *l. si procurator* 10. *C. de procuratorib.* vel si dolo egit in causa defendenda vel procuranda, dabitur exceptio domino conuento, *l. si procurator.* 9. *D. de doli mali, & metus exception.*

Quartò si aduocatus causæ fuerit præuaricatus *l.* 1. *C. de aduocatis diuers. iudic.* vel eiusdem aduocati error interuenerit, *l.* 2. *C. de errore aduocator.* nisi tamen dominus litis præsens non contradixerit, *l. sententiis* 3. *C. eod.* & *l.* 1. *C. eod.*

Quintò si calculi error interuenerit. *l.* 2. *C. de re indic.* tunc enim appellare non licet, sed error calculi corrigendus erit. *l. vn. C. de errore calculi, & leg.* 1. §. 1. *D. quæ sentent. sine appellat. rescindi.*

Sextò si ex falsis instrumentis iudicatum sit, *l.* 2. *C. si ex falsis instrum. & l.* 1. *& l. vlt. C. eod. l. qui agnitis* 12. *D. de exception.* Cui tamen contradicere videtur *l. vlt.* §. *fin. C. de fide instrum.* Similes aliæ exceptiones ex variis adiunctis aduersùs sententiam iudicis afferri facilè poterunt.

Alterum remedium aduersus sententiam latam est recognitio controuersiæ, siue totius causæ noua, & intersta disceptatio, reuisionem vulgò dicimus, de qua hæc statuenda sunt. 12

In primis nouam eiusmodi disceptationem, vbi nihil est quod aduersùs priorem sententiam definitiuam

tiuam excipere iure liceat, nec quid noui occurrit quod omissum in priori disceptatione fuerit; à solo supremo Principe concedi posse, cui libellus supplex ad referendam litem iudicatam, & impetrandam nouam illius disceptationem offerendus est, ita Innoc. *in cap. ex litteris, de in integrum restitut.* & Abbas *ibid. num.* 10. Menoch. *de arbitrar. lib. 1. quæst.* 52. *num.* 4. Rebuff. *de supplication. n.* 94. & Doctores Hispani quos adducit, & sequitur Fragos. *1. part. de regimine, lib. 3. disp.* 5. *num.* 27. Ratio verò cur hæc facultas solius Principis est primò quia in ea noua disceptatione agitur de præiudicio iuris tertij, quod per priorem sententiam acquisiuit, cui iuri nemo potest derogare, illud iterum examinando, & in disceptationem vocando, nisi solus Princeps, alioquin nunquam finirentur lites, neque iura per sententias acquisita, firma forent. Secundò fit quoque iniuria iudicibus, quibus cùm sit concessa potestas controuersias summo, & vltimo iudicio finiendi, à quo non liceat prouocare, eorum tamen sententiæ nouo examini subiiciuntur, quod nullus permittere aut constituere potest, nisi summus Princeps, qui ita potestatem facit iudicibus lites summo iudicio dirimendi, vt sibi facultatem natiuam, & infixam sceptris non abstulerit: aut imminuerit, quare eiusdem litis cognitionem aut sibi sumere, aut iterum aliis delegare poterit. Tertiò denique remedium hoc nouæ disceptationis, & reuisionis odiosum omninò est, quare non debet passim permitti, ideóque iure supremi Principes illud sibi solis vindicant. Quomodo verò offerendus sit hic libellus Principi, quidve seruandum, vt obtineatur noua illa cognitio, explicat apud nostros Rebuff. *de supplicat. in præfat. num.* 58. *&* 59. 99. *& art.* 5. *gloss. vnic.* apud alias gentes illarum Doctores.

13 Difficultas est an supremus Princeps possit solo arbitrio absque vlla alia iusta causa, quàm vt suam authoritatem ostendat, & suo vtatur iure, nouam disceptationem concedere. Ita enim affirmant *in cap. cum ad monasterium, de statu Monach.* Innoc. *n.* 3. *&* 4. Anton. de Butrio *num. fin.* Anchar. *num.* 25. & alij, quia si Pontifex potest sine causa dispensare in impedimento consanguinitatis ad contrahendum matrimonium, poterit quoque Princeps in hac reuisione, sine causa dispensare, cùm non magis teneatur legibus politicis quam Pontifex Ecclesiasticis. Et sanè si causa necessaria foret, non posset dispensare in legibus, illisque teneretur, neque obligationem quam ipsemet posuit, auferre valeret. Alij verò negant, nisi iusta causa subsit; ij sunt omnes qui negant Principem quamuis supremum posse sine iusta causa dispensare in legibus etiam humanis. Immò si ex eiusmodi dispensatione oriatur scandalum, accusant peccati mortalis, cùm eius potestas sit in ædificationem, & non in destructionem. Verùm quidquid sit de illa vniuersali quæstione, quam fusiùs agitamus in nostra scientia canonica, videtur mihi in hoc singulari casu requiri iustam causam, vt Princeps indulgeat nouam litis vltimo iudicio finitæ cognitionem, quia vbi tollendum est ius alicuius iam legitimè acquisitum, & non tantùm acquirendum, opus est iusta causa etiam in supremo Principe, qui non potest pro arbitrio, & sine vlla alia causa, quàm quia vult, ius legitimum subditorum priuatorum tollere, vt constat. Atqui in hac concessione iteratæ disceptationis, de qua loquimur, tollitur ius quod alter litigantium legitimè acquisiuit, & iterum in controuersiam adducitur, cùm antea firmum esset, quare, vt id faciat Princeps adduci debet iusta aliqua ratione, qualis perpetuò præsumenda est.

Moueo tamen validam fore eiusmodi concessionem quamuis sine causa factam à Principe, quia culpa quæ committitur in aliquo actu non reddit illum semper irritum & inualidum, quod ostendunt Caietan. 1. 2. *q.* 96. *art.* 5. *ad fin.* Siluest. *v. Papa q.* 15. & alij, quare qui reuisionem istam impetrauit, licèt sine alia iusta causa, tutò illa vtetur, & si victor in noua cognitione euadat, validè obtinebit, neque religione vlla conscientiæ teneri debet, vt ait Gigas *de pension. quæst.* 6. *num.* 13. Fragos. *disp.* 5. *cit. n.* 27. contra Couarr. *in 4. decretal. 2. part. c.* 5. § 9. *n.* 11. *ad fin.*

Quæres an illi quibus Princeps fecit potestatem concedendi eiusmodi reuisiones, possint illas sine iusta quapiam causa concedere, maximè si Princeps illis indulserit eam facultatem cum plenitudine potestatis. 14

Resp. concessionem ab eiusmodi Magistratibus ex venia principis datam sine iusta causa, non modò illicitam, sed etiam inualidam, & irritam esse: quia mandatum, sine commissio ad aliquid concedendum aut faciendum, facta intelligitur, vt id fiat secundùm regulas iuris, & causa cognita, & non aliter: quare facultas dispensandi in iure ciuili aut legibus, explicanda, & intelligenda est causa cognita. Quod etiam dicendum est, licèt diplomate suo Rex concedat eam facultatem cum plenitudine vt aiunt potestatis, quia illa etiam particula supponit causam iustam, & aliud non sonat quàm fieri potestatem, vt decretoria sententia, & pleno, vltimoque iudicio de controuersiâ, quamuis aliàs cognita, & iudicata pronuncient; non etiam sine cognitione causæ, & pro suo arbitrio iteratam disceptationem concedant. Quænam verò censenda sit iusta causa ad concedendam reuisionem, disputat Fragos. *disp.* 5. *cit. num.* 27. *cit. v. quæri potest, in quibus casibus*, & Doctores ab illo adducti. Variæ sunt hac in re leges, ac mores municipales, mihi videtur arbitrium esse principis, an causa quæ allegatur à petentibus nouam cognitionem & reuisionem, iusta sit, eiusque sententiæ, atque eorum quibus id iudicandum committitur, standum esse.

Vltimum remedium contra sententiam latam, 15 est eius ab eodem iudice reuocatio, emendatio, vel declaratio, de qua hæc pauca statuo.

In primis sententia interlocutoria reuocari potest iure communi *l. quod iussit* 14. *D. de re iudicata*, quia post eam latam, iudex adhuc perseuerat, itaque emendare, & reuocare suam illam sententiam poterit, quod passim tradunt DD. Gotofredus tamen *in l. cit.* notat id nefas esse in Gallia; qua de re consule Rebuff. *in constitut. regias. tit. de sentent. art.* 3. *gloss. vn. n.* 28.

Secundò non semel, sed & pluries iudex suam 16 sententiam interlocutoriam reuocare potest, vti contendit Stephan. Gratian. *disceptation. forens. c.* 147. *num.* 11. *& cap.* 155. *num.* 26. de iure verò Lusitano poterit tantum semel, vti ostendit Fragos. 1. *part. regim. lib. 4. disp* 10. *n.* 228.

Tertiò poterit interlocutoria sine causa reuocari à iudice, ex Gloss. *in l. quod semel. ad fin. D. de decret. ab. ordin. faciend.* quam glossam sequuntur DD. neque ab ea reuocatione appellari posse existimauit Felin. *in cap. exceptionem, num.* 5. *D. de exception.* & Panorm. *in cap. prudentiam, § sexta, de officio delegati.*

Fieri etiam posse eam reuocationem absente parte ex iudicis officio, existimauit Decius in *l. qui*

potest.

potest. D. de regul. iuris, num. 22. vnde neque cognitionem causæ, neque citationem partis necessariam esse dixit Innocent. *in cap. cum venissem. num. 9. de restitut. in integrum.* videturque expressus textus *in cap. si à iudice. de appellation.* Nihilominus partem præsentem & citatam ad valorem eiusmodi reuocationis, causamque cognosci oportere, eo quod parti magnum præiudicium fiat, volunt alij Doctores laudati à Fragoso, *num. cit.* qui sapienter conciliat hoc dissidium: nam si vel nullum, vel admodum leue præiudicium afferat parti ea reuocatio, citanda necessariò non erit; idque voluit glossa. Secus verò si præiudicium illud alicuius momenti sit, citanda erit pars. Obseruat quoque glossa *in Clem. fin. v. super ea, de sentent. interlocutor.* geminatam amplius reuocari non posse. Intra quoque quadrimestre eam reuocationem faciẽdam esse monet eadem glossa *in l. quod iussit 14. D. de re iudicata.* Vide quoque Gratian. *disceptation. forens. cap. 555. num. 35.* tota res ex vsu, & variis moribus definienda videtur. Cætera pete à Fragoso *cit. disp. 10. num. 229. & sequent.*

18 Venio ad sententiam definitiuam, quam, vbi perfecta & pronuntiata est, non posse reuocari, corrigi, vel emendari à iudice, tradunt glossa & Doctores passim *in l. actorum 46. D. de re iudic. & in l. post sententiam 9. C. de sentent. & interlocut. & in cap. ex litteris, de officio delegati.* Ratio manifesta est, quia post sententiam definitiuam latam iudex nihil amplius potest in ea causa, & functus est toto suo officio. Et sanè si ea sententia ex natura sua corrigibilis & reuocabilis esset, non esset vltima, neque definitiua, per posteriorem enim diuersum quid definiretur.

19 Quæritur tamen vtrum ea sententia incontinenti possit mutari, vel emendari, vel reuocari. Ita enim docent Alexand. *consil. 90. num. 5. & cons. 118.* Felin. *in cap. qualiter 1. num. 31. de accusation.* Menoch. *consil. 360. num. 2.* & alij, quia quod fit incontinenti, videtur inesse; quod etiam sequitur Tiraquell. *de retract. conuent. §. 1. gloss. 5. num. 17.* Resp. tamen cum Fragoso & aliis *num. 116.* recitatam, & publicatam sententiam definitiuam, non posse etiam incontinenti reuocari, & corrigi; quia eo momento quo pronuntiata est sententia definitiua, iudex desiit esse iudex, præterquam in accusatoris, nimirum quoad expensas litis definiendas, *l. Paulus 42. D. de re indic. & l. iudex posteaquam. D. eod.* Deinde per eiusmodi sententiam pronuntiatam statim & momento, atque incontinenti ius quæsitum fuit parti, quo à Iudice deinde priuari non potest: quare vulgare illud dictum, quod fit incontinenti censetur inesse, non valet in momentaneis in quibus quæ sunt, & fiunt, post illud momentum non videntur inesse: id autem contingit in sententiis definitiuis, quæ quo momento perficiuntur, sunt extra iudicis potestatem & officium, quod omninò desiit circa eiusmodi sententias, perseuerare tamen potest circa quædam accessoria & consequentia, quæ proinde poterunt incontinenti fieri, & præsumentur ab initio facta. Sic licet testi incontinenti corrigere suum testimonium, & non ex interuallo, nam testimonia dici, aut instrumenta produci possunt incontinenti, licèt post sententiam, quia quando quæstio est de momento, aut re momentanea, facta post momentũ etiam incontinenti, non cẽsentur inesse. Quomodo verò, quod additur, incontinenti post contractũ, cẽseatur illi inesse; diximus *lib. 4.* Ratio est quia cẽsetur ab initio ita fuisse contractum inter partes, vti eo loco explicuimus.

Quod attinet ad declarationem & explicationem sententiæ definitiuæ, quoties obscura est, dico declarationem nudam & simplicem quæ nullum nouum ius, aut dispositionem affert, sed solam obscuritatem, aut ambiguitatem verborum, quæ diuersos intellectus patiuntur, tollat, fieri posse, tum ab eodem iudice, tum à successore. Si verò ea declaratio nouam dispositionem inducat, illa fieri non potest, nisi à supremo Principe qui solus potest nouum illum actum facere, vt nuper ostendimus. Atque hac vna distinctione facilè dissidia Doctorum componimus, eorum enim rationes alterutram tantùm partem nostræ assertionis probant, ipsorum placita dabit Fragosus *à n. 218. ad 224.* 20

Quæres si vel partes in eam sententiæ reuocationem consentiant, vel si ea nulla, aut etiam iniqua appareat, possitne reuocari à iudice, postquam eam pronuntiauit. 21

Resp. primò consensu partium non fieri potestatem iudici corrigendi vel reuocandi sententiam pronuntiatam, ex glossa *in l. si diuersa, C. de transaction.* Rebuff. *ad constit. Gallic. tit. de sentent. art. 3. gloss. vn. n. 9.* & alij, quia iudex nihil amplius potest in illa causa circa quam iam desiit esse iudex, neque solus partium consensus constituit illum iudicem. Possunt tamen partes non vti illa sententia, & iuri per illam quæsito inuicem renuntiare, atque ea sententia non obstante transigere de tota controuersia. Quod idem dicunt de sententia nulla, si partes præsentes eam approbent, illa enim non valebit tanquam sententia, sed tanquam conuentio, & pactum inter partes initum, quia Iudex non potest sententiam nullam à se pronuntiatam facere validam, vt patet, neque etiam partes suo consensu; possunt tamen se inuicem obligare ad eius obseruationem, non tamen inualidam sententiam validam facere.

Sententia denique iniqua æquiparatur inualidæ vti docet Couarru. *lib. 1. variar. cap. 6. num. 10.* quam tamen reuocare non potest Iudex, sed ad Principem recurrẽdum erit, & ab eo petendum, vt denuò causa disceptetur. Executor si notoria sit iniquitas sententiæ, non poterit illam exequi, vt contra Caietan. *2. 2. quæst. 67.* dixit Couarr. citatus. Sed id rarò continget, debebit enim executor notoriè, & manifestè iniquitatem sententiæ cognoscere, vt eius executionem recuset, & imperium iudicis detractet hac in parte.

Concludamus igitur cum Seneca *lib. 7. controu. 8. Iudex quam tulit de reo tabellam, reuocare non potest: quæsitor non mutabit sententiam suam:* & Apulei. *lib. 1. Florid. Tabella semel lata non augeri littera vna, nec minui potest.* Idcirco Cicero obiicit Verri *action. 3.* quod passim decreta commutarit, denuò de re iam iudicatâ pronuntians.

Quærendum tamen restat quid faciendum sit iudici qui post latam à se sententiam, certò deprehendit eam iniquam fuisse. Suppono verò eum in ferenda sententia, probabiles sequutum fuisse rationes, ac proinde non peccasse in iudicando, neque iniustitiam commisisse nisi materialem, nam si dolo, aut fauore, aliáve ratione corruptus iudicarit, certum est teneri totum damnum parti læsæ ex iniqua sententia creatum reparare, *l. filiusfamilias, D. de iudiciis.* Immò punietur, amissáque dignitate fiet infamis, *l. vlt. C. de pœna indic. qui malè iudic.* Si verò absque fraude, sed per imperitiam aliqua ratione culpabilem, vbi deinde errorem suum deprehenderit, tenebitur ad arbitrium prudentis ad reparationem damni, quod sua inscitia intulit, 22

eo

eo modo quo diximus superiùs vbi de iudice disputauemus. Immò ad id vrgeri poterit, quia tunc fecit litem suam, vti explicuimus aliàs. Tota igitur quæstio est quando iudex neque imperitus existit, neque negligens, adhibuitque omnem industriam, & operam necessariam in iudicando, per inculpabilem tamen errorem sententiam iniquam tulit, ad quid eo errore deprehenso obligetur.

Et primò quidem non tenetur in foro interno ad reparationem damni ex ea sententia sequuti, cùm non fuerit illius causa iniusta, & cùm, vt dicemus inferiùs, omnis obligatio restitutionis faciendæ nascatur vel ratione rei acceptæ, vel iniustæ acceptionis, & vtraque illa causa desit hoc loco, non apparet vnde eiusmodi obligationem accersamus.

Secundò tenetur tamen quantum poterit errorem suum emendare, quod faciet si partem læsam vrgeat ad prouocandum ad superius tribunal, si ad illud prouocare liceat, aut si non liceat, vt adeat supremum Principem, vt ab illo iteratam causæ totius cognitionem obtineat, & prior sententia rescindatur. Debebit etiam docere allegationes fuisse falsas, & instrumenta atque nouos iudices à Principe datos, & de iniquitate illius sententiæ siue per se, siue per alium docere, omnique sua ope & industria conari vt læsus restituatur in integrum, quod non erit difficile vbi manifestum errorem compererit, illum alios iudices, immò ipsummet Principem docere.

Tertiò si non sit superstit alia via emendandi suam illam sententiam, quàm eam retractando, videndum superest an ad eam retractationem obligetur. Supponendum verò est istum iudicem posse suam hanc iniquam sententiam rescindere; si enim id non possit, vti reuerà non possunt iudices inferiores, sententiam definitiuam semel pronuntiatam recognoscere, rescindere, corrigere, & mutare, vti demonstrauimus, cùm iam functi sint officio, & desierint omninò esse iudices in hac causa, illudque ius sit solius supremi Principis, quare omnibus aliis modis, quibus licebit, vti debebit ad eam iudicij emendationem, quare de solo supremo Principe & indice potest excitari controuersia, illum enim & iteratam causæ disceptationem concedere, & priorem sententiam rescindere, emendare, mutare, ex iusta causa, qualis hoc loco æquissima existit, posse demonstrauimus initio. Quæritur itaque an ad eam suæ sententiæ retractationem, si non superstit alia vlla ratio, eius errorem emendandi, teneatur religione conscientiæ, quod vltimum addo, quia in foro externo ad id cogi & obligari non potest, cùm eius decretis non subiaceat. Volo etiam hanc retractationem sententiæ esse solum & vnicum medium emendandi illius erroris, & reparandi damnum illatum per sententiam iniquam, quamuis inculpabiliter latam: nam si adsint alia media, nulla ratio potest vrgere Principem ad hanc retractationem, cùm aliter emendet quod in ea sententia peccatum fuerat. Supponimus itaque præiudicium illatum parti nullo prorsus alio modo resarciri posse quàm per eiusmodi retractationem, qui casus contingere non potest, nisi vbi agitur de fama innoxiè damnato restituenda, nam damnum fortunarum non erit difficilè compensare, damnum verò capitis, & vitæ, etsi irreparabile sit, tamen quoquo modo reparatur per aliorum bonorum, etsi inferioris ordinis, exhibitionem, ad quam damnari videmus reos qui in aliorum vitam, & corpus peccarunt, illam siquidem læsionem non aliter resarcire iubentur. Tota igitur difficultas est circa læsionem famæ, quæ aliquando talis esse fingi potest hoc casu, vt per solam sententiæ, qua damnatus fuit, rescissionem & emendationem restitui possit, & contraria infamia, qua fuerit aspersus, deleri.

Et quidem hac obligatione rescindendi suam 23
sententiam, plures Doctores eximunt hoc casu supremum iudicem, & Principem, cùm id facere non posse sine aliquo sui nominis probro, & graui leuitatis, atque præcipitis inconstantiæ nota, quæ Principem maximè dedecet, vti pluribus ostendit Theophilus Raynaudus in erudito opere *de honore iudicis, proclusione 2. tota.* Quia igitur fama quæ restituenda est reo iniquè damnato per sententiam, minor multò est, minorisque æstimationis, quàm fama Principis quæ per eiusmodi retractationem læditur, non est quod obligemus eo casu Principem rescindere sententiam suam cum graui iactura famæ suæ, vt subditi infamiam detergat, quæ videtur etiam esse mens Sancti Augustini *in sua regula, sub finem,* vti refertur *cap. quando, distinct. 86.* vbi agit de seueriore correptione qua verbis nimium aculeatis inferiorem arguit superior, neque enim debet superior à subdito veniam petere, *ne dum nimium seruatur humilitas, regendi frangatur authoritas.* Et sanè in iudiciis tum Ecclesiasticis, tum laicis firmitatem, & irretractabilitatem etiam à sanctissimis viris vsurpatam, vt fusiùs docet Theophil. *in laudato opere, punct. 1.* videmus.

Hanc tamen obligationem retractandæ sententiæ ad reparandum honorem, qui per illam læsus est, quoties nulla alia viâ reparari potest, teneri ipsos etiam Principes docet toto illo opere *de honore iudicis* Theophilus, quia necessitas reparandi iniuriam quam quis alteri infert, omnes omnino iure naturali obligat, atqui Princeps sua illa sententia materialiter saltem, licèt non formaliter iniqua, violanit subditi honorem & famam, eam igitur reparare debet vti potest, rescindendo sententiam. Deinde cùm illa læsio famæ perseueret iniustè, non modò materialiter, sed etiam formaliter, fiatque continuò isti iniuria, idque nouerit Princeps, vbi suam sententiam iniustam esse deprehendit, tenetur illius continuationem impedire, quamuis initio illam inculpabiliter irrogarit, hoc autem non potest nisi per retractationem prioris sententiæ. Ad eam igitur in eo necessitatis articulo tenetur, neque ea mutatio sententiæ, leuitatis, & inconstantiæ notam vllam arguet in Principe, sed summam æquitatem, quod ex iure tum ciuili, tum Ecclesiastico, virorum illustrium testimonio, & factis fusissimè demonstrat idem Doctor.

Mihi videtur vix vnquam contingere posse hanc necessitatem supremo Principi retractandi sententiam à se latam ad restituendam famam subditi, quam suo iudicio læserat, cùm suppetant aliæ viæ ad eiusmodi diluendam infamiam, maximè in Gallia nostra, vbi facilè impetratur iterata cognitio litis; vbi noua instrumenta, nouæque probationes afferuntur, quod si casus ille contingeret, teneretur omnino Princeps iubere vt causa denuo disceptaretur, atque ita prius iudicium emendaretur, quod non modò non vertetur probro Principi, sed summam eius æquitatem testabitur, neque aliud volunt vtriusque sententiæ Doctores, dum vel obligant Principem ad retractationem sententiæ in eo casu, vel ab ea obligatione immunem esse contendunt.

CAPVT

CAPVT IV.

De satisfactione.

ARTICVLVS I. *De natura satisfactionis.*
II. *Conditiones satisfactionis.*
III. *De acceptatione satisfactionis ab offenso.*

ARTICVLVS PRIMVS.

De natura satisfactionis.

Nomen, & natura satisfactionis. 1.
Eius à restitutione discrimen. 2.
Satisfactio est actus iustitiæ. 3.

1 Satisfactionis vox sæpissimè pro reparatione iustitiæ quocunque modo violatæ sumitur; aliàs pro compensatione iniuriæ, vt iniuria est, actio enim qua violatur iustitia, nonnunquam infert damnum, aliàs non infert, damnum tamen nunquam infertur sine aliqua iniuria formali, aut materiali, iniuriam enim non capio hoc loco, vt vulgò ferè solet, in communi vsu loquendi, pro famæ & honoris violatione, aut pro authoritate læsa, sed pro iuris alieni violatione, quæ si à sciente & volente fiat, est iniuria formalis, si ab ignorante inculpabiliter, est tantùm iniuria materialis, seu iniustitia materialis: quam alieni iuris læsionem saltem materialem, quoties illatione damni violatur iustitia, interuenire oportet, & consequenter dum reparatur iustitia, debet & damnum, & iniuria compensari.

2 Satisfactio compensat iniuriam præcisam à damno; restitutio damnum præcisum ab iniuria; vnde fit vt hæ actiones sint omninò distinctæ tam formaliter, vt fusiùs docet Sotus *libro quarto de iustitia, quæstione sexta, articulo primo.* Bellarminus *libro 4. de pœnitentia, capite primo*, & alij passim; tum etiā aliquando realiter; Deo enim non restituimus quidquam, quia nullum ipsi damnum intulimus, satisfacimus tamen, quia iniurij fuimus. Restitutio respicit inæqualitatem inductam cum re alterius, quam inæqualitatem abolere debet reponendo rem ablatam, siue illa sit pecunia, siue honor, seu quid aliud. Satisfactio verò respicit inæqualitatem eum iure alterius, etsi nulla res ipsi fuerit ablata, tunc enim non debebitur restitutio, sed sola satisfactio: cùm autem vtraque exigitur, non semper sunt æquales inter sese, cùm inæqualitates quas reparant, non sint etiam æquales, qui enim subripuit assem vnum pauperi, & alterum diuiti, non tenetur nisi vtrique vnum assem restituere, debet tamen maiorem satisfactionem pauperi, cui illata est maior iniuria, quamuis par res fuerit tantùm ablata.

Ratio à priori est quia iniuriæ grauitas non sumitur à solo damno, seu rei alicuius ablatione, aut violatione, sed à variis circumstantiis, maximè personæ offendentis, & offensæ ac pulsatæ per talem iniuriam, & is cui sua res reddita est, potest adhuc suam iniuriam velle reparari, vt Anselmus *libro primo, cur Deus homo, capite vndecimo*, ostendit de iniuria Deo illata, & eius satisfactione. Hinc quoque oritur vulgare illud discrimen cuius meminit Suarez *tomo* 1. 3. *parte. disp.* 4 *sectione* 6. §. *vera igitur responsio*, restitutionem versari in rebus datis & acceptis, quia reparat damnum illatum alteri in bonis suis, satisfactionem autem versari in actionibus, quia per eam compensatur iniuria, vnde sequitur vlterius æqualitatem restitutionis pendere ex dominio quod restituens habet vt in alterum transferre possit: ad satisfactionem autem sufficere dominium intrinsecum operi libero, quia satisfactio non fit nisi per opus liberum, non autem per translationem dominij rei cuiuspiam.

3 Habemus itaque satisfactionem presse sumptam esse cōpensationem iniuriæ, vt iniuria est, & verū actū iustitiæ commutatiuæ, cùm verā æqualitatem ponat cū iure alterius, & vero debito satisfaciētis, in illo enim qui offendit, & iniuriam intulit oritur duplex obligatio, siue debitum, vt obseruauit Suar. *disp.* 4. *citata, sectione* 5. Prima est obligatio actiua satisfaciendi; altera est obligatio passiua ad subeundam pœnam; prior respicit eum qui est passus iniuriam; posterior eum qui puniri potest, quæ non obligat reū ad iustitiā donec decisa fuerit à lege aut iudice, cùm ante latam sententiam nemo teneatur seipsum, & sibi infligere supplicium quod alium lædendo commeruit, vt aduertit Molina *tractatu* 1. *disp.* 515 *n.* 6. & Suar. *tom.* 4 *p.* 3. *disp.* 15. *sect.* 7. *n.* 6. & nos *c.* 1. diximus; vbi tamen lata sententia est, iam obligat iustitia commutatiua ius læsi ea pœna reparare, & pati sibi infligi pœnam, aut ipsemet illam subire, si aliunde nihil repugnet, verùm hæc satisfactio pœnalis, seu satispassio, differt à restitutione quæ facienda est statim, atque potest damnum illatum reparari, vt nuper monebamus. Obligatio autem actiua satisfaciendi, quæ pœnalis non est, statim obligat, neque latam sententiam postulat.

ARTICVLVS II.

Conditiones satisfactionis.

Non fiat ex gratia creditoris. 1.
Fiat ex bonis propriis. 2.
Neque aliàs debitis. 3.
Fiat ab ipso qui læsit. 4.
Sit grauis satisfacienti. 5.

AD satisfactionem quædam conditiones requiruntur ex parte satisfacientis, aliæ ex parte læsi, cui satisfit. 1

Prima est vt satisfactio non fundetur in gratia, & liberalitate creditoris, ita vt non interueniat formalis, aut virtualis remissio iniuriæ, sicut enim restitutio illa integra non esset, in qua pars debiti condonaretur, ita neque satisfactio perfecta erit si pars iniuriæ dimittatur siue formaliter, siue virtualiter, quòd fieri censet Suar. *tom.* 1. 3. *parte, disp.* 4. *sect.* 6. quando aliquid datur eo fine, vt ex illo satisfiat, atque ita qui donaret centum illi, qui sibi debet centum, eo animo vt illa centum sibi solueret, quamuis per veram, & non simulatam donationem, & translationem dominij centum quæ donauit, quia tamen donauit tantùm in ordine ad solutionem, idem moraliter cēsetur fecisse, atq; si condonasset totum debitū, secus verò foret si donasset illa centū ad negotiandum, vt ex illo deinde lucro solueret, quia tunc non est remissio moralis, quamuis gratuita donatio antecesserit. Idemque videtur sentire Capreolus *in* 4. *dist.* 15. *quæstione* 1. *artic.* 3. *ad quintum Scoti, &*

ad primum Aureoli, contra primam conclusionem; & alij, dum negant *tertia parte*, purum hominem satisfacere potuisse Deo, quia supponũt gratiã Dei sibi factam, quod idem est de Christo dictum, & negant de rigore iustitiæ satisfecisse. Dico tamen gratiam creditoris quæ satisfactioni plenæ repugnat, debere intrinsecam esse satisfactioni, seu actioni satisfactiuæ, non autem extrinsecam, siue comitantem, cum Vega *lib. 7. in Trid. cap. 9. ad penult.* Albertin. *coroll. 18. ex 1. principio complexo, num. 27.* quia illa gratia non tollit æqualitatem satisfactionis cum iniuria, sicut & in exemplo allato à Suare, præuia libertatis donatio non imminuit plenitudinem restitutionis, sicut neque imminueret si fuisset facta ab alio quàm à creditore, cùm sit vtrobique par ratio, transfertur enim verè dominium in debitorem qui ex suis, propriisque bonis deinde restituit.

2 Est enim hæc secunda conditio, vt satisfactio fiat ex bonis propriis, quæ non sint sub dominio creditoris, seu, vt loquitur Capreolus, debet satisfactor habere aliquid totaliter suum, seu quod saltem non sit principaliùs eius cui facienda est satisfactio, quàm satisfacientis. Ita sanctus Thomas *in 4. dist. 150. quæst. 1. art. 2. ad 2. & 3.* Ferrar. *lib. 4. contra Gent. cap. 54. sub finem*: quod perspicuum est in restitutione, si enim damnum passo nihil aliud restituatur quàm quod est illius, nihil amplius habet quàm si nihil fuisset ei restitutum. In satisfactione autem hoc dominium proprium non aliud importat quàm libertatem, cùm enim satisfactio, vt monui, sit in actionibus, non in rebus datis & ablatis; actus non dicitur esse in alicuius dominio, nisi quatenus est liber.

Tertia conditio est vt satisfactio non fiat ex bonis aliàs debitis, quod de debitis quocunque titulo, seu gratitudinis, seu misericordiæ, exponit Vasquez *3. parte, disp. 8. num. 66.* quia qui vouit centum Ecclesiæ, cui debet ex contractu iam alia centum, non satisfacit soluendo semel centum, quod verum est in omnibus aliis, quoties votum non adiicitur tantùm ad firmandam priorem obligationem. Qui centum ex gratitudine deberet & centum ex contractu, non satisfaceret dando centum, vbi enim creditor accepisset centum ex gratitudine, posset alia centum petere ex iustitia. Idem affirmat de eo qui haberet præceptum dandi centum ex obedientia, non tantùm generali, sed peculiari virtute, non satisfaceret dando centum debita ex iustitia. In materia verò misericordiæ & iustitiæ potest vtrique debito nonnunquam vnica solutione satisfieri, vt si creditori extremè indigenti centum debeas, quorum solutione, quam ex misericordiâ anticipare teneris, subleues eius inopiam. Sed ratio est, quia ille non simpliciter indiget, sed quatenus caret sibi debito ex iustitia, quod vbi recepit, cessat indigere, vnde non est mirum si tollendo debitum iustitiæ per solutionem, tollas quoque debitum misericordiæ, quod ex aliquo fundatu in debito iustitiæ nascebatur, quare si non anticipetur solutio, sed præscripta die soluatur extremè indigenti, nulla fit misericordia, sed solùm redditur quod debebatur ex iustitia, neque in priori casu fuit misericordia in quantitate quæ debebatur ex iustitia, sed solùm in tempore, quo nondum debebatur, quare in illa eadem solutione aliud respondet debito iustitiæ, aliud debito misericordiæ, vt patet. Suarez tamen *tom. 1. in 3. p. d. 4. sect. 6.* existimat vnica re & solutione satisfieri pluribus debitis diuersarum virtutum, vt gratitudinis, misericordiæ, obedientiæ, & iustitiæ, quia tunc non seruatur perfecta æqualitas si vnico pretio pluribus iustitiæ debitis satisfaciam, quia vnà cum his titulis augentur res ipsæ quæ debentur; vt qui debet decem ratione mutui, & decem ratione venditionis, debet viginti; & quamuis aliquando ex multiplicatione titulorum iustitiæ, res debita non multiplicetur, qui enim pro Petro tenetur ire Romam, & accepit stipendium ab alio ad idem iter Romanum, satisfacit vtrique vno itinere Romano: & è contrario, ex multitudine titulorum diuersorum à iustitia, verbi gratia, religionis, crescit debitum, vt ostendebat Vasquez in eo qui debet centum ex mutuo, & centum ex voto Ecclesiæ, debet enim ducenta; id tamen sequitur per accidens, nam per se, & ex natura sua obligationes iustitiæ non coniunguntur in eadem actione, & re, & per se augent quantitatem debiti moraliter loquendo, quod in obligationibus misericordiæ, & aliarum virtutum non fit, coniunguntur enim per se in eandem rem. Per accidens tamen tituli iustitiæ plurimùm non augent debitum, quia vel res debita est indiuisibilis in se, vt qui teneretur ducere vxorem Caiam titulo promissionis, & contractus, & titulo constuprationis, aliisque titulis iustitiæ, vel quia actio pluribus debita, est indiuisibilis, cùm tota sit singulis æquè vtilis, atque si vni tantùm impenderetur, vt patet in eo qui duorum causa iter Romanum suscepit, quod pro vno tantùm tenebatur ex iustitia suscipere. Per accidens quoque debita aliarum virtutum augent quantitatem debiti iam ex iustitia, quia formali aut virtuali intentione virtus aliqua fertur in aliam materiam ab illa, quæ iam ex iustitia debetur, vt in exemplo debiti ex mutuo, & voto, aliisque allatis à Vasquez, qui aliud non probat quàm has virtutes interdum ferri in materiam diuersam à debito iustitiæ, ita vt per accidens sit illam materiam iam aliquando esse debitam. Atque hæc quidem responsio omnia quæ contra hanc doctrinam afferuntur, tum à Vasquez *loco citato*, tum ab Albert. *corollar. 18. ex 2. principio complexo num. 20.* disiicit, non satisfacit tamen, nam etiam per accidens est quod nouus titulus iustitiæ cadat in materiam iam debitam, illam enim ex sua natura respicit, & tam aliæ virtutes in materiam diuersam ab ea quæ iam debetur ex aliis virtutibus, feruntur, quàm iustitia, vt in Religione, & voto maximè elucet. Deinde non traditur regula generalis, qua dignoscatur quandonam vnica actione & re satisfiat pluribus diuersarum virtutum debitis, & quando non: quare dicendum est toties vnica re non satisfieri pluribus titulis iustitiæ, quoties illi ponunt in creditoribus diuersa iura, quæ diuersis modis exequenda sint, tunc enim non ponitur perfecta æqualitas, neque expletur perfectè debitum vnica re, aut vno modo, vt patet in debente decem ex mutuo, & ex emptione. Si autem illa iura non sint diuersa materialiter, neque diuersis modis exæquari debeant, quamuis tituli plures sint, illis vna actione satisfit, ponunt enim nouam potiùs obligationem quàm diuersam, vt vides in itinere Romano & stipendio integro à duobus suscepto. Quoties autem titulus iustitiæ, & alterius virtutis cadunt in diuersa opera, seu ex natura sua, seu ex intentione operantis, toties vnico opere non satisfit vtrique debito, vt in voto centum aureorum dandorum Ecclesię, & indebito eorundem ex contractu. Si verò hi tituli cadant in eandem rem & opus, tunc satisfiet ex iustitia per opus aliàs debitum, vt si quis voueret se soluere Ecclesiæ quod iam aliunde ipsi debet. Rem totam Ragusa *3. parte, disp. 26. §. 1.* sic explicat.

Debitum

Debitum vnius virtutis aliquando est subordinatum alteri, & est materia illius: v. g. debitum iustitiæ est materia obedientiæ, aut gratitudinis, aut misericordiæ, aut religionis, ita vt hæ virtutes cadant immediatè supra debitum iustitiæ, non supra res ipsas quæ sunt materia iustitiæ, sic præcipi potest debenti decem, vt soluat, tunc igitur vnico actu plura debita simul extinguuntur. Quoties autem vna virtus non est simpliciter alteri subordinata, aut saltem in actione quæ fit, neque superior virtus respicit debitum inferioris virtutis tanquam materiam, sed rem ipsam immediatè sub diuerso debito, neque attenditur an sint iam alia debita, tunc vnico actu non satisfit vtrique debito, & si alterum sit tantùm iustitiæ, & alterum gratitudinis, misericordiæ, aut Religionis; iustitia autem neque per se intendit suis diuersis titulis afferre diuersas semper obligationes ex natura sua, neque non intendit, sed est indifferens pro ratione materiæ, & circunstantiarum ex quibus fit vt aliquando supra eandem plures obligationes etiam iustitiæ contrahantur: quamquam quia hæc subordinatio materiarum & debitorum in qua vnius virtutis debitũ est materia alterius, ferè solum contingit in ipsamet subordinatione virtutum, quæ est inter superiorem & inferiorem, & inter imperantem, & imperatam, & iustitia quæ vnica virtus est seipsa superior, neq; sibi ipsa imperat, nam cùm sæpe obligationes iustitiæ cadant in eandem materiam, & dum cadunt, id prouenit ex ipsa materia, & variis circunstantiis, non ex subordinatione actionum imperatarum, vt in aliis virtutibus.

4 Quarta conditio exigit satisfactionem ab ipso qui læsit, exhiberi, quod malè negat Albert. *coroll. citato, n.31.* neque quod affert de solutione quam diximus posse fieri creditori ab alio, etiam inuito debitore, vrget, quia sufficit creditori si nullum detrimentum rei suæ patiatur, vt reuera nullum patitur dum recipit æquale à quocunque recipiat. Iniuria autem quam reparat satisfactio dicit intrinsecum ordinem ad eum qui intulit, neque censetur moraliter abolita iniuria, vt inquit Ragusa *3. parte.d.* 21. §. 2. & sublata inæqualitas, si non detergatur ab eo qui eam intulit, quia vix intelligitur hæc iniuriæ reparatio nisi per aliquam submissionem offendentis offenso, quæ nulla est omninò, si inscio, aut inuito offendente alius quidam offenso se submittat, atque ita satisfaciat, nisi faciat vnam personam moraliter cum offendente. Sic Christus pro nobis satisfecit, & Rex iniurias per aliquos à suis illatas, solet per alios legatos ad offensum reparare; poterit quoque aliquis nomine lædentis cum consensu ipsius & læsi satisfacere, vt patet.

5 Quinta conditio erat vt satisfactio sit molesta satisfacienti, sicut iniuria fuit læso molesta, quæ ratio docet saltem satisfactionem Deo exhibitam nõ esse necessariò contristatiuam, quia iniuria non fuit Deo molesta, quare hæc conditio reiicieda est, satis enim est si ponatur æqualitas cum iniuria siue illud fiat per aliquid contristatiuum, siue non, & displicentia quæ in omni deletione iniuriæ interuenit, est præuia ipsi satisfactioni, potestque esse sine dolore & tristitia, vt in beatis quibus præteritæ culpæ impensissimè displicent, neque tamen mordentis tristitiæ sensum habent. Denique poneretur perfectissima æqualitas, si tantumdem delectationis accedat læso quantum fuerat impensum molestiæ in irroganda iniuria, quod fieri potest sine afflictione læsi. Non negamus tamen opera pœnalia esse maximè idonea vt sint satisfactoria, & expiatoria. Et præterea, quia diximus ex iniuria nasci in offendente obligationem passiuam ad subeundam pœnam quæ manet, etiam elata iniuria, vt docent omnes Catholici in materia de pœnitentia, ad satisfactionem completam quæ & iniuriam, & pœnam pro ea debitam funditus extinguat, opus pœnale & afflictiuum necessarium esse non negamus.

ARTICVLVS III.

De acceptatione satisfactionis à læso.

SExta conditio est acceptatio à læso cui satisfit, est autem acceptatio actus voluntatis quo is qui fuerat offensus, satisfactione quæ pro iniuria irrogata offertur, contentus est, neque quidquam amplius ab offendente exigit, vultque abolitã esse funditus omnem iniuriam: vnde sequitur etiam ordinariè, & communiter redintegratio amicitiæ, quæ per iniuriã dissoluta fuerat; ordinariè, inquam, nam ex ratione formali huius acceptationis nõ nascitur eiusmodi amicitia, potest enim quis acceptare tanquam æquale & debitum ex iustitia quod sibi soluitur satisfactione, non tamen satisfacientem sua amicitia dignari, quamuis diuinæ iniuriæ non soleant remitti nisi redeamus simul cum illo in gratiam, fiamusque denuò amici, cùm remissio culpæ fiat per gratiæ habitualis infusionem, quæ est diuina amicitia in facto esse, de potentia tamen absoluta nihil prohibet remitti culpam sine gratia habituali, imò & sine vlla physica mutatione peccatoris, & tunc delebitur iniuria, neque propterea fiet homo Dei amicus, etiamsi sit non inimicus. Hanc autem acceptationem à læso non esse necessariam quoties sufficiens est & æqualis iniuriæ illatæ satisfactio, tradunt Vasq. *3. parte, disp.85. cap 6.* & 1. 2. *disput. vltima c.3.* Albert. *coroll.* 18 *cit. num.* 32. Ragusa *3. p. d.* 21. Torres *tom. 2. in* 2. 2. *disp. 5. dub.4.* Suar. *tom.1. 3. p. disp.4. sect. 5. §. tertio considerandum.* Vega *lib.7. in Trid. cap.92.* Ratio est quia cùm iniuria irrogata non sit infinita, & irreparabilis, possitque dari ex prudentum hominum arbitrio, aliquid ipsi æquale, quo quidquid iuris violatum sit, ad æqualitatem resarciatur, quoties illud læso à lædente offertur, tenetur eo esse contentus, nec quidquam amplius exigere potest sine iniustitia; peteret enim aliquid sibi indebitum, cùm exigeret amplius quàm quod sibi debetur, quod idem non contingit in restitutione, vt obseruauit Suar. *loco citato*, & relectione *de iustitia Dei, sect. 2. n.52.* Vnde malè Torres existimauit ipsum postulasse acceptationem in eo cui satisfit, nomen enim satisfactionis accipit Suarez latiùs prout satisfactionem preisè dictam, & restitutionem comprehendit. Cùm enim, vt aduertit quoque Ragus. nonnunquam certa res in specie, & in indiuiduo restituenda sit, si diuersa, aut pretium eius restituatur, exigitur consensus creditoris illam acceptantis, potest enim iure rem suam in specie repetere, & non esse contentus alia sibi oblata, v. g. velle suum equum ablatum, non pretium & valorem eius. Præterea restitutio transfert dominium rei restitutæ in creditorem, quoties non redditur eadem specie res quæ fuerat creditoris, tunc autem necessaria est acceptatio, quia absque ea non acquiritur dominium, vt patet. Quando autem satisfactio non est perfectè æqualis, quia illi quidpiam deest ad iniuriæ reparationem, potest repudiari à læso, ac proinde vt sufficiens censeatur, requiritur læsi acceptatio,

acceptatio, quæ est condonatio quædam excessus iniuriæ supra satisfactionem exhibitam, neque alia tunc est inter offensam, & emendam æqualitas, quàm interpretatiua, vt loquitur Durandus *in* 4.*d.* 15.*q.* 1. *n.*6. cùm alia sit absoluta. Præterea quamuis satisfactio quam Deo exhibemus pro iniuriis quibus eum offendimus, possit esse æqualis, eius gratia eximium quendam valorem nostris operibus afferente, non tenetur tamen illam acceptare Deus, nisi se liberè sua promissione ad id obstrinxerit, quod malè negat Vega *in Trid. lib.*7. *cap.*9. *ad* 2. quia omnia opera quibus ipsi satisfacimus, sunt infinitis aliis institiæ titulis debita, pro quibus accipiet, & non pro satisfactione, vt est obligatio reparandi iniuriam, uam pro satispassione seu obligatione passiua subeundi pœnam pro violata numinis maiestate, certú est non teneri aliud quàm mulctam, quam Ipse tanquam supremus iudex imposuit, acceptare. Quoties etiam legibus humanis certa satisfactio pro certa iniuria definita est, potest illam læsus petere, & aliam omnem reiicere, atque ea de causa apud iudicé agere, vt vidit quoque Couarru. 2. *variar. c.* 1. *num.*7. & Carbo latè confirmat *lib. de pacific. inimicis cap.*47. qui tamen monet optimè *cap.*48. aliquando leges Christianæ Charitatis aliud ferre, & periculum esse ne ad illam actionem iniuriarum magis vrgeat odiú lædentis, quàm amor iustitiæ, quam tamen tunc non violat, sicut neque si omissa actione iniuriarum, & condonata offensa agat actione damni illati, vt fert communis sententia, contra Ioannem Fabrum. Vide eundem Carbonem *libro citato, c.*43. *conc.* 1.

CAPVT V.

De restitutione.

ARTIC. I. *Quid sit restitutio.*
II. *Radices ex quibus oritur obligatio restituendi.*
III. *Ex qua culpa oriatur obligatio ad restitutionem.*
IV. *Quænam cooperatio ad damnum alterius obliget ad restitutionem.*
V. *Reliqua conditiones ad restitutionem.*

ARTICVLVS I.

Quid sit restitutio.

Definitio restitutionis. 1.
Cuius iustitia sit actus. 2.
Eius necessitas. 3.

1 Restitutio est compensatio damni per æqualitatis repositionem; sumo enim presse hanc vocem quæ sonare tantùm videtur iteratam rei in eodem statu positionem, aut constitutionem, aut etiam aliquando rei alienæ exhibitionem, quæ non sunt semper actus iustitiæ, aut saltem non solius commutatiuæ: hic autem vsurpamus pro reparatione inæqualitatis illatæ per damnum inductum contra iustitiam, & cum aliqua iniuria siue formali, siue materiali: vnde eius discrimen à satisfactione, quæ iniuriam resarcit, non damnum, vti diximus, statim apparet. Quare si per iniuriam nulla posita fuerit inæqualitas permanens in bonis alterius, nulla restitutione opus est, si verò damnum illatum fuerit sine nulla iniuria formali, sufficiet restitutio sine satisfactione. Si vtrumque contigerit, & damnum fuerit iniurium, aut cum alterius iniuria formali coniunctum, ad totam illam inæqualitatem funditus tollendam necessaria erit satisfactio, & restitutio simul, vnde dicit S. Thom. *art.*3. *q.*62. 2.2. non sufficere aliquando restituere simplum quod ablatum est, quia compensanda est iniuria præter rem ablatam, quod latè explicat Molina *tractatu* 2. *disp.*715.

Hinc etiam elucet hunc actum pertinere ad iustitiam, cùm respiciat æqualitatem cum iure alterius, & idcircò qui obligatur tantùm ex charitate quidpiam præstare, non tenetur reparare damnum quod ex negatione illius debiti consequitur, quia ius alterius non violat non præstando quod debebat ex charitate. Hæc autem æqualitas est solùm secundum proportionem arithmeticam, cùm non attendat nisi præcisè ius quod quilibet ad rem restituendam habet, non autem proportionalia iura plurium ad bona communia, quamuis illud particolare ius, quod com ponit æqualitatem restitutio, aliquando natum fuerit ea iure proportionali, seu potiùs fuerit pars iuris, quod singuli ciues proportionaliter habebant in bona communia distribuenda, quodque violatum est per iniquam distributionem, & acceptionem personarum, reparatur tamen per actum commutatiuæ iustitiæ: quia, vt dixi, non attenditur amplius nisi ius singulare huius ciuis, quod iam verum, proprium, rigidum & commutatiuum est, quodque non reddendo, seu retinendo rem debitam, violatur: quare nunquam præcisè ex sola iustitia distributiua, aut iuris distributiui violatione nascitur obligatio ad restitutionem, nisi implicetur aliquod ius commutatiuum, vt fert communis sententia apud Rebel. 1. *parte, lib.* 3. *q.*7. Nauar. *c.*17. *n.* 69. & alios contra Petr. à Nauar. *lib.* 2. *de restit. n.* 144. & Vasq. *quæst. de restitutione, c.* 1. *dub.*8. & alios quosdam, quorum tamen plerosque male asseri contendit Rebel. quod vt clariùs explicetur. 2

Obserua eum qui bona pluribus communia distribuit, esse vel œconomum, & distributorem alterius iussu & nomine, vel ipsummet authorem primum talis distributionis, cuiusmodi est ipsa communitas & respublica, quæ iussit bona sua communia distribui ciuibus pro singulorum gradu: Ecclesia, quæ beneficia pro dignitate, & aptitudine conferri vult: Princeps, & Dux, qui prædam vrbis capiendæ diuidi militibus pro singulorum fortitudine imperat. Authores igitur distributionis, domini bonorum distribuendorum possunt aut distribuere, aut imperare distributionem sine cuiusquam iniuria, quæ obliget ad restitutionem, cùm nullus eorum, quibus distribuitur, habeat ius strictum & rigidum, imò posset fortassis omitti tota ea distributio sine culpa, aliter enim singulorum labores compensari poterant, si ea compensatio debita erat. Qui autem est tantùm distributor, & veluti œconomus, violat iniqua distributione ius commutatiuum, quod singuli acquisierunt, mandato & donatione communitatis, aut Ducis, aut Ecclesiæ, vel Pontificis. Sicut pauperes quibus distribuendi sunt mille aurei pro singulorum paupertate, habent ex volontate donantis ius commutatiuum, quod qui violabit, tenebitur ad restitutionem. In beneficiorum autem collatione tum hæc ratio valet, tum alia quam addit Bonacina *disp.* 1. *de restitutione, quæst.* 1. *puncto* 1. *n.*13.

n. 1 3. inter competitorem & collatorem interueni- re contractum innominatum facio vt des, quoties ad concursum candidatus se examini subiicit, vnde ac- quirit strictum ius.

3 Necessariam esse ad salutem restitutionem, con- tra quosdam Græcos apud Guidon. Carmelitani, & Alfonsum à Castro, verbo *restitutio*, qui partē abla- torum Sacerdoti addicebant,& reos iuuenes simpli- ci oleo absoluebant, probatur: in primis *Isaia* 33. impios iubetur pignus & rapinam restituere. *Tob.* 2. negatur licitum esse ex furto quidquam edere, aut contingere. *Math.* 17. *Reddite quæ sunt Cæsaris ce- sari. Ad Rom.* 13. *Reddite omnibus debita,cui tributū, tributum; cui vectigal,vectigal,nemini quidquam de- beatis nisi vt inuicem diligatis*; quam particulā *nisi*, facit declaratiuā Soto *lib.* 4. *de iustitia,q.*6. *art.* 2. hoc est solute debita vt seruetur illæsa charitas,quæ alie- num retinendo violaretur. Exceptionem facit Chry- sost.& Aug. *in expositione quarundam propositionum ex epist. ad Romanos*, vt nihil debendum sit præter charitatem,cuius natura est,vt sit perpetua,& prop- terea semper sit impēdenda. Celebris locus est Aug. *epist.* 54. *ad Macedonium*,& refertur *cap. cum tu, de vsuris*,& 14. *q.* 6. *can.* 1. & *regula peccatum, de regulis iur. in* 6. non dimitti peccatum nisi restituatur abla- tum. Quod autem partem rei alienæ Sacerdotibus Græci addicerent,refutantur à Chrys. *tom.* 5. *serm.* 3. *in illud, habentes eundem spiritum fidei*, vbi damnat multis Eleemosinam ex rebus furto sublatis, & *ho- milia* 87. *in Matthæum*, *ad illud*, *dederunt eos in agrum figuli*, vocat huiusmodi eleemosinam Iuda- icam, & diabolicam, & damnari apud Malach. *c.* 2. *Altare meum lachrymis velastis.*

Quanta porrò sit necessitas restitutionis, an me- dij, an solius præcepti, leuis est controuersia, cùm enim sine restitutione, à qua interdum plurima ex- cusant, possit obtineri salus, non est necessaria ne- cessitate medij, vt apparet. An verò sit præceptum affirmatiuum, an negatiuum, de vocibus disputatum esse aduertit Val. 1. 2. *disp.* 5. *q.* 6. *p.* 2. & Soto *lib.* 4. *de iustitia, quæst.* 6. *art.* 2. est enim positiuum, cùm imperetur actus positiuus,quo alienum redditur; est quoque negatiuum,cùm alienæ rei retentio prohi- beatur,per eam enim æquè violatur ius alterius, & continuò ponitur inæqualitas, atque per actionem per quam aliquid ab aliquo rationaliter inuito ca- pitur,quam inæqualitatem omninò vetare debet iu- stitia. Vbi vides quomodo obliget semper, & pro semper hoc præceptum, quia negatiuum est, licèt id non habeat quatenus aliquid affirmatiuum inclu- dit, non tamen peccatur duplici peccato non resti- tuendo, seu retinendo rem alienam, quia præcepta nisi sint formaliter diuersa, non multiplicant pecca- ta, vt dixi 1. 2. Denique quod *Luca* 1. Imperat Christus, *date Eleemosinam*, *& omnia munda sunt vobis*, in quem locum turpiter quondam impegit Erasmus, necessitatem restitutionis inde negans, latissimè explicatur à Molina, *tractatu* 2. *disp.* 716. *numer.* 5. Eleemosina enim tantùm affertur tan- quam medium efficax ad veniam impetrandam, sed non sine pœnitentia, restitutione & aliis necessa- riis.

ARTICVLVS II.

Radices ex quibus oritur obligatio restituendi.

DVæ sunt in vniuersum hæ radices,res accepta, & iniusta acceptio, quam enim addunt aliqui ex contractu,cùm non supponat necessariò aliquem esse læsum aut defraudatum in aliquo cum iniuria formali vel materiali,non pertinet ad hunc locū,sed ad exhibitionem rei quam quis ex iustitia præstare tenetur, quicunque tandem hic sit titulus; quæ ac- ceptio restitutionis amplissima est, obligatio autem ex delicto ad iniustam acceptionem reducitur, sicut & quæ dicitur ex damno dato, nam nisi in aliquo fuerit læsus alter, & careat aliquo quod debeat ha- bere, nulla est obligatio restituendi, vt patet, cùm nulla sit tollēda inæqualitas,aut ponenda æqualitas. 1

Ratione igitur rei acceptæ obligatur ad restitu- tionem qui rē alienam bona fide possidet,vbi enim nouit esse alienam, illam reddere tenetur. Ratione autem iniustæ acceptionis obligatur qui rem alienā iniustè vsurpauit, vel læsit,vel destruxit,vel domino rationabiliter inuito retinuit,siue impediuit ius alte- rius ad aliquid assequendū; neq; necesse est primam rei acceptionem iniustā fuisse,sed solam eius conti- nuationem, vt cùm bona fide euanescente,succedit mala fides,& cōscientia rei alienæ,quæ tamē contra voluntatē domini retinetur, nā continuata illa ac- ceptio iniusta est,vt patet: atque hinc colliges obli- gationē restituendi quæ ex sola re accepta nascitur, non supponere vllam formalem iniustitiam, & in- iuriam, vti facit obligatio ex iniusta acceptione proueniens, vnde etiam fit, vt cum restitutione ratione rei acceptæ nulla coniungatur satisfactio, sicut cum restitutione ex parte iniustæ accep- tionis: tunc enim & damnum illatum reparandum est, & iniuria irrogata compensanda,statim quoque appatet quàm necessaria sit obligatio restituendi, quam vtroque ex hoc capite arcessebamus. Cùm enim iniusta acceptatio contineat iniustē illatū alteri damnum, 2

damnum, eius certè qui intulit dispendio reparari æquissimum est, qui etiam rem alienam bona fide possidet, quamuis sine iniustitia eam occuparit, cùm tamen suam non fecerit, vt suppono, non potest retinere, ne de alieno ditescat, & iustitiæ est inductam inæqualitatem, nullo iure quamuis sine iniuria, omnino emendare.

Plurima verò circa vtramque hanc ad restituendum obligationem, dicenda essent hoc loco, sed quę pertinent ad iniustam acceptionem reliquâ disputatione exponentur, vbi de damnis proximo per iniuriā irrogatis, & earum reparatione sigillatim disputabitur. Quæ autem circa rem acceptā quæri solent, variis in locis magnam partem explicata sunt. Nam in primis quid sit possessor bonæ fidei, quid malæ itē fidei, quid dubiæ, & quænā ignorantia seu iuris, seu facti sufficiat, aut exigatur ad bonam fidem, fusè diximus *cap. de præscriptionibus*. Secundò quid de re aliena facere possit qui illam possidet, in primis an si sciat rem esse alienam, possit eam retinere, & non teneatur dare pauperibus non comparente domino post adhibitam diligentiam, dicam opusculo de dominio. Tertiò an res aliena possit esse materia contractus, dixi libro primo, vbi de materia negotiationis. Quartò an possit vendi aut distrahi aliena res, seu cum bona fide, seu ea cessante, ibidem. Quintò ad quem rei venditæ fructus nondum soluto pretio, aut rescisso contractu pertineant, libro superiori, vbi de venditione. Denique in singulis contractibus exponendis, si quid oriretur iuris circa restitutionem rei alienæ, aut fructuum eius propter dissolutionem contractuum, aut alias causas, discussimus. Quare paucas regulas vniuersales tradam hoc loco circa possidentes bona, vel mala fide rem alienam, eiusque ac fructuum restitutionem.

Prima Regula.

Possidens bona fide rem alienam, si illam consumpsit, neque amplius apud se extantem habeat, non tenetur nisi quantum ex ipsa ditior euasit, restituere.

Explicatio & confirmatio regulæ.

4 Dicitur ditior ex aliena re factus aliquis quando occasione illius, eius bona accreuere, quia nimirum ex illa lucrum reportauit, vel sua non destruxit, cùm aliena consumpsit, ita vt illud augmentum nunc perseueret, nam si lautiùs & splendidius tantùm vixit, aut indutus est quàm fecisset, nec consumptione rei alienæ suis sumptibus pepercit, non est factus inde ditior, sicut si donauit aut lusit, perdiditque, aliàs nihil donaturus, aut lusurus: aut si equo furtiuo vectus, aliàs pedibus iturus, non est ditior quàm fuisset ex re aliena, quæ augmentū, quod restituendum diximus, peperisse debet, non autem bona fide possidentis industria, quæ soli suo authori prodesse debet, neque probanda est Glos. *§. penult. verbo, locupletior, Inst. quibus alienare non licet*, quæ ait tunc aliquem censeri factum ditiorem, quia non est pauperior, quia vbi bonæ fidei possessor consumpta re aliena, sua bona imminuta non videret, cogeretur tanquā ditior effectus rem alienā consumptam magna sui patrimonij iactura restituere. Illam autem regulā *l. in pupillo 47. D. de solutionibus; hoc ipso quod non est pauperior factus, est locupletior*, malè intellexit glos. cit. agit enim de eo qui nō est factus pauperior soluendo, & faciendo id ad quod tenebatur, inuenit enim in suo patrimonio quod non erat inuenturus facta solutione ad quam obligabatur. Incrementum præterea patrimonij occasione rei alienæ cōsumptæ, comparandum est cum puncto tēporis in quo cessat bona fides, nam si durante bona fide illud quoque augmentum fuerit impēsum, & nihil eius extet ad- 6
ueniente scientia rei alienæ, non censetur possessor bonæ fidei factus locupletior, nihilque tenetur restituere, neque rem alienam, neque pretium eius profusum. Hanc regulam sic explicatam tradunt cōmuniter omnes. Sanch. *lib. 2. in decal. c. 23. n. 4.* laudat triginta tres Authores, quāuis aliqui restringant ad consumptionē rei alienæ absque culpa possidentis, sed malè, quocunq; enim modo consumpserit possidens, si apud ipsum perierit, ad nihil tenetur, quia etsi in illa rei destructione peccauerit, etiam grauiter, non tamen peccauit contra iustitiam propter bonam fidem qua possidebat, sola autem culpa iniustitiæ obligat ad restitutionem; quare neq; obligabitur ex iniusta cōsumptione, neque ratione rei acceptæ, vt benè vidit Molina *tract. 2. d. 246. & d. 720.* Rebell. 1. *parte, lib. 2. q. 4. n. 13.* & alij: quare malè Syln. *verbo bellum 1. q. 9. dicto 3.* milites, vbi constitit ipsis de iniustitia belli, quamuis bellando non peccarint, præcepto Principis tecti, damnat ad reparanda omnia detrimenta irrogata, etiamsi non inde ditiores euaserint, quod reiiciunt Victoria *de iure belli n. 33.* Rebell. *q. cit. n. 14.* Molin. *tract. 2. d. 113. & d. 720. n. 3.* Soto *lib. 4. de iust. q. 7. art. 2.* nisi forte explices cum Sanch. *c. 23. cit. n. 6.* Siluestrum de dubio practico quod manserit in militibus pugnantibus, cum illo enim dubio fuit culpa iniustæ inuasionis, & iniusta quoque damni irrogatio.

Ratio verò regulæ traditæ perspicua est, quia hic 5
possessor non obligatur ratione iniustæ acceptionis, cùm hactenus in bona fide fuerit, & bona fide consumpserit: non obligatur etiā ratione rei acceptæ, cùm neque illa extet, neq; aliquid ex illa in suis bonis perseueret, cùm eius occasione non euaserit locupletior: quando autem ditior ex aliena re euasit, illud in quo ditior est, dicitur extare ex re aliena quæ proinde penitus consumpta nō est, *Non enim*, inquit *l. idem sentiendum 78. D. de leg. 2. absumitur quod in corpore patrimonij retinetur.* Illud igitur reliquum reddendum erit, quod malè negant in rebus vsu consumptibilibus Ban. 2. 2. *q. 62. art. 6. dub. 3. con. 4.* & Emanuel Rodrig. *tom. 1. sum. cap. 42. num. 2.* dicunt enim illum qui eas bona fide possedit & consumpsit, non teneri ad restitutionem, quamuis inde ditescat, quia non potest verus dominus easdem numero res à latrone repetere si consumptæ sint, sed solum similes, at similes manent apud latronem, quem suppono potentem ad restituendum; cur igitur qui bona fide eas accepit à latrone, quamuis inde ditescat, obligabitur ad restitutionem, maximè cùm per accidens istas numero res, & non alias res similes ementi bona fide vendiderit, poterat enim alias vendere: non placet tamen hæc limitatio communissimæ sententiæ, Molin. *tract. 2. d. 759. num. 1.* Sanch. *lib. 2. in Decal. cap. 23. num. 3. 4.* & aliis vulgò, qui cibos furtiuos comedentem in conuiuio, volunt restituere, quantum sic suis bonis pepercit, cùm fur non sit rerum istarum dominus, quare quamdiu extant, neque cum aliis ita permixtæ sunt, vt discerni nequeant, datur priori domino rei suæ vindicatio, nec potest possessor eo inuito soluere æstimationē, nō potest transferre dominiū in emērem, aut alio titulo bona fide accipientē, cùm traditio non amplius transferat ad eū qui accipit, quàm esset apud eum qui tradit *l. traditio 20. D. de acquir. rer. domin.* Tenebitur igitur ad restitutionem possessor bonę fidei ratione rei acceptę vtpote alienę,

apud

apud se extantis, in eo in quo ditior factus est per illam, sicut si fuodum, tenue immobilem possedisset. Aliud est quando fur per commixtionem rerum alienarum cum suis factus est earum dominus, manetque potens ad restituendum, vt ostendit Couarr. *Regula, peccatum. 3. parte. initio num. 2.* iuxta *l. si alieni, D. de solutionib.* quia in vno casu transfertur dominium in accipientem bona fide, & non in alio. Neque tamen Bannis viget, nam etiam in rebus non vsu consumptibilibus valeret, si enim eiusmodi res perit, v. g. equus, non potest dominus eandem numero à fure repetere, sed similem, cùm impossibilium non sit obligatio. Sicut igitur tunc manebit ius domino petendi à bonæ fidei possessore id in quo ditior euaserit, ita etiam licèt res sit vsu consumptibilis. In dubio autem an quis ex re aliena ditior euaserit, præsumendum putant non euasisse locupletiorem Tuschus *in conclusionibus practicis, tom. 4. concl. 460. num. 78.* Reb. *1. p. lib. 2. quæst. 3. fin.* Sanchez *lib. 2. in Decal. cap. 23. num. 37. & n. 39.* ait in neutro foro perstante eo dubio esse obligandum ad restitutionem, quia potior est conditio possidentis in dubio, & quia vt quis factus fuerit ditior ex aliena re, non satis est illam fuisse impensam in eius vtilitatem, sed eam præterea in bonis eius remansisse, & patrimonium idcircò auctius esse oportet cùm, cessat bona fides.

Secunda Regula.

6 Possidens bona fide rem alienam, omnes eius fructus industriales facit suos, non autem naturales nisi titulum habeat: omnes tamen tum industriales, tum naturales extantes, cessante bona fide restituere debet vnà cum re, vero domino, aut si consumpti fuerint, quatenus ex illis locupletior factus est, nisi fructus illos possessione triennali præscripserit.

Explicatio & confirmatio regulæ.

Fructus de quibus hîc agimus, sunt illi qui ex re fructifera percepti supersunt deductis expensis quæ illorum colligendorum, quærendorum, & conseruandorum gratia fiunt, quamuis possessor prædo esset, vt dicitur *l. si à patre 39. fin. D. de petitione hereditat.* Alij sunt merè naturales, qui sponte sua nascuntur, alij industriales, qui ab hominis industria proueniunt, non sola, nam ipsa res eos profert, sed non nisi humana industria accedente, & cùm industria, atque ars præualet naturæ, dicuntur industriales, quamuis sint quodammodo mixti. Si natura præualeat, quamuis beneficium culturæ accesserit, nominantur absolutè naturales, quia accessorium denominatur à principali, & præualenti. Hæc omnia cõstant *l. percipiendo fructus 45. D. de vsuris.* Quare malè Coral. *lib. 3. miscellan. cap. 9.* vocat commentitiam hanc fructuum industrialium denominationem. Si dubium sit an industria, an natura præualeat, & an fructus industriales sint, an naturales, iudicis arbitrio standum erit. Quod si neque iudex, neque vir prudens in tanto dubio aliquid liquidè pronuntiare possit, naturales potiùs dicendi sunt, quia concurrentibus naturali, & accidentali ratione, naturalis cæteris paribus præferri debet. His fructibus addit Molina *d. 719. n. 2.* cum pluribus Iurisconsult. alios quos appellant ciuiles; quia non nascuntur ex ipsa re, sed accedente humana industria, propter rem, seu rei vsum, iure ciuili percipiuntur, vt redditus domus, operæ serui, merces iumenti, *l. nauis 62. D. de rei vindicat. & l. domum 5. C. eodem titulo.* Qui fructus non sunt propriè, & verè rei fructus, sed fictè. Sic prædiorum vrbanorum pensiones pro fructibus haberi dicuntur, *l. prædiorum. 36. D. de vsuris.* Quia verò ius ciuile induxit hanc fictionem, voluitque eiusmodi pensiones pro fructibus haberi, idcircò ciuiles nominantur. Quia tamen non proueniunt sponte sua ex ipsa re, idcircò à Theologis, imo & à plerisque Iurisperitis, ad industriales reducuntur. In industrialibus quoque numerat Sanch. *cap. 23. cit. num. 54.* primò lac, cum Glos. *§. si quis à non domino. vers. & cura, Inst. de rerum diuis.* Tusch. *tom. 4. conc. 485. numer. 5.* contra Rebell. *1. p. lib. 2. quæst. 4. num. 2.* quia hominis industria maximè in pascendis custodiendisque ouibus ad lac producendum necessaria est. Secundò caseum, cum Molina *d. 719. n. 2.* Tertiò lanam, contra eundem Rebell. propter eandem rationé. Quartò vuas quæ ex hominis cultura maximè pendent. Quintò oliuas, & ex ipsis expressum oleum. Sextò segetes, & omnia quæ seminantur, quia ingés labor in illis seminandis, colligendis, & colenda terra impenditur, & habetur *l. fructus 45. D. de vsuris.* Septimò animalium fœtus, quoties non nisi magna cura, & labore humano proueniunt, vt in plerisque regionibus contingit, sunt fructus industriales, quando autem non indigent humana cura, & ipsa animalia per saltus & montes errantia, illos pariunt, vt contingit in feris, atque etiam in mansuetioribus animalibus alicubi, sunt fructus naturales; inde iura quæ dissidere videbantur, facilè componuntur. Octauò opera seruorum, quamuis non sint propriè fructus, sed tantùm fictè, numerantur tamen inter naturales, quia in operis seruorum quærendis non versatur domini industria, vt ait Tusch. *tom. 4. concl. 485. n. 24.* partus etiam ancillarum, fructus quoque non sunt propriè, hic tamen numerantur inter naturales, & non meræ industriæ, ex Molin. *d. 719. num. 2.* Ita explicata regula sigillatim probatur.

Prima pars est, bona fide possidentem rem alienam facere suos omnes fructus eius industriales; 7 quam communiter tradunt omnes Doctores, & apertè *l. fructus percipiendo 45. D. de vsuris. & §. si quis à non domino, Inst. de rerum diuision.* dicitur possessorem bonæ fidei efficere fructus suos pro cultura, & cura, quibus vocibus perspicuè indicat fructus industriales.

Secunda pars est, hunc possessorem facere quoque 8 omnes fructus naturales suos si titulum habet, secus si titulo careat: suppono verò posse haberi bonam fidem absque titulo, ostendam enim inferiùs legitimè quandoque præscribi sine titulo, cùm tamen sola bona fides præscribat, & varia alia huius rei exépla affert Couarru. *in regula peccatum. 2. p. §. 8. n. 1.* Facere igitur fructus naturales suos, bonæ fidei possessorem aliquando, *l. bonæ fidei emptor 48. D. de acquir. rerum domin.* tradit, cùm dicat percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantùm eos qui diligentia, & opera eius proueniunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est. Quia verò ibi agit de emptore qui titulum habet, idcircò addidimus, vt fructus naturales fiant possessoris bonæ fidei, necessarium esse titulum præter bonam fidem, maximè quia *l. fructus percipiendo 45. D. de vsuris*, dicitur fructus perceptos ab vxore ex rebus sibi à marito donatis, eius non fieri, & additur. *Sicuti nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris.* Quibus verbis nõ asseritur nullũ bonę

fidei possessorem facere fructus naturales suos, sed tantùm quemlibet eiusmodi possessorem id non habere, nimirum illum qui caret titulo: nam *ex l. bona fides, citata*, constat emptorem bonæ fidei, qui consequēter titulum habet, facere fructus naturales suos. Neque dicas vxorem in *illa l. fructus percipiendo*, non facere fructus suos, & naturales ex rebus mariti perceptos, & nihilominus habere titulū donationis. Repudiantur enim, & improbātur à iure donationes inter coniuges, vt aliàs vidimus, & proinde eiusmodi titulus cùm sit illegitimus, habetur pro non titulo; vnde etiam magis confirmatur nostra regula quam tradit etiam Couarr. *lib. 1. variar. cap. 3. num. 6.* & alij, quos sequitur Sanch. *lib. 2. in Decalog. c. 23. n. 68.* Accedit congrua ratio, cùm enim bona fides destituta titulo, nullum habeat iuris præsidium, non potest se extendere nisi ad proprium factum, eiusque fructus, non autem ad rem alienam, seu eius fructus, cùm sine iuris præsidio alienum nequeat acquiri. Inde facile conciliabis *l. bona fidei, D. de acquir. rerum domin.* & *l. fructus percipiendo, D. de vsuris*, quam conciliationem desperauit Hotman. *in §. si quis à non domino, Inst. de rerum diuisione*, prior enim ait bonę fidei possessorē facere fructus omnes, & non tantùm industriales, suos, nimirum quando præter bonam fidem, habet aliquem titulum. Posterior quæ negat eundem possessorem facere fructus naturales, suos, intelligenda est de possessore destituto titulo, & solam bonam fidem habente.

9 Tertia pars; cessante bona fide omnes fructus tum industrisles, tum naturales extantes adhuc, restituendi sunt vero domino, vnà cum sua re. Suppono autem nihil obstare dominio, obligationem ad restitutionem, quia possidens fideicommissum, aut rem aliam restitutioni subiectam, fit verus eius dominus vsque ad tempus restitutioni præfixum. Illa tamen res dicitur purè non possideri *l. si duobus 3. §. sed quia, Cod. communia, de legatis*, quia illi possessioni mixta est obligatio restituendi, dicitur tamen esse in bonis, neque hoc dominium ita laxum inutile est, quia tunc non datur rei domino vindicatio fructuum, sed alia actio ad illos petendos. Deinde si extante bona fide fructus illos alienet, nullam emptor molestiam à domino pati poterit. Hæc porrò regulæ pars traditur ab omnibus, & colligitur ex *l. certum 22. C. de rei vindicat, & ex §. si quis à non domino, Inst. de rerum diuisione*, & *l. bona fidei*, de qua nuper, ait possessorem bonæ fidei, facere interim fructus suos, vbi notanda est particula *interim*. Itaque hoc dominium fructuum extantium reuocabile est. In dubio autem an extent fructus, an consumpti fuerint, incumbit possessori probare fuisse consumptos, nisi triennium elapsum fuerit ab eorum possessione; tunc enim præsumuntur consumpti. Ita Glos. *in l. vnicam. v. vsucapio. C. si aduersùs vsucapion.* & Doctores apud Tiraq. *de retractu linear. §. 1. gl. 7. n. 51.*

10 Quarta pars: si fructus consumpti fuerint, restituendum esse quantum ex illis possessor factus est locupletior, deductis nimirum expensis, & valore industriæ in illis fructibus percipiendis, & colligendis, quoad fructus naturales communissima est, & traditur *l. si me 32. D. si certum petatur.* De industrialibus verò negant gloss. *§. si quis à non domino, vers. non potest. Inst. de rerum diuis.* & plures Iurisconsulti, & non improbabilem putat Less. *cap. 14. num. 10.* quia iura absolutè tribuunt fructus industriales bonæ fidei possessori; æquitas autem *l. si me, citata*, non potest opponi iuribus apertè contrariis. Sententia tamen quæ fructus industriales comparat naturalibus, hac in parte communior est. XLVI. Authores pro ea laudat, & sequitur Sanchez *cap. 23. cit. num. 77.* cùm enim illi fructus, si extent, sint debiti domino, quod ex illis superesse censetur in eius bonis quæ creuerant eorum occasione, debebitur quoque domino, & sicut qui pingit in aliena tabula fit dominus tabulæ, quæ cedit picturæ, vtpote nobiliori, domino tamen tabulæ pretium soluere tenetur, quia in eo factus est ditior. Ita quamuis in his fructibus producendis natura alienæ rei cedat industriæ quæ præualet, tenebitur tamen possessor id in quo ex illis factus est ditior, reddere. Et denique in petitione hæreditatis hæres qui se talem bona fide putauit, tenebitur quatenus ditior euasit, etiam ex fructibus industrialibus restituere, *l. item veniunt 20. §. præter hæc. l. sed etsi 25. §. 1. & 2.* & *§. consuluit. l. si & rem 22. l. illud quoque 40. D. de petitione hæreditatis*: æquitas autem idem in hoc casu postulare videtur.

Excepi tamen casum possessionis triennalis à die perceptionis fructuum, tunc enim præscripti censentur, vt communiter Doctores tradunt, neque obstat illos fructus esse possessoris, vt diximus, ac proinde non posse vsucapi, quia quod meum est vsucapere nequeo, *l. in bello. §. si quis seruum. D. de vsucapionibus*, quia id verum est solùm quando dominium est irreuocabile. Satis verò est in vsucapionibus diem vltimam triennij esse cœptam, *l. in vsucapionibus 6. D. de vsucap.* cùm in præscriptionibus exigatur integrum tempus de momento in momentum, *l. in omnibus, D. de action. & obligationibus*, quia mobilium vsucapio fauorabilior est: quando tamen fructus non præscribuntur per se, sed solùm accessoriè cum fundo, non exigitur hoc triennium, sed præscripto fundo, ipsi quoque præscribuntur.

Regula Tertia.

Possessor malæ fidei tenetur fructus perceptos ex re aliena, atque eius melioramentis ab ipso possessore factis, restituere domino, quamuis illos non esset percepturus, imò, & fructus quos non percepit possessor, poterant tamen percipi à domino, aut ab eo percepti fuissent, si suam apud se rem habuisset; licebit tamen possessori malæ fidei expensas necessarias quas subiit, deducere. 11

Prima pars, de restituendis fructibus rei alienæ à malæ fidei possessore, perspicua est, neque vlla indiget probatione, quia cùm sciat ille rem quam possidet esse alienam, eam neque asseruare potest, neque ea vti inuito domino; quod dixi etiam extendendum est ad fructus perceptos ex melioramentis factis in re aliena ab hoc possessore: quia ea melioratio cùm sit in re aliena, cedit domino rei, vt & omnia quæ solo alieno adhærent, vt ædificium, arbores, & alia eiusmodi, quamuis separabilia. Secus si sint tantùm affixa, vt ianuæ, fenestræ, lapis pretiosus, vt docet Molin. *d. 725. num. 22.* Cùm itaque res fructificet domino, hi fructus domini erunt. Extenditur præterea hæc obligatio ad fructus qui à domino non fuissent percepti seu ex negligentia, seu alia causa, sufficit enim fuisse perceptus à possessore malæ fidei, vt restitui debeat, cum Less. *c. 12. dub. 17. n. 118.* Molin. *tract. 2. d. 725. n. 4.* Rebell. *1. parte. lib. 2. quæst. 5. n. 4.* Couarru. *in regulam* 12

regulam peccatum, 2. *part*. §. 6. *num*. 4. Sayro *in claui regia lib*. 10. *tract*. 2. *cap*. 3. *num*. 24. Sanch. *cap*. 23. *cit*. *num*. 126. quia res suo domino fructificat, idque non modò valet in fructibus naturalibus & industrialibus, sed etiam in fructibus fictis, & ciuilibus, v. g. locationis fundi, vel domus, nam fructus quos percipit colonus ex illo fundo, sunt veri domini qui impeditur ab eorum perceptione, eo quod possessor malæ fidei eiusmodi fundum locarit. Deinde etsi non petantur hi fructus præcisè, petentur saltem ratione interesse. Neque obstat fuisse à possessore malæ fidei inhonestè perceptos, vt quod ibi excitarit lupanar, nam etiam reddendi erunt domino *l. ancillarum*, *fin. D. petit. heredit*. Couarr. tamen & Sayr. *ll. cit*. hanc assertionem limitant ad fructus extantes, aut ita consumptos vt ex iis ditior manserit possessor, alioquin eum nolunt obligari ad restitutionem possessorem, qui ex iis consumptis non ditatus fuit, quod non putat improbabile Less. *cap*. 12. *num*. 119. *fin*. sed hæc exceptio reiicienda est cum eodem Lessio *ibid*. *n*. 120. Molin. *disp*. 725. *n*. 4. Rebell. *loc. cit*. Sanch. *cap*. *cit*. *n*. 130. quia cùm hi fructus dum extarent, pertinerent ad dominum rei, non ad possessorem malæ fidei, eorum consumptio fuit contra iustitiam, & nocuit domino qui eos integros habiturus erat, nisi fuissent consumpti. Adde hunc possessorem, cùm non restituit, fuisse in mora, ac proinde non liberari à restituendi onere, si tunc pereant, quocunque casu pereant. Si tamen dum possessor operit restitutionis opportunitatem, & cùm in mora non est, pereant hi fructus absque culpa possessoris, & vlla alia noua iniustitia, aut post purgatam moram, non tenebitur restituere nisi quatenus ditior euaserit, vt obseruant Rebell. Lessius, & Sanch. quia tunc cessat omnis iniustitia, & tenetur tantùm ad restitutionem ratione rei acceptæ. Hinc apparet eum qui torquem aureum, aut alienas pecunias ad pompam mala fide locauit, teneri ad restituendum pretium locationis, est enim fructus ipsius rei vsus, & non meræ industriæ.

13 Secunda pars; restituendos esse fructus à malæ fidei possessore, qui percipi poterant, certa est quoad forum externum, quoties defuit titulus illi possessori, quia scienter initio rem alienam vsurpauit, ducitur ex *l. si fundum* 17. *C. de rei vindicatione*; & *l. si nauis* 62. §. *fin*. *D. eodem titulo*. & *l. fructus* 34. *D. eodem titulo*, atque alibi. Idem dicendum est, quando titulus quidem habetur, sed lege improbatur.

14 Quoad forum verò internum, fructus qui percipi poterant siue ab ipso possessore, siue à domino, non sunt restituendi, si certò constaret eos non fuisse percipiendos à domino, quia forum istud intendit tantùm ponere æqualitatem iustitiæ commutatiuæ, ad quam non est opus horum fructuum restitutione, cùm sine illa dominus recipiat quidquid ex sua re fuerat acquisiturus, si non sibi fuisset ablata, immò potius poneretur inæqualitas, quia dominus ex furto ditior euaderet, obtineretque plus quàm habiturus esset, & fur iacturam pateretur restituendo plus quàm obtinuit, ac læsit. Denique non apparet vnde fur obligetur ad hanc fructuum possibilium, sed certò non percipiendorum redditionem: non enim tenetur ratione rei acceptæ, cùm eos non perceperit, nec iniustæ acceptionis, cùm iis non acquirendis non intulerit vllum damnum domino non acquisituro, forum autem externum obligat possessorem malæ fidei titulo destitutum, ad possibilium quoque fructuum redditionem, quia non tantùm resarcit læsam æqualitatem, sed etiam imponit pœnam culpæ, & idcircò aliquando plus restituere iubet, quàm fuerit ablatum. Quoties verò fructus aliquos rei dominus percepisset, illos tenetur restituere in conscientia, possessor malæ fidei, etiamsi illos reverà non perceperit, quia tenetur ad interesse lucri cessantis, & damni emergentis. Ita Molina *d*. 723. *n*. 1. Less. *c*. 12. *n*. 116. Rebell. *p. lib*. 2. *q*. 5. *n*. 1. Emman. Sà. *verbo restit. num*. 16. Nauarr. *lib*. 4 *de restitutione*, *cap*. 1. *dub*. 5. *n*. 34. & 35. Sanch. *lib*. 2. *in Decal*. *c*. 23. *n*. 119. qui *n. seq*. extendit ad eos fructus quos dominus non tantùm communi, sed etiam singulari sua industria percepturus esset, quia in illis reuera patitur damnum, cuius causa est possessor malæ fidei. Nihil porrò necesse est rem illam manere apud possessorem malæ fidei, siue apud alium, quia hoc non impedit quin totius illius damni quod patitur dominus ex non perceptione fructuum, quos ex sua re percepisset, causa sit hic possessor malæ fidei, illud itaque reparare tenetur, & res vbicumque sit, domino suo fructificat.

Ad extremum dixi posse à possessore illo deduci 15
expensas necessarias factas in iis fructibus colligendis, vt & valorem sui laboris: quod concedit ius commune præterquam in alimentis serui furto subrepti, *l*. 1. *C. de infantibus expositis*, expensas autem vtiles neque per actionem, neque per retentionem consequi poterit: qua de re consule Couarr. *in reg. peccatum*, 2. *p*. §. 6. *num*. 3. In foro autem conscientiæ has omnes deducere licet, vt ait Molin. *tract*. 2. *disp*. 725. *fin*. Rebel. *lib*. 2. *q*. 8. *n*. 3. Less. *cap*. 12. *n*. 121. & alij relati superiùs, quia debet indemnis seruari hic possessor, neque eius expensis dominus ditescere debet nisi id à lege in pœnam imponatur possessori malæ fidei. Vide Leotard. *quæstion*. 95. *de vsuris*.

Quarta Regula.

Quando bona, & mala fides sibi succedunt in ea- 16
dem persona, consideranda sunt singula momenta quoad fructus consumptos restituendos, nam circa illos qui consumpti sunt, cùm possideret mala fide, habendus est pro possessore malæ fidei, & circa consumptos, cùm bona fide possideret, pro bonæ fidei possessore habendus quoque est, *cap. si virgo* 34. *q*. 2. & *l. qui bona fide* 23. *D. de acquir. rerum domin*. neque aduersatur *l. qui scit* 25. *ad fin. D. de vsuris*, vbi dicitur eum non mala fide possidere, qui scit fundum alienum, sed bonæ fidei esse quoad fructus percipiendos, quamdiu fundus euictus non fuerit: nam hæc lex agit tantùm de iudiciaria cognitione, quæ inducit malam fidem præsumptam, atque non induci malam fidem eo quod cognoscat rem esse alienam possessor, significatque non statim possessorem esse malæ fidei, atque res petitur in iudicio tanquam aliena, & intentatur lis, sed tantùm vbi euicta fuit: lex autem, *qui bona fide*, loquitur de cognitione extra iudicium & propriæ conscientiæ, cùm quis certò nouit rem, quam possidet, esse alienam, & tunc incipit non facere fructus suos, vt diximus: debet autem esse sufficiens ratio propter quam moueatur iudicium & conscientia circa rem quæ possidetur, an aliena sit, an non. Dixi verò spectanda esse singula ista momenta, cùm bona & mala fides sibi succedunt in eadem persona, nam aliquando hæc successio contingit ratione diuersarum personarum. Defunctus v. g. fuerit in bona fide, & hæres in mala, tunc hæres tenetur omnes fructus restituere tanquam possessor malæ fidei, *l. quæsitum est* 40. *D. de*

acquir. rerum dominio. Si autem defunctus fuit in mala fide, & hæres in bona, tunc si hæres sit vniuersalis, quia censetur eadem persona cum defuncto, non facit fructus suos, *l. cum heres* 11. *D. de diuers. & tempor. præscrip.* quod ita intelligit Sanch. *n.* 155. vt hic hæres non obtineat fructos, aliáve possessori bonæ fidei concessa à iure ciuili, cuius fictione est eadem persona cum defuncto, obtinebit tamen effectum quem iure naturali prodocit bonæ fidei possessio, vt neque rem, neque fructus consumptos teneatur restituere, nisi quatenus ditior euasit.

Interdum potest in vno, eodemque possessore reperiri bona & mala fides ratione diuersorum iurium, aut partium eiusdē rei, aut titulorum; & tunc quoad vnam partem censendus est bonæ fidei, secundum alteram malæ fidei possessor, atque ita se gerere debet. Quod si diuersam fidem habeat ratione diuersarum personarum, quia putat rem esse Petri, cùm reuera sit Ioannis, esse simpliciter malæ fidei possessorem, neque posse rem præscribere, tradit Couarr. *in reg. possessor.* 2. *p.* §. 8. *n.* 5. Sanch. *cap.* 23. *cit. n.* 157. Molin. *tract.* 2. *disp.* 63. Idem tamen Molin. *disp.* 23. *n.* 4. monet esse possessorem bonæ fidei, & non teneri vero domino, nisi ratione rei acceptæ, & quantū ex illa consumpta ditior euaserit, quia non peccauit aduersùs dominum illius, non peccauit etiam contra iustitiam, sicut si accepisset iniustè contra conscientiam errantem, existimans esse alienam, quam postea propriam esse deprehendit, non obligaretur ad restitutionem.

ARTICVLVS III.

Ex qua culpa nascatur obligatio ad restitutionem.

Altera radix obligationis restituendi erat iniusta acceptio, qua iniustè læditur proximus. De hac radice duo quærenda sunt in vniuersum, de singulis enim damnis iniustè illatis proximo fusiùs dicemus inferiùs. Primum est, quænam culpa sit necessaria, vt damnificatio ista obliget ad restitutionem. Secundum, an omnes qui quocumque modo damnum inferunt teneantur illud reparare, circa primam difficultatem, sit hæc.

Regula vniuersalis.

1 Sola & omnis culpa theologica, iniustitiæ obligat in conscientiæ foro ad restitutionem eum qui alteri damnum intulit, dolus verò, & culpa iuridica lata, non autem leuis, aut leuissima, eandem obligationem inducit in foro externo, secluso contractu.

Explicatio Regulæ.

Suppono in primis vulgarem distinctionem culpæ theologicæ, & iuridicæ. Theologica est peccatum contra diuinam legem, rectamque rationem seu veniale, seu mortale, de qua culpa solùm disputant Theologi, non Iurisconsulti. Culpa iuridica definitur à Barth. in *l. quod necessaria, D. depositi,* deuiatio ab eo quod bonum est, quodque per hominis diligentiam potuit præuideri. Quod enim ita euenit vt hominum etiam diligentissimorum diligentiam subterfugiat, casus inopinatus & fortuitus dicitur, non culpa. Diuiditur autem culpa ista in latissimam, latiorem, latam, & leuissimam. Latissima, est dolus apertus. Latior est dolus præsumptus, dolus autem est calliditas, & astutia qua fit, aut omittitur quidpiam ad circumueniendum alium. Culpa lata, est omissio eius diligentiæ, quam passim homines in aliqua re solent adhibere, quæ omissio fit tum aliquid committendo, tum quidpiam omittendo. Culpa leuis est omissio eius quod diligentes in ea re fecissent. Culpa leuissima est omissio eius quod diligentissimi fecissent. Maluit tamen Molin. *disp.* 293. *n.* 5. & Rebell. *lib.* 2. *q.* 10. *n.* 13. diuidere culpam iuridicam vniuersim sumptam, in dolum, & culpam pressius acceptam, & dolum deinde in verum, & apparentem; culpam in latam, leuem, & leuissimam. His obseruatis singulas partes assertionis paucis ostendo. 2

Dixi in primis solam culpam theologicam iniustitiæ obligare in conscientia ad restitutionem, itaque excludo culpas contra charitatem, aut aliam quamlibet virtutem, quæ est cōmunissima sententia, quia per hanc tantùm culpam violatur ius alienum, & ponitur inæqualitas, quam reparat restitutio, quæ solius quoque iustitiæ actus dicitur: quare etsi quis deneget pauperi in extrema necessitate constituto, eleemosynam, non tenebitur ad damna inde consequuta, quia ille pauper non habebat ius in rem, & eleemosyna manebat mansitque semper in dominio diuitis, quamuis pauper licitè posset, etiam inuito domino sibi accipere, teneretúrque dominus dare in eo momento pauperi, non tamen si non det, damna inde nascentia, reddere nisi ex eadem charitate. Quod si dicas habere pauperem extremè indigentem rigorosum ius ad eleemosinam, tenebitur diues ex charitate & iustitia illam dare, atque ita manebit quod vnum modò intendimus, obligationem restitutionis ex sola iustitiæ violatione nasci. 3

Eadem particula *sola,* excludit culpam iuridicam, quæ si non coniungatur culpæ theologicæ, sicut accidit in culpa lata, nullam parit obligationem in conscientia, etsi damnum consequutum fuerit. Ita Couarr. 2. *part. epitom. in* 4. *decretal. cap.* 6. §. 8. *num.* 12. Rebell. 1. *part. lib.* 2. *quæst.* 10. *num.* 18. Lessius *cap.* 7. *num.* 26. quia nulla est ibi iniusta acceptio seu damnificatio, cùm nihil peccaueris propter naturalem inconsiderationem, obliuionem, aut causam aliam quamlibet, nulla etiam est res acceptæ quæ reddenda sit, & tunc ratione solius acceptæ rei, necessitas restitutionis oriretur, & non iniustæ acceptionis & culpæ, de qua agimus. Deinde nullus supponitur contractus hoc loco, leges autem ciuiles non obligant nisi in foro externo, quia vbi est negligentia quam plectunt, præsumitur esse culpa quædam, vnde & appellatur culpa iuridica, quasi vim tantum obtineat in iure. Quare qui oblitus est casu puteum operire, aut lucernam extinguere, aut domum claudere,

dere, non obligatur inde nata detrimenta subire, hæc enim omnia fortuitis euentis tribuenda sunt: quam assertionem veram esse volunt etiamsi damnum ita præter mentem inculpabiliter inferens, vacet rei aliàs illicitæ, & iniustæ, Rebell. *loc. cit. num.* 19. & Bonac. *disp.* 1. *de restit. quæst.* 1. *part.* 4. §. *vnic. num.* 11. Molin. *tract.* 2. *disp.* 728. *num.* 2. *&* 3. modò id damnum, omninò per accidens sequatur ex re illicita, cui vacatur, non autem ex natura rei attentis variis circumstantiis, vt si fur ingrediens domum, casu eam succendat, non est reus incendij quod ex furto etiam nocturno non sequitur necessariò. Secus si noctu ingrediens idem fur aliquid pretiosum offendat, quod conterat, eius damni causa erit. Atque ita adulter licet non cogitet de prole, & damnis quæ ex ea suscepto marito, & aliis liberis adulteræ contingent, tenetur tamen de illis, quia ista actum adulterij ex natura sua consequuntur. Atque hæc videtur mens perspicua S. Thom. 1. 2. *quæst.* 73. *art.* 8. quia ibi nulla culpa interuenit, cùm damnum illud neque præuisum fuerit, neque præuideri potuerit, aut debuerit. Quod autem sequatur ex re illicita, hoc nihil facit ad refundendam culpam in eam damnificationem, quæ perinde ex re licita potuit oriri.

4 Dixi secundò omnem culpam theologicam, siue mortalem, siue venialem contra iustitiam obligare ad restitutionem, quod de culpa veniali negat Less. *cap.* 7. *num.* 27. Sanchez *lib.* 2. *in Decal. cap.* 23. *num.* 10. Sequimur verò Reginald. *lib.* 10. *num.* 74. Rebell. *quæst.* 10. *cit. num.* 17. Bonacinam *part.* 3. *quæst.* 1. *disp.* 1. *de restitut.* §. *vnic. num.* 5. qui tamen non rectè probat, quia sequeretur eum qui ingentem quantitatem subriperet per minuta furta venialia, non obligandum esse ad restitutionem, quia saltem ratione retentionis tenebitur. Probatur itaque, quia obligatio restitutionis non est ex solo damno dato, sed iniustè dato, vt constat ex superioribus. Atqui quando contingit culpa venialis, contingit iniustitia, ergo & obligatio saltem sub veniali, cùm omnis culpa contra iustitiam commutatiuam expietur tantùm restitutione. Quia verò durum videtur iniustitiam venialem obligare sub mortali ad restitutionem, aut quempiam teneri restituere ingentem summam, vt decem millium aureorum, tantùm sub veniali, quod vnicum obiiciunt aduersarij; Respondet Rebellus quantitatem & mensuram obligationis non essa sumendam ex sola culpa veniali, sed etiam à damno reparando, si enim præcisè spectetur culpa venialis, non obligat ad totius damni reparationem, quia pœna restitutionis, quæ est naturæ iure annexa iniustitiæ, debet esse proportionata culpæ, quæ cùm sit minor quàm mortalis, minorem pœnam exigit, quare pro grauitate culpæ crescit obligatio restituendi. Sed non placet, restitutionem esse pœnam iure naturæ inductam, alioquin quando nulla fuit culpa, non esset necessaria restitutio, neque vnquam obligaret ratione solius rei acceptæ. Præterea restitutio est actus iustitiæ, non pœna iniustitiæ, cùm sit reparatio æqualitatis ad quam ex sua natura iustitia obligat, vt patet. Mallem dicere cum Lessio in culpa veniali esse tantùm imperfectam quandam iniustitiam, & iniuriam, ac proinde non inducere nisi imperfectam quandam obligationem, quæ non sit nisi sub veniali. Si autem damnum sit notabile, etsi culpa fuerit tantùm venialis in eo irrogando, omissio tamen reparationis erit mortalis, & qui inconsideratè famam alicuius grauiter læsisset, vbi id aduertit, tenebitur sub mortali illam reparare, & qui ex motu aliqua ex parte indeliberato, alium occiderit, ad restitutionem, quæcumque pœna tandem homicidio debeatur, obstringetur sub mortali, saltem quia tunc retinet rem notabilem, quam obligatur reddere sub graui quoque culpa, non tantùm ratione iniustitiæ quæ commissa est in violatione iuris alieni, illa enim fuit tantùm venialis, vt supponitur, sed ratione eius quæ committitur in retentione & continuata violatione eiusdem alieni iuris. Denique sicut nihil prohibet peccatum ex suo genere mortale, fieri nihilominus veniale ratione materiæ, vt patet in furto, ita nihil impedit culpam ex suo genere venialem, deinde grauitate materiæ, aut damni consequentis, vbi plena aduertentia accesserit, fieri mortalem, vt in mendacio videmus, crescente ex nocumento quod infert.

Dixi tertiò solam culpam iuridicam latam, non autem leuem, aut leuissimam, obligare ad restitutionem: Et quidem de foro conscientiæ certum est, cùm nemo teneatur adhibere diligentiam, ne alteri noceat, nisi quam homines diligentes, & probi, passim adhibere solent; ad eam tamen, quando est periculum damni alieni, tenetur, quare ea omissa peccat etiam theologicè, & non solùm iuridicè, ac proinde tenetur in conscientia vi iniustæ damnificationis, aut iniustæ ablationis, quoad forum externum, si contractus obligationem secludamus, illa enim aliquando etiam ex leui culpa nascitur, vt suis locis dictum est. Non obligari quoque nisi ex culpa lata, non leui, aut leuissima, inde patet, quod nemo teneatur ad casus fortuitos, ad quos pertinent damna quæ accidunt ex culpa leui, aut leuissima, neque obstat scientia concomitans, aut etiam intentio, seu volitio, vt contingeret casus ille fortuitus; quia illa facit tantum culpam internam, quæ non plectitur à foro externo, immò ea voluntas, & scientia concomitans non est causa damni consequuti; qui enim adhibuit sufficientem diligentiam, vt videret an lateret homo, an fera, vbi tamen explodit fistulam, cogitat etiam adhuc posse latere inimicum, idque optat contingere, immò ea de causa libentius explodit, non est reus nisi interni homicidij, non externi, neque tenebitur ad restitutionem: sicut nec Chirurgus, qui vbi adhibuit omnem diligentiam quam tenetur, etiamsi non adhibeat quam diligentissimi, aut diligentiores adhibent, quia potius optaret ægrotum emori, quam sanari, non obligatur ad restitutionem, inquit Lessius *c.* 7. *n.* 25. quia fecit id totum quod ex iustitia facere tenebatur, ait tamen Rebell. *q.* 10. *cit. num.* 10. damnum passo concedi actionem aduersus damnificatorem, qui in sola culpa iuridica fuisset, hoc est leui tantum, aut leuissima, quia lata culpa habet adiunctam theologicam, si ille daret operam rei illicitæ propter præsumptionem fori externi. *ex l. in lege, D. ad legem Aquiliam.* Si autem vacabat rei licitæ, non esse ius agere aduersus eum, neque iustè à iudice iuberetur totum illud damnum resarcire. Excipitur causa incendij ob aliqua iura, sed ea præsumunt culpam latam, non autem leuissimam, licèt eam videantur punire, maximè quando in committendo contingit, atque ita explicabis *c. vlt. de iniuriis, & Can. consuluisti* 2. *q.* 4. & *l. qui occidit* 30. *D. ad legem Aquiliam.* Ibi enim aut lata culpa, aut etiam dolus, vt in *l. cit.* supponitur. Sed de distinctione vacantis rei licitæ & illicitæ, alibi disputamus. 5

Hæc regula hactenus præscripta extendenda est 6 primò ad eum qui causa est damni alicuius propter culpam commissam in obeundo suo officio: non tenebitur

nebitur

nebitur enim nisi ex culpa graui, seu lata ad restitutionem, quia non obligatur maiorem adhibere diligentiam, quàm soleant passim, & vulgò homines in eodem officio agendo, nisi se ille diligentiorem, immò & diligentissimum fore pollicitus esset, atque ea spe persuasisset aliis, vti sua opera, quia tunc tenetur ad diligentiam quam promisit, & ad damnum ex eius omissione sequutum, saltem quantum valebat spes illa, qua alter sperabat se peritiorem diligentioremque nactum esse.

Secundò extenditur ad consulentem, quoties est illius professionis, ad quam pertinet materia de qua quis consulitur, quare obligabitur ad damnum sequutum ratione ignorantiæ crassæ, & culpæ latæ, vt si obliget ad restitutionem eum qui non erat reuera obligatus, aut dicat contractum inualidum, vel illicitum, qui reuerà validus, aut licitus erat, quia tenetur ex officio illud scire, & decipit alterum cui respondet tanquam peritus. Ad nihil tamen tenebitur primò si sequatur opinionem probabilem. Secundò si solùm suam aperiat mentem, & se sentire, non suadeat tamen quidquam alteri, sed permittat sequi quod libuerit, aut alium adire. Tertiò si dicat se dubitare. Quartò si habebatur parum peritus à consulente, quia v. g. non est eius professionis, nisi agatur de damno tertij, nam tunc non potest quis suadere aliquid, aut consulere in damnum tertij, nisi sciat certò id licitum esse, quamuis ignoret inculpabiliter esse illicitum.

ARTICVLVS IV.

Quinam damno alieno cooperantes obligentur ad restitutionem.

Regula vniuersalis. 1.
Explicatio. 2.
Omnis causa efficax, proxima, & directa damni tenetur ad restitutionem. 3. 4. 5.
Mandans quomodo teneatur. 6.
De consulente. 7. 8.
De aliis causis moralibus. 9. 10. 11. 12.
Quid si tuus seruus, aut animal damnum fecerit. 13.
Quid de causa indirecta, seu non impediente. 14.
Consectaria. 15.
An singuli cooperantes teneantur in solidum. 16.
Quis ordo inter eos. 17.
An qui impedit à boni consequutione teneatur ad reparationem. 18. 19.
Consectaria. 20.

Regula vniuersalis.

1 QVi est causa efficax, & proxima dãni alterius, vel directa positiuè in illud influendo, & concurrendo, vel indirecta, non agendo aut ponendo quod agere debebat ex officio, & iustitia, tenetur ad restitutionem, vel in solidum si totius damni concausa fuit, cum ordine tamen ad alias concausas; vel partis, si solius partis damni causa fuit. Qui sine fraude, & vi impedit alium à consequutione rei sibi non debitæ ex iustitia, non tenetur ex iustitia, ad restitutionem.

Explicatio Regulæ.

Suppono in primis aliquem posse concurrere ad damnum alterius duobus modis, directè, & positiuè influendo in illud, seu moraliter, seu physicè, quod fit cum exequendo immediatè ipsam actionem damnificantem, tum iubendo, consulendo, consentiendo, mandando, palpando seu adulando, præsidium, & securitatem præbendo iniustè agenti, & ipsi denique damno seu lucro ex illo prouenienti participando. Secundò cooperatur aliquis ad damnum alterius negatiuè, omittendo aliquid ad quod tenebatur ex iustitia, & quo fuisset impeditum tale damnum: quod fit tacendo, non se opponendo, & non manifestando, qui omnes modi exprimuntur vulgaribus his versibus. 2

Iussio, consilium, consensus, palpo, recursus,
Participans, mutus, non obstans, non manifestans.

His addi potest alius modus quando quis ab aliquo bono assequendo impeditur, patitur enim damnum dum caret bono quod erat habiturus, nisi fuisset impeditus, hoc autem impedimentum sæpius actione positiua ponitur, aliquando tamen negatiua, & de eo etiam hoc loco agendum est.

Dixi igitur primò omnem causam efficacem, proximam, & directam damni alterius teneri ad restitutionem. Causam appello, non conditionem tantùm, sine qua non fuisset positum damnum, vt rectè obseruauit Valent. 2.2. *disp.* 5. *q.* 6. *p.* 3. nam inde sequeretur eum sine quo damnum fuisset positum, etiamsi in illud influxerit, non teneri ad restitutionem, vti concedit Nauarr. *cap.* 7. *num.* 10. Rebell. 1. *part. lib.* 2. *quæst.* 14. *num.* 5. Couarr. *in regula peccatum,* 2. *part.* §. 12. *num.* 1. Castro *lib.* 2. *de lege pœnali, cap.* 13. verùm id, vt ait ibidem Valent. Caietan. *in art.* 7. *quæst.* 62. Lessius *cap.* 13. *num.* 2. non est credibile, & negatur ab Authoribus in contrarium allatis, neque id asserit eo sensu, vt qui consulit, aut exequitur actionem damnum inferentem, non obligetur, si alius similiter exequuturus aut consulturus, fuisset: nam sicut si alium consuluisset, aut esset exequutus, teneretur ad restitutionem; ita ipse qui reuera consuluit & exequutus est, tenetur quoque ad restitutionem; sicut qui furatur aut occidit, licèt alius esset furaturus aut occisurus, non eximetur obligatione restituendi. Satis igitur est vt reuerà influat in effectum causa moralis, vt vera causa eius censeatur, hoc autem exigo, vnde appello causam efficacem, nam si idem, & eodem modo factum esset, etiamsi neque hæc causa consulens, mandans, exequens, neque vlla alia similis concurrisset, non erit causa efficax damni, in quod nulla ratione influxit, nec in substantiam actionis, nec in modum eius, nam neque vi talis causæ posita est actio, neque modus, cùm neque citius, neque atrocius, neque obstinatius, neque amplius damnum inferatur vi huius causæ, quæ idcircò se habet omninò concomitanter. Atque ita Doctores contrarij sunt exponendi, & cùm dicunt non obligari ad reparationem damni, quod citiùs, animosius, aut alio loco ponitur, modò hac causa, aliáve simili non interueniente, actio secundum suam substantiam eadem fuisset ponenda, quia tunc talis causa moralis, non est causa, nisi concomitans, & reuerà non ponit eam actionem, eiúsve effectum, sed modum tantum quemdam, & circumstantias, ratione quarum nolunt obligari ad restitutionem, aut saltem non ad totam, seu eam quæ debetur ex substantia actionis ipsius damnificantis, sed solùm quæ respondeat modo, ac circumstantiis ad 3

quas

quas causa de qua agimus concurrit. Quæ videtur sententia S. Thomæ *in 4.dist.15.quæst.1.art.5.ad 3.* Nauarr. & aliorum adductorum superiùs, & probabilem fatetur Less.*cap.13.num.7.* cui adhæreo contra Bonacinam *disp.1.quæst.2.part.7.num.5.*

4 Hæc eadem particula causæ efficacis reiicit solam occasionem, quia occasio non est causa, v. g. qui scripsit litteras quæ fuerunt occasio damni alicuius tertij, leniter & temerariò credentis. Hanc præterea efficacitatem causæ volo esse certam, non dubiam, quare qui dubitat an ex sua actione damnum proximi sequutum fuerit, quamdiu dubius hæret, facto diligenti examine, immunis est ab onere restituendi, cùm in dubiis melior sit conditio possidentis, quæ maxima tum in omnium virtutum materia, vti ostendimus 1.2. cum Sanche. valet. tum maximè in materia iustitiæ ex omnium consensu. Hoc autem dubium debet esse de damno sequuto, & reuerà illato, non autem de sequuturo, ex propria actione, etiamsi enim quis dubius sit an actio quam aggreditur, futura sit damnifica, vbi tamen constiterit de damno tenebitur ad restitutionem, peccauit enim contra iustitiam exponendo se periculo faciendi actionem damnificatiuam, & reipsa damnum iniustè intulit. Quando verò constat quidem vnum aliquem ex quatuor v. g. damnum intulisse, quis autem illorum sit dubitatur, vnusquisque obligatur ad restitutionem pro rata dubij maioris, aut minoris, quia possessio stat pro delicto, neque maior causa est obligandi vnum potiùs quàm alium, si æquale dubium foret.

5 Particula, *proxima*, excludit causam tantum remotam, quam aliqui confundunt cum occasione iam reiecta: Qui enim v.g. alicui impegit colaphum, qui iniustam iniuriam tam ægre tulit vt inde inciderit in morbum, ex quo denique obiit, non est reus illius homicidij, neque ad restitutionem tenetur, quia alapa non fuit causa mortis, nisi remota admodum, & sola ferè occasio. Sic qui deponit pecunias apud vsurarium, quem præuidet abusurum & daturum in fœnus, peccat nisi vrgeat iusta causa ad eam depositionem, non obligatur tamen ad restitutionem vsurarũ, vt ait Rebel.*2.p.lib.8.q.16.n.20.*& Molin.*disp.331.* qui dicunt id peccatum non esse contra iustitiam, sed solùm contra charitatem, qua tenetur peccatum vsurarij, & aliorum damna vitare. Sanch. tamen *lib.1.in Decal.c.7.n.36.* concedit quidem peccari contra iustitiam, sed remotè tantùm & indirectè, & idcircò non obligari ad restitutionem, nam proxima, & directa causa vsurarum fuit tum peruersitas fœnerantis, tum eius qui postulauit, accepitque ab eo pecunias, cum onere vsurarum, quæ ratio sufficiens visa est, ad excusandum ab omni culpa hunc depositorem, Caiet. *2.2.q.78.art.4.fin.* Aragon. *ibid.q.62.art.5.in solut.ad vltim.& q.77.art.4.dub.1.in 1.modo quo vitiatur negotiatio.*

6 Hinc elicies quid sentiendum sit de sex vulgaribus modis influendi & cooperandi moraliter damno alterius. Primò igitur mãdans seu iubens inferri damnum, toties ad restitutioné illius tenetur, quoties verè ex eius mandato sequutum est damnum, non autẽ secus. Itaque si reuocauit mandatum, & reuocatio innotuerit mandatario ante exequutionem, ad nihil tenetur, neque si mãdatarius qui iussus erat à Caio occidere Titium, nouit iam inirã pacé, & redintegratã amicitiam inter Caium & Titium, & nihilominus pergit occidere, quia in his casibus non est influxus vllus mandantis: qua etiam de causa non tenetur ad id quod præter fines mandati cõmissum est, vt si occiderit, qui iussus erat tantùm ferire, quod tamen intelligo, modò damnum non esset necessariò connexũ cum eo quod inferre iussus erat, ita vt vnum esset medium ad alterum, aut effectus eius necessarius, nam vtriusque tunc reus erit mandans: sicut etiam si occidat Titium iussus occidere Caium, aut si respuerit initio mandatum, illud tamen deinde exequutus fuerit.

Secundò consulens Caio delictum ad quod non erat paratus absque eius consilio Caius, tenetur ad restitutionem, si autẽ paratus erat, quia nihil influit, non tenetur: neque sufficit consilium ante factum reuocare, vt ait Molin.*disp.731.* Less.*n.16.c.13.* qui tamen *n.17.* non putat improbabilem contrariam opinionem Petri à Nauarr.*lib.3.de restit.c.4.n.27.* communis autem probatur, quia vbi persuasisti malum, motio illa impressa exequenti, vi cuius agit, semper manet, nisi dissuadeas, ac proinde influit verè in illã actionem tanquam mouens moralis, neque per retractationem consilij impeditur hic influxus, qui nõ est amplius in tua potestate, quod in mandante non valet, cùm enim mandatarius non agat nisi nomine mandantis cuius personam sustinet, vbi cessat & reuocatur mandatum, cessat influxus mandantis, & si quid sequatur, totum mandatario tribueretur, si tamen consilium fuerit falsum, sufficiet eius reuocatio, cognita enim veritate, sola sua peruersitate agit, qui consilium petierat. 7

Consilium minoris mali, cùm quis non potest auerti à maiori, licitum esse, & proinde non obligare ad restitutionem, communissima sententia est apud Sanch.*lib.7.de matr.disp.11.à n.15.* qui etiam extendit, ad eum qui reipsa iuuat delinquentem, modò nõ sit actio intrinsecè mala, quia tunc non cooperatur nisi præcisè ad minus malum. Hæc omnia tamen intelligenda sunt respectu eiusdem, nam si parato furari centum Titio, suadeas accipere tantum quinquaginta à Caio, de quo non cogitarat fur, es causa efficax damni illati Caio, qui nihil absque tuo consilio fuisset passus. Si tamen de Titio & Caio cogitarat, sed versabatur in dubio à quo acciperet centum, poterit in vniuersum suaderi accipiat tantum quinquaginta, non autem poterit persona à qua potius accipiat, quia fieri poterat vt ab illa non acciperet, quare tuo consilio illi noces. Denique hæc restitutio ad quam diximus obligari consiliarium in allatis casibus, non est intelligenda de damnis quæ patitur ob patratum crimen, ille cui consilium datum est, maximè petenti, suæ enim imprudentiæ ea omnia mala imputet oportet. 8

Tertiò consentiens si suo consensu & suffragio nihil præster ad damnum inferendum, quia iam tota res decreta erat, neque ipse obsistere potest, non obligatur ad illud damnum reparandum. Atque ita magnates excusari possunt dum decreto de bello iniusto, ipsi deinde suffragantur, si omnium suffragia necessaria sint ad aliquod damnum proximi, iniustã v.g. sententiam, omnes tenentur ad restitutionem: si maioris tantum partis, aut medietatis, vbi habentur suffragia necessaria, qui posteriores accedunt, ad nihil tenentur, quia reuerà non sunt causa efficax huius sententiæ, neque damni consequuti, nisi fortassis sperent alios reuocaturos sua suffragia, si ipsi recusent in eandem ire sententiam, ad id enim ex officio tenebuntur, & nisi faciant, damnũ iniustè creabunt proximo, vt dicam statim; neque par est conditio priorum suffragatorũ, qui enim primi consentiũt in rem iniustam, etiamsi certò nouerint posteriores omnes idem opinaturos, tenentur ad restitutionem, quia reuerà influunt in damnũ quod nondum erat. Quod autem alius sit creaturus idem damnum, non impedit obligationem eius qui reuerà intulerit, vt 9

diximus.

diximus. Qui dubitat an suo suffragio causa fuerit damni, excusatur à Rebell. damnatur à Bonacina. Pro ratione dubij agendum videtur.

10 Quartò palpans qui laudat malum inferentem, aut adulatur, aut exprobrat ignauiam, seu quid aliud non agenti quidpiam, estque causa damni, tenetur ad restitutionem, vt si exprobret marito vxoris adulterium, & sit causa cur adulterum occidat, secus autem si tantùm post factum laudet, & sua laudatione, vel vituperatione non influat vlla ratione in damnum, nam tunc ad nihil tenetur.

11 Quintò receptans malefactorem, aut præbens securitatem, aut asseruans prædam, prout influet in damnum proximi, illud reparare debebit, qui autem furem, & res furtiuas domo excipit, debet vero domino restituere subrepta, sed non tenetur furem dedere, aut manifestare, immò neque debet, quod si ex ea manifestatione vereatur aliquod periculum, debet per Confessarium, aut alium secretè & occultè restituere domino, cui sic non facit vllam iniuriam. Si autem amicitiæ tantùm causa, aut alia simili, excipiat domi furem, & quemlibet einsmodi delinquentem, nec propterea præbeat securitaté ad malè agendum, aut persistendũ in delicto, imò etiãsi iuuet ad fugiendum, non tenebitur ad vllã restitutionem.

12 Sextò participãs in opere damnificatorio, sed non intrinsecè malo, metu coactus, aut quapiam rationabili causa, neque peccat, neque proinde tenetur ad restitutionem, vt Christiani in triremibus Turcarũ metu mortis remigantes, rustici qui asportant coacti prædas à militibus actas; præbens ex eodem metu suas claues, aut instrumenta ad arcas perfringendas: qui autem participat in actione intrinsecè mala, peccat contra iustitiam si ex ea aptum sit sequi damnum, & tenetur ad restitutionem, vt qui occidit, cum alio fores effringit, rem subripit; qui autem tantùm ratum habet damnum suo nomine illatum, non participat damno illi illato, quare non tenetur ad restitutionem, neque ex re accepta, neque ex iniusta acceptione, cùm nihil alienum habeat apud se, neque influxerit in damnificationem iniustam quam præsupponit ratihabitio, quæ grauiter violat charitatem.

13 Si damnum inflictum fuerit per tuum animal, aut seruum tua negligentia, & culpa lata, tibi imputabitur, & ad totius damni reparationem obligaberis *l. si seruus 2. D. de noxal. action.* & *l. si culpa 9. D. de iniur. & damn. dat.* Si nulla fuit tua culpa, teneris tantùm vel noxium dedere, vel damnum compensare, quia nõ teneris nisi ratione rei tuę quę est obnoxia restitutioni, cùm autem illa nihil habeat à se distinctum quod pro damno accipi possit, licebit ex illius, vt ita dicam, corpore se compensare, non teneri tamẽ ante sententiã iudicis, neque iure naturali, neq; positiuo, putat Less. *c. 9. d.* 17. quæ enim iura in contrariũ afferuntur, pertinẽt tantum ad forum externum. Præterea si animal aut seruus desinant esse in potestate domini, desinit quoque actio aduersus eum. *Inst. de noxal. action. §. omnis autem.* Ex delicto autem filij, nõ tenetur pater, si nulla eius culpa interuenerit, itaque non tenetur aut dedere, aut damnum cõpensare, tum quia cùm filius sit liber, pro suis delictis conueniri potest, tum quia non habet pater eã potestaté in corpus filij. Verùm de istis causis moralibus, mandãtib. maximè, & cõsulentibus, vide quæ fusiùs diximus in nupero opere de censuris *disquisit. 5 quest. 3. tota.*

14 Dixi secundò causam indirectã damni non agẽdo, & non ponendo quod agere, & ponere debebat ex officio & iustitia, teneri ad restitutionem addidi, *ex officio*, contra Caiet. *verb. restit. q.* 1. quia non tenetur clamare, manifestare, impedire, & alia facere nisi ex charitate, si non tenetur ex iustitia, at qui violationem solius charitatis non obligare ad restitutionem iam monuimus: quare cùm tũc is sit solũ causa priuatiua, vt loquitur Less. & non influat in effectum, ad nihil tenebitur, & si quæ iura videantur dãnare, & pœnis subiicere non impedientes eiusmodi dãna, agunt de iis qui astringuntur ex officio. Si autem fur det aliquid ne impedias, modò illud non sit pars furti, neque ea pretij acceptione præstes securitatem furi, eumque animosioré reddas, atque ita influas moraliter, & positiuè in actionem damnificantem, non teneberis ad restitutionem; quia illud pretium non te obligat præcisè ad non impediendum, si prius non obligabaris, aut nisi inde sequatur aliquis influxus positiuus, & moralis ad damnificationem, vt dixi. Quando autem obligatio impediendi incumbebat ex officio, & iustitia, nemo dubitat ex ea iniusta omissione æque oriri obligationem reparandi damnum consequutum, atque ex iniusta commissione.

Hinc fit primò obligari ad restitutionem qui per negligentiam culpabilem patiuntur perire rem, quam ea contractu seruare debebant. 15

Secundò Principes, Duces, & alios eiusmodi qui non impediunt furta, & alia damna similia, quæ à militibus, & subditis fiunt, si sine graui & maximo suo aut reipublicæ incommodo id possint, ea damna teneri reparare.

Tertiò pater denegans alimenta filio, violat tantùm pietatem, non iustitiam, neque tenetur ad restitutionem, cuius reus est dominus eadem alimenta denegans famulo, quem ex pacto debuit alere.

Quartò famulus, cui est alicuius rei cõtradita cura, nisi impediat ne ab aliis seu confamulis, seu externis in illa re dominus damnum patiatur, vti poterat, peccat contra iustitiam, & ad restitutionem obligatur, secus si non sit ei cura rei illius demandata, quia ex sola charitate, aut obseruantia in herum, damna eius impedire debebat.

Quintò qui negat se vidisse furem, aut rescire vbi sit, petenti vicino, quia ex officio manifestare non tenetur, ad restitutionem quoque non tenetur.

Sextò custodes saltuum, vinearum, vectigalium, & aliorum eiusmodi locorum, si non impediant, vt possunt, dãna quæ inferuntur seu à bestiis, seu ab hominibus, neque accusant venatores, piscatores, defraudatores, obligantur ad restitutionem, quia ex officio impedire debuerũt. An verò quãdo pœna, & mulcta constituta erat fraudãtibus, piscantibus, venantibus, & aliis iura domini istorũ locorũ violantibus, custodes qui dissimulãt, & non accusant, sint rei non tantùm damni quod patitur dominus, illudque reparare debeant, sed etiã restituere pœnam quã soluissent, si fuissent accusati, difficultas est, affirmat Mol. *d. 739. n. 5.* Reb. *lib. 2. 1. p. q. 16. n. 2.* Nauar. *lib. 3. c. 4. n.* 142. quia sunt causa damni dominis, qui acquisiuerãt ius ad mulctam pecuniariam, accipiunt autẽ hi custodes stipẽdia ad dãna dominorũ impedienda. Negat tamẽ Nau. *c. 25. summa, n.* 34. qui tamẽ non benè probat ex eo quod pœna non debeatur ante sententiã, quia, vt argumentatur Mol. debent soluere damnũ illatũ domino ex ea dissimulatione, & reticentia propter quã frustratur dominus pecunia, quæ in mulctam fuisset imposita. Probat igitur Less. *c.* 13 *n.* 73. quia non tenentur hi custodes nisi euitare damna, procurare vectigalia, & videre vt seruentur leges, non autem procurare, vt plectantur transgressores, aut sui domini ditentur mulctis, cùm nequidẽ respublica pœnas imposuerit, vt ditescerent, sed vt leges seruarentur; quare neq; hi custodes debebũt eas mulctas soluere,

neque

neque procurator fiscalis non accusans, neque Iudex non condemnans ad pœnam, in tali casu.

Septimò tutores & curatores qui negligunt damna a bonis pupillorũ, & minorũ auertere, obligantur ea reparare ex officio, instituta, & quasi contractu, quamuis nulla propter hanc custodiam stipendia recipiant.

Octauò Confessarij qui non cogunt ad restitutionem pœnitentes ex inscitia culpabili, aut supina negligẽtia, aut malitia, obligãtur ad restitutionẽ à Nau. c. 17. n. 22. quia tenẽtur ea officio. Less. n. 78. cap. 13. distinguit, & eum qui ea munere incũbit pœnitentiam administrare, cuiusmodi est parochus, & Episcopus, obligari vult, quia non tantùm bonum pœnitentis procurare, sed etiã damnum aliorũ sibi subditorũ ex officio impedire debet, quæ causa cessat in iis qui ex Charitate tantùm id munus obeunt. Hanc eandem distinctionem tradidit Sylu. v. Confessor. 3. q. 11. absolutè verò non obligari Confessariũ, ait Valentia d. 5. q. 6. p. 3. Sanch. li. 1. in Decal. c. 6. n. 5. & Suar. tom. 4. 3. p. disp. 32. sub. n. 9. vbi distinctionem allatam ait esse sine fundamento. Deinde quæstionẽ non esse quando Confessarius positiuè cõsulit non restituere, quia tunc si peccauit ex ignorãtia culpabili, aut malitia, influxit iniustè in damnificationem proximi, & tũc non obligatur nisi vt moneat pœnitentem opportuno tempore antequam reddatur impotens ad restituendum, dicãtq; se fuisse deceptum, tunc enim nisi pœnitẽs restituat, suæ malitiæ solùm debet imputari. Ratio huius postremæ sententiæ, quã etiam Bon. disp. 1. de rest. q. 2. p. 11. n. 13. & alij sequuntur, est quia Cõfessarius non obligatur nisi pœnitẽti eiuis bonũ curare deber, non autẽ tenetur illi tertio ea iustitia, vt eius damna impediat, quare si peccet, non peccabit nisi contra pietatem & Religionẽ, non autem contra iustitiã, saltem ratione tertij à pœnitente diuersi.

16 Dixi tertiò aliquando cooperantes ad dãnum tum negatiuè, tum positiuè modo explicato teneri ad restitutionẽ in solidũ, aliàs ad partem, & quidem quoad consulentes, mandantes, consentientes, laudãtes & receptantes, certum est si sola sint causa partialis damni, vt facilè intelligitur esse posse, nõ teneri nisi ad partialem restitutionem, ita vt si volenti furari decẽ, consulas accipere viginti, nõ tenearis nisi reddere decem, quia nõ fuisti causa nisi ablationis decem. Difficultas est de participante, vel adiuuante, vt quando milites spoliant vrbes, aut plures subeunt vineã, an singuli teneantur in solidum, an tãtùm pro rata. Placet distinctio Less. dub. 4. c. 13. Si iuuerint ad idem damnũ indiuiduum, & eandem domum incendendam, eundem gregem abigendum, eandem effringendam arcam, idem pondus portandum, & alia eiusmodi, tenentur singuli in solidum, quia quisq; est causa partialis totius damni, sicut plures vnã nauim trahentes, neq; poneretur hoc damnum ab vno solo, nisi hæ, vel similes causæ concurrerent. Id autem de immediata cooperatione, & non solùm mediata, præbendo instrumenta, vt scalas, intelligendũ est; quando verò plures non cõcurrunt aut non iuuant ad idem damnũ in indiuiduo, sed singuli suum & distinctum irrogant, nõ tenentur in solidum, sed pro rata, quia nullus est causa etiam partialis totius damni, aut partis quam fecit alius, sed suæ tantùm, nisi simul sese accendant ad facinus, atq; ita saltem moraliter in totum damnum influant. Hinc colligit idem Less. contra Cou. in reg. peccatũ 2. p. §. 12. n. 2. gregarios milites non teneri ad totum dãnum bello iniusto inflictum, aut in vrbis deprædatione, sed solùm ad illud quod singuli fecerunt, quia nõ sunt causa totius damni, neque vnus est causa expugnationis totius, sed tantùm suæ partis. Si deniq; sit dubium an ad totum damnum, aut ad partem solùm concurrerit, obligatio erit pro ratione dubij.

Quoad causas negatiuas damni; qui non impediunt damnum, vt tenentur ex officio, tenentur in solidum singuli, quia sunt singuli causa totius damni, nam sine ea causa non fuisset damnum illatum, quod in causis permissiuis, & negatiuis sufficit.

Dixi quartò inter eos qui obligantur in solidũ ad 17
restitutionẽ totius damni, esse aliquem ordinẽ, quod de causis positiuè, & directè influentibus nemo negat. Id autẽ intelligendũ est in primis de causa principali cõparata cum secundariis, hæ enim nõ tenentur nisi in defectũ principalis, quæ etiã tenetur refũdere quod ab aliis fuerit restitutũ. Quando igitur ablatũ est aliquid proximo, is ad quem res peruenit debet eã restituere si extet, aut quantũ inde factus est ditior, si res nõ extet, quia tenetur ex re accepta.

Secũdò si damnũ irrogatũ solùm sit, is qui coëgit, & induxit fraude, vel imperauit, tenetur primò loco, quia est causa principalis, neq; executor tenetur nisi in defectũ eius; quod est verum etiam in eo qui suasit, aut fieri voluit suo nomine, aut proprio nomine fecit, hic enim in moralibus est causa principalis, & denq; is qui sui honoris, aut voluptatis causa cupit fieri maleficium: non enim æquum est vt onus restitutionis in aliũ transferat, qui suo nomine, suique causã cupit fieri maleficium aliquod.

Tertiò post causam mandantem, & suadentem, modo explicato, tenetur executor ad restitutionem.

Quartò post executorẽ tenentur consulentes, laudantes, animãtes, obsequiũ præbentes, & instrumẽta ministrãtes, quia sunt tãtùm causæ ministeriales, & quodãmodo accessoriæ respectu principalis & executoris, qui si restituat, nihil petere potest sibi refundi ab aliis causis minùs principalibus, quia non tenentur nisi in defectum executoris. Excipit tamen Caietan. 2. 2. q. 62. art. 6. ad 3. Ban. ibid. art. 7. Sot. li. 4. q. 7. art. 4. quando causæ quæ dicuntur minùs principales induxerunt principalẽ ad similem actionẽ damnificã, quia sunt causa cur qui damnũ infert incurrat obligationẽ. Quam limitationẽ non improbabilem putat Less. quãuis veriùs reiiciat, vbi abfuit ab ea inductione vis, aut fraus, neq; suo nomine facinus patrari voluerũt. Hinc fit vt si executor noluerit, aut non potuerit restituere, ipsi teneantur, sicut & executor in defectũ iubentis, si autẽ soluerint, executor ipsis refũdere debebit, & executori iubens, aliaque quæpiam causa principalis, quia qui soluũt loco executoris, aut causę alterius principalis, succedunt in ius domini in executorem v. g. Si tamen executor omniũ nomine exequutus est facinus, omnes tenentur primo loco, ipseque executor quatenus est pars illius cõmunitatis; vt autem executor est præcisè, non obligatur nisi secũdo loco, quare si in solidum restituerit, debent ipsi reliqui refundere suas partes, hic quoque suam conferre quatenus est totius communitatis pars quædam, primo quoque loco cum reliquis obligata, vt dixi.

Quintò inter causas secundarias post executorem obligatas, nullus erit ordo, cõtra P. Nau. li. 3. c. 4. n. 81. sed omnes æquè primò obligantur, quãuis aliæ minùs, aliæ maius quidpiã restituere debeant: quia hæ causæ secũdariæ non concurrũt vt inter sese subordinatæ, aut ita vt vna sit instrumentũ alterius, seu alterius nomine influat neque est prorsus vllũ fundamentũ ordinis in concursu, nullũ igitur erit in obligatione: quia tamen vna causa magis mouit exequutorem, quàm alia, maior, & minor erit hæc obligatio

in restituendo, quo maior, & minor fuit efficacitas harum causarum, quamuis non egerint subordinatè, aut vna dependenter ab alia.

Sextò plures causæ damni æquè principales, tenentur ad æquas damni portiones, & si alij non soluant quisque tenetur in solidum, habet tamen ius exigendi suas partes ab aliis, quod idem dicendum est de causis secundariis æqualiter concurrentibus, & principali non soluente obligatis.

Septimò quãdo qui damnũ accepit, remittit restitutionẽ causæ principali, & primo loco obligatę, reliqui manent liberi, sicut si ille in cuius defectum soluere tenebantur, reuerà soluisset. Quando autem fit remissio secundo loco obligatis, non idcircò liberantur qui primo locu tenebantur, quia independenter à causis secundariis obligantur. Si plures æquè primo teneantur, condonatio facta vni, alios non eximit, suasque portiones nihilominus pręstare debebunt. Denique vno liberato à parte restitutionis, quod reliquũ est compensare debet in solidum, & si vnus renuit, tertius, nõ tenetur nisi ad suã partem, aut mediam eius. v.g. Caius, Titius, & Mæuius debebant in solidum, & æquè primo restituere Sempronio 300. Sempron. condonauit eam obligationẽ Caio, Titius autem non vult soluere sua centũ, non tenetur Mæuius soluere nisi centum quinquaginta, quia centũ quæ restituere debebat Titius, restituẽda erant in eius defectũ à Caio & Mæuio, quare cùm Caio condonata est obligatio restituendi, etiam illa 50. quæ debebat, in eo casu fuere condonata.

Octauò causæ negatiuæ & non impedientes damnũ, tenẽtur post omnes causas positiuas, custos autẽ particularis videtur priùs teneri, quàm vniuersalis.

18 Dixi quintò eum qui sine vi, & fraude impedit aliũ à cõsequutione boni sibi non debiti ex iustitia, nõ teneri ad restitutionẽ. Dixi, ex iustitia non debiti, nam si habeat aliquis ius propriũ, & rigorosum, siue in re, siue in rem, non potest ab eo consequendo retardari sine iniuria, atq; iniustitia, ex qua nascitur obligatio ad restituendum damnũ consequẽs, quod hîc non erit res ipsa quã non est cõsequutus is quẽ impediuisti, sed quanti ius ad illam rem, & spes obtinẽdi arbitratu boni viri, omnibus pensatis circumstantiis, æstimabitur. Agimus igitur de illo qui vel nullũ omninò ius habet, vel non nisi admodum remotum, fundatum in dignitate ad beneficiũ, vel officium quod ambit, aut nõ est nisi ius conditionatum in voluntate collatoris fundatum, si velit dare, quod idẽ dico de eo qui instituendus erat hæres, aut legatarius, aut donatarius ab aliquo, nisi testãtis, aut donantis mentem & animum aliò quis auertisset. Ita explicata nostra conclusio communissima est Less. *c.* 12. *n.* 123. Molin. *d.* 727. *n.* 2. Reb. *li.* 3. *de rest. q.* 1. Vasq. *de benef. c.* 2. §. 4. *dub.* 19. *n.* 127. Eman. Sà *v. restit. n.* 12. Val. *d.* 5. *q.* 6. *p.* 5. Bon. *disp.* 1. *q.* 2. *p.* 12. Continet autẽ duplicem partem hæc assertio; prima est teneri ad restitutionem qui vi aut fraude apponit hoc impedimentum, quantũ spes illa valebat; quia vel vim adhibet, & fraudem aduersùs illum qui beneficium, officium, legatum, hęreditatem, & aliquid eiusmodi ambit, atq; ita facit illi iniuriam, cùm impediat à prosequenda re, quam iure prosequi potest, vel vtitur fraude, aut vi erga collatorẽ, ne rem donet, aut leget, & sic violat ius petentis, quod erat in volũtate libera conferentis, aut donantis constitutũ.

Hinc solues, an possit occultũ crimen, quod si sciretur, nõ cõferretur beneficiũ, aperiri, ibi enim nulla videtur esse fraus, & collator, aut donatarius nõ inuolũtariò, sed rationabiliter omninò mutat animũ: nam si ex ea reuelatione sequatur infamia quædam, propter quam nolit collator conferre beneficium, quod erat collaturus, tenetur ad restitutionem, quia infert iniuriã ei quem infamat, & iniuria illa cõiuncta est cum dãno: si autẽ soli collatori aut aliis quorũ interest pandas eiusmodi crimen, ad nihil teneris, quia licèt patefacere occultè quę minus habilẽ reddunt aliquem ad officium, aut beneficium. Estq; est constans & perpetua praxis informãdi occultè, neq; iniquum est ea aperire quorum ignorãtia, & occultatio reddit collationem inuoluntariam. Si denique falsa crimina imponantur, quia decipitur collator, eius libertas impeditur, & fit iniuria petenti, obligatio est ad restitutionem, etiamsi reuocetur falsa ea informatio, si res amplius integra non est, cùm enim sequutũ sit damnum ex iniuria, reparandum est ab illo qui iniuriam irrogauit: si tamẽ res integra esset, dum collatori fatetur se falsum crimen imposuisse, & sua dicta retractat, etsi collator nõ det, quod nisi præcessisset falsa illa informatio, daturus erat, non tenebitur ad restitutionem; quia non est causa non collationis tunc, sed sola libertas collatoris.

Hinc sequitur indigno petenti nõ teneri ad restitutionem qui illum impediuit etiã fraude, quia nullum is ius, nequidem remotum, aut conditionatum, & in libera voluntate collatoris positum habebat, quare non est illata iniuria. 19

Secundò qui nullam spem habebat, etiamsi esset dignus, quia erãt alij æquè digni, aut digniores, aut quia aliò inclinabat collator, nihil ab impediente sibi reddi postulare potest, quia nullam ex sua dignitate spem habebat pretio æstimabilem, quare nihil ab illo fuit ablatum pretio æstimabile.

Tertiò, qui impedit dignũ assequi beneficium, vt detur digniori, nõ obligatur restituere quidquã, nisi fortassis famã, si infamauit; quia officia, & beneficia debent potius conferri digniori, neque dignus ius habet vt collator nõ cogatur conferre digniori, & quãuis si vis adhibeatur collatori ab eo qui nullum habet ad id ius, fiat ipsi iniuria, nõ fiet tamẽ vlla petenti, vt ait Couar. *ad reg. peccatum, p.* 2. §. 7. *n.* 8.

Quartò si impediuisti dignũ fraude, & vi, vt daretur beneficiũ æquè digno, teneris ad cõpensandam spem quam habebat consequendi, quia ius habebat in eo casu vt sua relinqueretur libertas collatori.

Quintò dignum impediens vi & fraude, vt detur indigno, tenetur nõ tantùm ad damnũ reparandum digno, vt diximus, sed etiam Ecclesiæ, aut reipublicæ, quæ in ea quoq; collatione damnũ patitur: quod etiam verũ est si dignior quærebatur, nã etsi detur digno propter appositũ impedimentum ne daretur digniori, fit iniuria reipublicæ digniorẽ quærenti.

Sextò si plures dignos cõpetitores iniustè impediuisti, & omnes ęqualẽ spẽ obtinendi habebãt, singulis illis teneris ad restitutionẽ, quia singulis iniustè aliquid pretio æstimabile abstulisti, nimirũ illã spẽ.

Secunda pars erat, eum qui sine vi aut fraude, sed 20 muneribus, blanditiis, precibus, aliáque simili ratione impedit alium ab assequendo officio, beneficio, aliáque re ex iustitia nõ debita, non teneri ad restitutionẽ, quia nulla ibi admittitur iniustitia, quæ sola obligat ad restitutionẽ in damno illato, hi enim siue sint digni tãtùm, siue digniores, nõ habent vllum ius ad rem quam sperant, nisi cõditionatum & in sola voluntate libera collatoris positum, quare quandiu ea libertas collatoris illæsa manet, vti contingit, quãdo blãditiis tantùm, & muneribus agitur, non vi, aut fraudibus, non violatur ius petẽtium, ac proinde illis nõ est aliquid restituendũ. Neq; quidquã obstat quod animo nocẽdi apponatur impedimẽtũ, quia sic peccatur tãtùm cõtra charitatẽ, & sola

voluntas

voluntas nocendi, nisi per actionem externã iniustè inferas reipsa nocumentum, non obligat ad restitutionem. Si tamen eã hoc modo impediuisti dignũ, vt daretur indigno, teneris ad damnum illatum Ecclesiæ, sed in defectum collatoris, qui etiam primo loco non tenetur, sed qui beneficium accepit, qui debet reddere illud, & stipendia ratione illius accepta, si autem digniorem sine vi, & fraude impediuisti, vt dignus eligeretur, neque digniori prætermisso teneris vt patet, neque etiam Ecclesiæ, cui iniuria nulla irrogata est, cùm sit in potestate prælati eligere dignum, omisso digniori, neque tunc peccabit nisi contra fidelitatem in dispensando, non autem contra iustitiam. Quod attinet ad eum qui impedit ne quis instituatur hæres, dicemus alibi, sicut & de eo qui impedit ne feratur iusta sententia.

ARTICVLVS V.

Reliqua conditiones restitutionis.

NAturam restitutionis exposuimus hactenus, & præterea qua ex culpa oritetur, quid restituendum esset à possessore rei alienæ, tum bona, tum mala fide, à quo facienda sit restitutio, restabat inquirere cui facienda esset, quo loco, quo ordine, quo tempore, cuius expensis, & quænam denique causæ liberarent ab onere restituendi, sed hæc omnia cumulatè dicta sunt nuper explicando naturam solutionis, & varias eius circumstantias.

CAPVT VI.

De obligatione ex delicto per damna & iniurias animo proximi illatas.

ART. I. *Iniuria, & damna animi proximo illata.*

II. *Obligatio & reparatio ex eiusmodi damnis & iniuriis.*

ARTICVLVS I.

Iniuriæ & damna animi proximo illata.

Duo genera eiusmodi iniuriarum. 1.

Quomodo in bonis naturalibus patiamur iniuriam. 2.

Quomodo in bonis spiritualibus supernaturalibus. 3.

1 INIVRIÆ & damna de quibus disputamus sunt in duplici differentia, sicut & bona quibus priuant; alia enim sunt naturalia, vt facultates & potentiæ animi, actiones, habitus varij, & eorum acquisitio. Alia supernaturalia, quia infunduntur à Deo supra exigentiam naturæ, neque nostris viribus naturalibus comparari possunt.

2 Patimur iniuriam & damnum circa priora illa bona, cùm apponuntur impedimenta, & obices ne facultatibus naturalibus vtamur, aut alia bona interna non acquiramus, aut cùm non iuuamur ad hæc omnia ab iis à quibus iuuari debebamus ex iustitia. v.g. si qui munus docendi suscipit, illo vtatur perfunctoriè, aut falsa pro veris doceat. Deinde cùm aliquis incommodat complexioni organorum à quibus etiã potentiæ spirituales & inorganicæ, quamdiu anima alligata est corpori, pendent in vsu suarum actionũ. Sic philtro, veneno, medicamento, ebrietate, aliãque simili ratione priuatur quis vsu rationis, aut incidit in insaniam, & phrenesim. In quibus omnibus liquidò constat committi iniustitiam, cùm priuemur iure, quod habemus vt iuuemur, aut non impediamur in eiusmodi functionibus, quod clariùs fit dum priuamur bonis illis, aut eorum vsu inuiti, atque ea iniuria maior est, quo maiora sunt bona quibus priuamur, vel ad tempus, vel etiam in perpetuum, v.g. dum ligatur rationis vsus maleficiis, venenis. Dixi autem inuitos nos pati hanc priuationem: nam si consentiamus, poterit, maximè in bonum finem procurari ista priuatio ad breue aliquod interuallum; ita licebit medico pharmacis soporiferis, aut vino largiùs propinato non voluptatis causâ, sed medicinæ, rationem vincere, vt ait Caiet. *verb. ebrietas.*

3 Bona spiritualia supernaturalia tolluntur nobis ab aliis, duobus modis. Primò directè impellendo nos ad peccatũ mortale, eiusmodi bonorũ destructiuum, & ponendo offendiculum quo in ruinam præcipitemur. Secundò auertendo nos ab aliquo bono opere, quo plurima eiusmodi bona supernaturalia comparaturemus nobis; v.g. auocando ab ingressu religionis, aut nouitiũ à professione, vel professum ab ipsamet religione. Hæc autem tum inductio ad peccatũ, tum auocatio à bono opere, fiunt vel sola suasione, seu verbis, seu malo exemplo impellamus alium, vel fraude & metu incusso, vique adhibita, quo solùm posteriori modo peccatur contra iustitiam, non autẽ quãdiu blanditur quis, demulcet, aut allicit tum verbis, tum praua consuetudine, & exemplo, licèt cõtrarium putet Scot. *in 4. dist. 15. q. 3. litt. B. Gabr. ib ead. dist. q. 17. lit. C. & D.* atque alij quidam, quia non apparet quodnã ius violatur hac suasione, neque enim cogitur immediatè à suasore ad malum, qui illud lubens & volẽs, atque omninò liberè, quamuis alienis blãditiis delinitus admittit, neque spoliatur à suasore gratia, cæterisque supernaturã collatis bonis, sed ipse suo se prauo opere, in eas angustias redigit, sibique soli suam ruinam, & bonorum naufragium tribuat oportet, quamuis qui ita impellit, grauiter peccet, vel peccato speciali scandali contra charitatem, vel alio eiusdem generis cum eo ad quod proximum incitat, quod diximus in opere *de vsur. lib. 1. c. 9. art. 2. & seq.* At quando fraude, vel vi alium impellimus ad peccatum, vel auertimus ab opere bono, violamus eius libertatem, quæ cum ea vi, aut ignorantia seu deceptione, illibata consistere non potest. Facimus igitur iniuriam, & consequenter ad omnia damna inde consequuta reparanda tenemur, quatenus reparabilia sunt.

ARTICVLVS II.

Quomodo eiusmodi damnorum reparatio facienda sit.

Reparatio damnorum naturalium quæ illata sunt ex violatione organi corporei. 1.

De damnis illatis impediendo à consequutione boni. 2.

Reparatio damnorum in bonis supernaturalibus. 3. 4.

Quid de damnis illatis per auocationem à bono. 5. 6. 7.

QVoad damna animi merè naturalia, si ex violatione organi corporei, aut sensus oriantur, idẽ sentiendũ est quod de restitutione & mutilatione, cicatrice, aliisque dicemus inferiùs, nẽpe hæc damna, 1

nisi adhuc in futurum pendeant, & sint reparabilia, transire in nudam iniuriam pro qua præcisè nihil esse restituendum iam pridem constat. Ita Nauar. *c.* 15.*n.* 19.*&* 20. Less. *c.* 8.*n.* 1. & alij contra Sot. *lib.* 4.*q.* 6. *art.* 3. Incumbit tamen obligatio reparādi omnia bona tēporalia quæ ex hoc damno spirituali consequuntur, siue sint illius qui damnum bonorum animi passus est, vel tertij alicuius, qui inde læsus est, quia hæc damna sunt reparabilia, & illa iniustè intulit qui causam proximam ipsorum iniustè posuit.

Si verò damna bonorū naturalium animi nascantur ex eo quod aliquis impeditus fuerit ab assequutione eiusmodi alicuius boni, v.g. scientiæ: si adhuc tale bonū comparari potest, iuuari debet ad illud cōparandum ab eo qui impedieerat; v.g. ad discendam scientiā si adhuc disci possit, & velit discere qui læsus fuit in eius non assequutione; quia tale damnum nondū est irreparabile, neq; proinde transiit in nudā iniuriā. Idem dico de eo qui sua culpa falsa pro veris alium docuit, quandiu enim poterit dedoceri, id debet; quod etiam valet in eo qui ignorans, & inculpabiliter falsitatē docuit, vbi enim suū errorē aduertit, & damna inde germinantia, remediū afferre debet, alioquin illorū damnorū reus erit, sicut alij qui culpabiliter aut falsa obtruserint, aut impedierint ab assequenda scientia, vel ad eam non iuuerint, vti tenebantur, nam tum damna hinc emergentia, & lucra cessantia, atque si quod ad docendum stipendium acceperant, restituere eos oportet.

Damna supernaturalia, quæ quis incurrit inductus per vim aut fraudem in peccatum ab alio, reparātur vim & fraudem tollendo, vt qui ad peccatum incitabatur, suæ libertati reddatur, ad quod obligat iustitia: quia vis nunquam affertur, neque metus incutitur à non habente potestatem, siue iniustitia, fraus quoq; & deceptio iniusta est circa quamcunque materiā peccati; quilibet enim habet ius ne decipiatur, sicut ne lædatur in corpore, quare nō peccat tantùm contra fidem aut temperantiam, qui alium vi, aut fraude ad peccatū infidelitatis, aut intēperantiæ inducit, sed etiam contra iustitiam, quare obligabitur ex eadem iustitia suum actū retractare quātùm poterit, & infectum quodāmodo reddere, vim & fraudem omnem remouēdo, alterumq; suæ libertati restituendo. Tunc enim si peccare pergat suam vnam peruersitatem poterit accusare; si tamen aliquis volūtariè & non inuitus deciperetur, aut fraus aliunde esset retecta, quia tunc omninò liberè & voluntariè, non ex ignorantia peccat, neq; fraus inducit ad malū, sibi, nō decipienti tribuere deberet.

Quoties aliquis alterum absque fraude & vi, precibus, consilio, blāditiis, & pretio ad peccatum quod non est contra iustitiam induxit, non tenetur ad vllam restitutionem, neq; ad curādam eius conuersionem ex iustitia, sed solùm ex charitate quæ hunc suasorem magis obligat quàm alios hoc casu. Ratio perspicua est, vt enim docuimus contra Scot. non peccauit iste impulsor contra iustitiam, atqui solum peccatū contra iustitiam obligat ad restitutionē, sibi igitur imputet qui se seduci muneribus aut blanditiis passus est, & cùm conuerti possit, atq; ex peccato resurgere, si id non faciat, per eū vnū stat, sicut qui rē suam alias ablatam, modò præsentē habet, neq; vti cōmodissimè poterat, recuperare vult, cēsetur illā nolle amplius. Quare qui eam abstulerat non tenetur deinde ad restitutionem. Charitatem verò magis hūc malum consultorē obligare, quàm alias virtutes, ad procurandā eius, quē suis consiliis præcipitē egit in peccatū, conuersionē, docet ipsa æquitas.

Eadem distinctione soluitur quæstio de auocatione ab opere bono. Primò enim qui sine vi aut fraude auerit quēpiam à Religionis ingressu, vel nouitium à professione, nō tenetur ex iustitia quidquam restituere aut religioni aut nouitio. Non religioni, quia ipsa nondū habebat ius in illā personam, quod non acquirit nisi per professionem, aut in nostra Societate per vota simplicia biēnio elapso; neq; in bona nouitij, aut aliam vtilitatē quam sperare poterat, ius aliud habebat, quàm conditionatum fundatum in libera voluntate nouitij, quæ libertas læsa nō est, neq; proinde ius in ea fūdatū, quādiu à vi, & fraudibus tēperatū est. Quod autē animo nocēdi id suaserit, nihil facit ad inducendā obligationē ex iustitia. 2

Secundò qui vi, vel fraude nouitiū abduxit à Monasterio, tenetur ad restitutionē dāni Religioni illati, quantū videlicet valebat spes quam habebat cōmodi alicuius temporalis ex tali nouitio, aut alio, qui Religionē ingressurus erat. Non tamen tenetur aut ipse loco nouitij Religionē ingredi, aut alium ad id inducere ex iustitia, sed solùm ex æquitate quadā, & decētia, quod intelligo etiā de Professo per vim & fraudē abducto. Prima pars certissima est ex art. superiori, fit enim iniuria Religioni, quæ habebat ius ne nouitio fieret vis & fraus in suum detrimentū, quare dānum inde cōsequens, qua parte pretio æstimabile est, reparandū erit ex iustitia. Si tamen nouitius retecta fraude, & sublata vi restituatur plenæ suæ libertati, quādiu illi redire integrum est, putat Less. probabiliter nō amplius teneri deceptorē, quia tunc solus nouitius videtur causa dāni, si quod inde germinet. Alij tamen adhuc obligāt consultorē iniquum, quia cùm occasione fraudis, aut vis adhibitæ nouitius mutarit suum animū, qui illi mutationi dedit iniustā occasionē, videtur causa adhuc talis dāni. Si nouitius fraudē aduertit, quia volūtariè egressus est, quāuis fraudem, & fucū sibi factū prætexat, non tenetur qui fraudē adhibuit, ad vllā restitutionem; quia reuerà fraus eius nihil operata est, neque nouitium reipsa decepit.

Secunda pars non teneri deceptorē ingredi Religionē loco eius quē abduxit, etsi professus esset, Probatur ex Less. *c.* 8.*n.* 13. Vasq. *de rest. c.* 8. *dub.* 1. Regin. *lib.* 10.*n.* 308. Saltē de eo qui sine vi, & fraudē alium retraxit; Rebel. 1.*p. li.* 4.*q.* 15.*n.* 4. Azor. *li.* 5.3.*p.c.* 2. Nau. *c.* 12.*n.* 45. contra Molin. *tract.* 4. *d.* 51.*n.* 8. qui vult hunc seductorem si aliter non possit reparare damna Religionis, teneri ad eam subeundam, nisi ipsi à Religione condonetur ea obligatio, idque factitatum ferunt à Raymūdo, qui deinde fuit magister Generalis ordinis Prædicatorū, in eoq; litteris, & sanctitate floruit. Probatur tamen assertio, quia obligatio hæc ad statū perfectiorē liberè & sponte suscipi debet, nō coactè, & ex aliquo delicto, cùm ex sola diuina inspiratione pendeat; quæ ratio etiam ostendit quod addebamus, hunc etiā non teneri ex iustitia saltē, alium loco eius quē abduxit, inducere ad Religionem, contra Bon. *disp.* 2.*q.* 1.*§. vn. sub fin.* humanitus enim hæc consilia non debent suaderi, sed diuinitus immitti, & deinde quia nō possidetur Religiosus à Religione, tāquam mancipium à domino, cui aliud restitui debet, si illud vi, vel fraude fuerit abactum, sed tanquam filius cuius occisi loco, alius nō est reponēdus; neq; vllus certè dicat occidentē Religiosū, teneri eius loco aliū substituere. 3

Tertiò qui vi, vel fraude Professum abduxit à Religione, tenetur eidē Religioni de emolumento tēporali quod ex eo Religioso Religio percipiebat, secus si neque vi, neque fraude illud persuaserit, & quidē quòd de vi, & fraude diximus, docēt omnes, patetque ex superioribus. Aduertendum dun- 4

taxat

taxat fuerit, an reapse damnum inflictum fuerit ex ea abductione, nam si religio insumebat tantùm in eo alendo, quantum ab illo percipiebat, nullum dispendium factum est, sed potiùs compendium aliquando. Deinde si retracti vi, & fraude aperta, perseuerent extra monasterium, nihil imputari poterit priori deceptori.

Difficultas est de eo qui solis precibus aut consilio Professum abduxit, nam eum etiam ad restitutionem Religioni obligant Azor *l.cit.* Molin. *d.* 51.*cit.n.* 3. & alij, quod negant Less. Bonac. & alij, quia neque ipse Religiosus tenetur ad procuranda commoda temporalia Religioni suis laboribus, nisi ex obedientia, non autem ex iustitia, quare si aut sponte egrediatur, aut otiosus maneat in Religione, non tenebitur ad restitutionem. Ergo neque qui idipsum ei suadebit, quamuis enim faciat iniuriam Religioni in persuadendo illo egressu, non tamen quoad ea commoda temporalia: quare negant paritatem inter seruum & Religiosum, & quamuis seruo ex alterius suasione fugiente debeatur domino æstimatio serui, & quæ ab illo sperabat commodorum, non tamen si quis similem fugam persuaserit Religioso ad idem obligabitur, quia seruus est principaliter ad commodum domini, cuius etiam est possessio, sicut iumentum, cùm tamen Religiosus non sit principaliter propter bonum temporale Religionis, cui se mancipauit ob suum tantùm bonum spirituale, & illi tanquam filius subest. Adde seruum otio torpentem non peccare contra iustitiam, neque ad restitutionem teneri, ac proinde neque etiam suadentem iniustitiæ damnandum. Videtur tamen ad huc Molinæ sententia perstare, quia cùm fiat iniuria Religioni in persuadenda fuga Religioso, in quem ius habet iam Religio quasi ex contractu, ex traditione & acceptatione, videtur hinc oriri obligatio ad omnia damna quæ ex ea fuga necessariò & ex natura rei consequuntur.

CAPVT VII.

De obligationibus ex delictis aduersus corpus proximi commissis.

INIVRIÆ quibus alienum corpus violatur sunt duplicis generis. Aliæ enim ipsum esse corporis vel rescindunt, vt occisio; vel minuunt, vt mutilatio, vulneratio, & percussio. Aliæ corpus alienum fœdant per eius abusum, quod fit constupratione, adulterio & aliis eiusmodi sordibus. Hæ iniuriæ sunt sigillatim expendendæ, tum subiiciemus quid in earum compensationem præstandum sit.

ARTICVLVS PRIMVS.

De iniuriis per homicidium, mutilationem, & percussionem inflictis.

Regula vniuersalis. 1.

Prima pars de occisione sui ipsius. 2.

Illa semper mala, neque vlla causa potest honestari. 3.4.5.6.

Licet tamen aliquando vitam suam exponere periculo. 7.

Non tenemur vsurpare omnia media ad tuendam vitam necessaria. 8.

Secunda pars regula, de cade alterius innocentis. 9.

An respublica possit innocentem occidere. 10.

An occisio innocentis sit aliquando licita per accidens. 11.12.13.

Tertia pars, de cade nocentis. 14.

Quibus ca sit licita. 15.

An marito vxorem adulteram liceat occidere. 16.

An ei qui iniustè inuaditur. 17.18.19.

Homicidium illicitum est contra iustitiam 20.

Grauitas homicidij. 21.

Quid de homicidio casuali. 22.

CIrca iniurias istas quibus proximum violamus, ponenda est hæc.

Regula vniuersalis.

Nemini fas vnquam est seipsum occidere, quamuis conseruandæ vitæ cupido non ita nos sollicitos habere debeat, vt eam nulli periculo exponere possimus, aut omnibus mediis ad eam retinendā necessariis vti obligemur. Alterius innocētis cœdes semper per se loquendo iniqua est, nocentis autem iusta est à potestate publica, non ab vllo priuato, nisi cum moderamine inculpatæ tutelæ ad tuēdam nostram, vel proximi vitam, pudicitiam, famam, & fortunas, aduersùs iniustū inuasorē, & non ad vlciscendā iniuriam, sed ad impediendū ne infligatur. Porò quoties homicidium volūtarium est illicitum, toties est contra iustitiā respectu occisi, non alterius, cui fortè cædes per errorē imputabitur. Eius malitia crescit ex variis circumstantiis. Casuale & merè fortuitum homicidium omnis iniustitiæ expers est, mutilatio & vulneratio eodem modo licita, aut illicita est, quo homicidium. Hanc vniuersalissimam regulam non erit operosum per suas partes demonstrare. 1

Prima pars regula, de occisione sui ipsius.

2

Dixi primò omnem sui ipsius occisionē esse illicitam, quod ex *disp. de dominio* constabit, vbi vitam, cùm præcedat omnē libertatem, vt pote pertinentem ad ipsum esse substantiale corporis, nostro dominio subtrahimus: quare fit supremo domino iniuria eiusmodi feritate, & in Concil. Braccar. vt refertur

capit. placuit. 23. *quæstione* 5. isti qui sibi violentas manus afferunt, priuantur Ecclesiastica sepultura, & orationibus Ecclesiæ. Et sanè cum à Deo acceperimus quod sumus, inquit Ioseph. apud Egesyp. *libro* 3. *de excidio. Hyerosolim. capit.* 17. ipsius quoque debet esse, vt quandiu velit, simus, vtrumque enim ingrati est, & citius discedere quàm velit, & diutiùs viuere quàm voluerit, qui ipsi vitam donauit. Neque tantùm ingrati crimen est, & inobedientiæ, vt pluribus monet Ioseph. sed etiam iniustitiæ ex violatione diuini iuris, & vt ait laudatus Historicus: *Qui hominem fugit, pœna est obnoxius, quamuis improbum fugerit dominum. Nos optimum omnium fugientes, non astringi impietatis flagitio possumus?* Deinde cùm hac insana rabie quærant sibi melius esse homines, vt docet Aug. *lib.* 3. *de lib. arbit. cap.* 8. melius esse acquirere non possunt per non esse, quod nihil est, & melior esse non poterit qui non erit. Quare concludit idem S. Pater. *Nemo mihi videtur, cùm seipsum negat, aut quolibet modo emori cupit, habere in sensu quod post mortem non sit futurus, tametsi aliquantum hoc in opinione habeat.* Et vbi docuit aliud quandoque esse in opinione, aliud in sensu, quia plerumque aliud faciendum esse credimus, aliud facere delectat, addit. *Cùm ergo quisque credens quod post mortem non erit, intolerabilibus tamen molestiis ad totam cupiditatem mortis impellitur, & decernit, atque cupit mortem, in opinione habet errorem omnimodæ defectionis, in sensu autem naturale desiderium quietis. Quod autem quietum est, non est nihil, immò etiam magis est, quàm id quod inquietum est. Inquietudo enim varias affectiones vt altera alteram perimat, quies autem habet constantiam in qua maximè intelligitur esse quod dictum est. Omnis itaque ille appetitus in voluntate mortis, non vt qui moritur non sit, sed vt requiescat, intenditur; ita cùm errore credat non se futurum, natura tamen quietus esse, hoc est magis esse desiderat.* Et *cap.* 6. *&* 7. ostenderat tantum bonum esse ipsum esse, vt beati, & miseri illud velint. Verùm quidquid sit de opinione eorum qui sibi mortem consciscunt, an putent se omninò non futuros, an solùm miseriæ qua premuntur, aut quam timent, fugam sibi morte quærant, atque idcircò necem tanquam miseriarum leuamen apprehendant, & quod inde consequitur tanquam bonum quoddam, ostendo illos turpiter errare, & medium inutile ad id quod persequuntur, assumere. Vel igitur eligitur mors propter seipsam, non quia acerbum, sed superfluum est viuere; vel ad bonum aliquod aliud comparandum; vel ad vitandum malum, seu vitæ miserias: atque vt ordiar ab hoc postremo, miseriæ omnes vitandæ, vel sunt corporeæ, vel internæ & spirituales. Primæ quæ affligunt corpus, aliæ quæ ipsum animum vexant, vt infamia, seruitus, peccata admissa, aut admittendi periculum. Quoad corporis vexationes, eæ quidem intereunte homine cessant, quia sensus vnà cum vita deficit. Verùm si vitam, qua maius bonum non est, propter morbos, aut alia tormenta contemnit homo, quidni potius hæc omnia propter vitam contemnat, & vbi hæc humanorum casuum despicientia, in qua suam animi excelsitatem & granditatem iactat Stoicus, cum ad eos fugiendos quidquid summum habet, profundat? Quæ est ferè ratiocinatio Theodori apud Phauorinum referente Stobæo. *serm.* 120. Adde, cùm corporis afflictiones idcircò oderimus, quia viam ad mortem muniunt, miram esse hominum dementiam eorum qui timore mortis, coguntur ad mortem, vt non insulsè philosophatur Epicurus apud Sen. *ep.* 24. vbi & illud. *Quid tam ridiculum quàm appetere mortem, cùm vitam tibi inquietam feceris metu mortis; & saltem non minùs firmandus est animus ad patientiam vitæ quam mortis, imò & magis, cùm ne vitæ acerbitatem patiantur, mortem eli-* 3
gant. Ignaui igitur erit & parum firmi animi mala sua ferre non posse, & idcircò morte præcidere. Quare plurimos ad alia ignauos, in hac re animum fortissimorum æquasse testatur Seneca *ep.* 24. *cit.* & vbi Catonem, & Scipionem, & alios qui hoc momentum efflandæ animæ contempserunt, celebrauit, tandem fatetur virum fortem, & sapientem, non fugere debere è vita, sed exire, & ante omnia vitandam affectatā quæ multos occupauit, libidinem moriendi, est enim vt ad alia, sic etiam ad moriendum insulsa animi inclinatio. Ipséque Heliogabalus deliciarum tabo fluens, similem necem si quid cogeret, elegeret, quamquam vt suauiùs & pretiosiùs interiret, parauerat sibi funes cocco & serico intortos, & gladios aureos, atque in ceramiis, hyacinthis, & smaragdis venena fecerat, & altissimam turrim, substratis aureis, gemmeisque tabulis, ad speciem luxuriæ, vt nemo diceretur sic periisse, inquit Lamprid. & è ganea Poeta verè pronuntiauit *lib.* 11. *epigr.* 41. *Fortiter ille facit qui miser esse potest.*

Quoad afflictiones quæ pungunt ipsum ani- 4
mum, neque illæ honestare possunt hanc immanitatem: nam infamia quæ aspergi posset ex aliquo facinore, non sic eluitur, & iure miratur Plinius *lib.* 3. *epist.* 9. pudorem damnationis morte fugere, quem non puduerit damnanda committere: quare de Lucretia Aug. *lib.* 1. *de ciuit. cap.* 19. *Quod & seipsam, quoniam adulterium pertulit, etiam non adultera occidit, non est pudicitiæ charitas, sed pudoris infirmitas, puduit enim eam turpitudinis alienæ in se commissæ, etiam si non secum; & Romana mulier laudis auida nimium, verita est ne putaretur quod violenter est passa cùm viueret, libenter passa si viueret.* Ad seruitutem vitandam sibi mortem intulit Cato, & alij plures, idque licitum putat Philo, *lib. quod omnis probus liber. Putamus eos qui corporis robur exercendo confirmant, sic ille acerbitatem tyrannicam fugiendo prætulerat gloriosam mortem vitæ coniunctæ cum ignominia.* Sed hæc causa eadem ratione diluitur ex ignauia non ferentis seruitutem, & ea de causa bonum, augustius profundentem. De Catone autem Vticensi, Augustinus. *libro* 1. *de Ciuitat. capit.* 23. vbi ostendit ex infirmitate non sustinente aduersa, non ex honestate turpia præcauente, hoc facinus admisisse. Nam si turpe fuit sub victoria Cæsaris viuere, cur huius turpitudinis autbor filio fuit, quem de Cæsaris benignitate omnia sperare præcepit. Inuidit igitur gloriæ Cæsaris, ne ab illo sibi parceretur; aut erubuit.

Peccata si iam patrata sint, non debent hac pœna plecti, cùm sic pœnitentiæ locos pereat, quod etiam Porphyrius ex arcanis de reditu animæ disputationibus, refert apud Macrob. *lib.* 1. *in somn. Scipion. cap.* 13. ait enim in hac vita delinquentes similes esse super æquale solum cadentibus, quibus denuò sine difficultate præsto sit surgere, animas verò ex hac vita cum delictorum sordibus recedentes, æquandas his qui in abruptum ex alto delapsi sunt, vnde facultas sit nunquam surgendi, ideo ergo concessis vtendum vitæ spatiis, vt sit perfectæ purgationis maior facultas. Deinde non tibi licèt alium etiam nocentem occidere, cur ergo teipsum

teipsum quamuis reum damnabis, aut perimes. Denique ad peccatum vitandum, non decet illud maiori peccato, cùm nullus erit salubris pœnitentiæ locus, præuenire, atque vt incertum vitetur adulterium, committere homicidium, vt ait Aug. *lib. 1. de ciuit. cap.* 25. alioqnin si ob vitanda peccata, hæc licent, statim à lauacro hortandi sunt homines vt se interimant, vt idem addit *c.* 26.

5 Maxima tamen fuisse videtur disputatio de pudicitia ad quam seruandam sibi necem attulerunt aliquæ Virgines Antiochenæ cum matre, quæ se in profluentem præcipitarunt. Amb. *lib. 3. de virgin.* encomiis ornat. De Sophronia narrat Euseb. *lib.* 3. *c.* 12. *&* 17. aliasque plures dabit Espensæ. *lib.* 4. quare Hieronym. videtur fuisse in hac sententia apud Couar. *lib. 1. variar. cap.* 2. *num.* 9. & S. Andelmus *lib. de laud. virgin. cap.* 15. Verùm hoc totum argumentum luculenter tractat Aug. *lib. 1. de Ciuit. à cap.* 16. *ad* 28. ostenditque hac compressione non amitti pudicitiam, quandiu incorruptus manet animus, neque ad vitandum alienum peccatum, esse perimendum innocentem, vnde *cap.* 19. de Lucretia. *Si adultera, cur laudata, si pudica cur occisa est;* quia tamen obiiciebatur periculum esse ne sub alterius libidine puellæ excitatæ, etiam suæ consentiant, respondet etiam illam titillationem posse esse absque culpa in corpore non consentientis, sicut est in corpore dormientis, atque diuino auxilio fidendum. Quæ autem in Ecclesia celebrantur quòd sua morte libidinem alienam præuenerint, diuino instinctu concitatæ id fecerunt. Quod de aliis quoque dicendum, vt Samsone, Razia, de quibus latè Serar. *in cap* 16. *Iudic. q.* 31. aut per errorem inculpabilem excusantur.

Bonum porò quod affectant qui seipsos occidunt, aliud esse nequit quàm vel beatitudo; *Atqui,* inquit Aug. *q.* 49. *in Iudic. reos sua mortis melier post mortem vita non suscipit;* vel volunt sibi aliquam nominis celebritatem ex simulata animi magnitudine comparare, quorum benè multos hac gloria ductos variè sibi mortem quæsiuisse enumerat Tertull. *lib. de exhort. ad Mart. c.* 4. & de Brachmanis tradit Porphyr. *lib.* 4. *de abstin.* de Gymnosophistis Clemens *lib.* 4. *strom. c.* 2. de Stoicis Aug. *ep.* 52. & perspicuum est ex Senecæ innumeris locis. Verùm quantum aberrauerint à vera animi magnitudine, docet Aug. *lib.* 1. *de Ciuit. cap.* 22. magis enim mens infirma deprehenditur, quæ ferre non potest, vel durā sui corporis seruitutem, vel stultam vulgi opinionem, maiorque animus meritò dicendus est qui vitam ærumnosam magis potest ferre, quàm fugere, & humanum iudicium maximè vulgare, quod plerumque caligine erroris inuoluitur, præ conscientiæ luce ac puritate contemnere. Deinde de Cleombroti facto disputans, cum enim non calamitas, aut criminis conscientia, sed sola animi magnitudo, ad inania vitæ vincula rumpenda videtur incitasse, addit: *Quod tamen magis magnè quam benè testis ei potuit esse Plato ipse quem legerat, qui profectò id præcipuè, potissimùmque fecisset, vel etiam fieri præcepisset, nisi ea mente qua immortalitatem animæ vidit, nequaquam faciendum, quin etiam prohibendum esse iudicasset.* Hæc prohibitio facta à Platone patet ex Phœdon. *& l.* 9. *de legib.* aliisque locis, quem fuisse etiam veterum sapientum sensum, videbis apud Tiraq. *lib. de nobilit. c.* 31. *num.* 475. *&* 520. Messian. *lib. de vera & falsa gloria, cap.* 13. Biseiol. *tom.* 2. *lib.* 16. *c.* 1. De Aristotele verò contra Danœum Sectarium, Theophil. *lib.* 3. *de virtute n.* 125. Huc refero quamdam Donatistarum insaniam, quibus vt honorem martyrij affectarent, per abrupta præcipitia, per aquas & flammas occidere seipsos quotidianus lusus erat, vt ait Aug. *ep.* 50. de eorundem crudelissimis moribus. Tum idem Aug *hær.* 69. & *in Psalm.* 10. *ad illud, in obscuro rectos corde;* & *in Psalm.* 54. *in illud, viri sanguinum & dolosi:* & Optatus *lib.* 3. *contra Parmen.* inter quos aliquos esse ait qui ex altorum montium cacuminibus viles animas proiicientes se præcipites dabant. Hos agonisticos dictos ait idem Optatus, & August. *in Psalm.* 13. propter agones quibus certabant; gorilpitas verò S. Hieron. *lib. de hæres. Iuda.* Eundem errorem Petiliano Donatistæ tribuunt Castro. *vers. martyrium, hær.* 2. & Prateol. *vers. Petilianus;* nihil tamen habet Aug. in libris quos aduersus eum scripsit.

His omnibus accedat postrema ratio ex diuina prohibitione quæ in Decalogo perspicuè traditur; si enim non licet propria potestate alicui hominem occidere vel nocentem, cur seipsum occidere licebit, vti argumentatur Aug. *c.* 17. alioquin cur Iudam detestamur, nisi quia propter suum scelus alio scelere vitam finiuit. Vide eund. *cap.* 20. Si non licet contra seipsum falsum testimonium dicere, cur occidere, neque qui se occidit, aliud quàm hominem occidit. Et sanè si quò nobis intimior & coniunctior est persona, quam occidimus, vt si parens, ac filius, eò tetrior est cædis immanitas, quàm erit horrenda sui ipsius occisio, quæ est ratio August. *lib. de patientia, c.* 13.

Restat tamen grauis difficultas, cur reus damnatus à publica potestate non possit eius iussu in seipsum sæuire, sicut enim alium licitè occideret tanquam minister publicus, vt moribus apud Iaponios, aliasque gentes ita receptum est, atque omninò id permittit Nider. & Franc. Vict. *relect. de homicid. num.* 30. si iudex iubeat, vt reus veneno pereat, vt iubere potest, fas esse putat reo haurire venenum, sicut & scalas ascendere, & theatrum in quo capite minuendus, aut ingulum dare carnifici, inde tamen negat posse seipsum strangulare iussu iudicis, quia istud supplicium potest inferri per alium, non autem epotatio veneni. Corduba tamen *lib.* 1. *quæst.* 36. eandem rationem veneni, & aliarum pœnarum esse dicit. Aragon. *q.* 59. *art.* 4. §. *& si quis contra hoc argumentum,* & *q.* 62. *art.* 3. Victoriæ subscribit, quia reus post latam sententiam tenetur exercere eas actiones quæ necessariæ sunt ad pœnam subeundam, & ab alio, nisi ab ipso commodè exerceri non possunt, cuiusmodi est potatio veneni; neque dicitur seipsum occidere, quia bibere de se non est actio lethalis, quamuis bibere venenum sit lethale. Verùm hoc satis est vt iste sui occisor dicatur, cùm ponat id vnde necessariò sequitur mors propria. Ait igitur Bonac. *disp.* 2. *q. vlt. p.* 5. *num.* 3. hanc cooperationem ad suam necem non repugnare iuri naturæ. Idem asserit Eman. Sa *v. iudicium de reo, num.* 13. Filliuc. *tract.* 29. *n.* 74. speculatiuè probabilem putat hanc sententiam, sed in praxi sequendam negat. Et sanè illam reiiciunt Caiet. 2. 2. *in quæst.* 69. *art.* 4. *ad* 7. *dub.* Soto *lib.* 5. *quæst.* 6. *art.* 4. *sub fin.* Couarr. *lib.* 1. *variar. cap.* 2. *num.* 9. Azor *p.* 3. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 10. Lessius *cap.* 9. *num.* 26. Vasq. 1. 2 *disp.* 173. *num.* 21. vbi tamen ait si venenum non posset ministrari secretò, & tamen necessarium esset propter rationabilem causam, reum clam occidi veneno, tunc obligari posse reum ad epotandum venenum, quia ea pœna tunc non censebitur crudelis aut in- 6

 humana,

humana, propter quam solam rationem dixerat *n.* 19. ad pœnam iugulationis & suspendij sibi inferendam, reum obligari non posse, & vniuersim pronuntiat *n.* 24. tunc solùm reum posse cooperari ad pœnam impositam à Iudice, quando talis cooperatio potest à Iudice præcipi; tunc autem præcipi non posse, quando aut pœna ex se crudelis est, aut ex modo sibi eam inferendi inhumana, quod ex prudentum arbitrio pendet. Ipse autem existimat iugulationem, suspendium, abscissionem membri, haustum veneni, præterquam in casu nuper allato, demersionem in flumen, ex modo sibi eas infligendi reddi crudeles, non autem scalam ascendere, aut laqueum gutturi applicare, ceruicem aptare excipiendo gladio. Addit denique *num.* 15. nocentem, cui à Principe daretur optio bibendi venenum, aut incidendi sibi venam, vt acerbiorem necem vitet, posse illam mitiorem viam eligere, atque ita suæ morti cooperari. Has omnes limitationes reiicit Sal. *disput.* 15. *de legib. n.* 82. *&* 83. Reginald. *lib.* 13. *num.* 188. Ferdin. à Castro *tract.* 3. *disp.* 2. *p.* 4. *num.* 3. & Alphons. à Castro *lib.* 2. *de lege pœnal. c.* 3. quia scalam præparare, in locum destinatum proficisci, ceruicem præbere, aliáque eiusmodi quæ minus commodè fieri possunt ab alio, licita sunt, quia hæc cooperatio ad mortem est solùm remota, & indifferens, & non inducens mortem per se, sed solùm per accidens, vt haustus veneni, aut strangulatio. Verùm vrget Vasques, quia omnis cooperatio ad propriam mortem etiam remota, & per accidens, si ex ea certò sit sequutura mors, est illicita priuato, quà priuatus est, neque honestatur nisi præcepto Iudicis, cuius minister fit ipse reus, quidni igitur poterit honestari eodem imperio cooperatio proxima? Quod enim vulgò respondetur, hanc cooperationem esse inhumanam, & contra naturalem inclinationem; vnde maximè Victor. *relect. de homic.* latè ostendit sui ipsius occisionem illicitam esse, cùm omnia ad sui esse & conseruationem tendant, vt prosequitur apud Egesyp. Ioseph. *l. cit.* Chrys. *hom. in c.* 1. *ad Galat. in illud, eriperes nos de præsenti seculo nequam:* & *homil.* 87. *in Ioan.* aliquando licitum esse agere contra naturalem inclinationem nemo dubitat. Et præterea negat. Vasq. contrarium esse naturæ præscriptis legibus suaui morte acerbiorem redimere, aperiendo tantùm os veneno, quare si communiorem sententiam tueri libeat, dices cùm ius vitæ & necis sit solius Dei, qui illud supremis potestatibus politicis ad salutem rerum publicarum communicauit ad puniendos nocentes, non possunt hæ potestates vti nisi quo modo permisit supremus Dominus, ille autem nunquam voluit hominem sibi ipsi afferre mortem, consentaneè omnino naturali inclinationi, cùm, vt ait Senec. *lib. contra superstit.* Apud August. *lib.* 6. *de ciuit. capit.* 10. sæuiunt teterrimi, & in fabulas traditi crudelitatis Tyranni, lacerauerunt aliquorum membra, neminem sua lacerare iusserunt.

7 Limitaui tamen hanc assertionem dupliciter. Primò enim possumus probabili periculo vitam exponere, tum proximi causâ, tum nostri ipsius, maiorem enim charitatem nemo habet quàm vt ponat animam suam pro amicis suis, imò & aliquando tenemur, tum imperio reipublicæ, vt dixi *disputatione de legibus* r. 2. tum ex charitate, vt docui 2. 2. *disp. de charitate & eius ordine.* Ita potest quis inseruire peste laborantibus, quod genus esse martyrij luculenter docuit Theoph. Tabulam in naufragio captam licet alij relinquere, obiicere se telo ad vitam Principis tuendam, in flumen, aut mare ingredi, ad alium eripiendum, dare se præcipitem ex alta turri, ad euadendum incendium, sumere venenum ad probandam vim andromaches, aut alterius antidoti, naui iniicere flammam, ne in manus hostium veniat. Turrim ad quam se receperunt hostes in bello, suffodere cum ruina suffossoris.

Secundò limitaui, quia non tenemur adhibere omnia media necessaria ad vitam tuendam: nam licet primò non occidere inuadentem, atque ita sui potiùs necem permittere. 8

Secundò non tenemur per media pretiosa, aut valdè operosa vitam producere, vtendo v. g. cibis solùm delicatioribus, aut magni pretij medicamentis, mutando cœlum & in alias regiones proficiscendo.

Tertiò nullus obligatur membri alicuius horrenda, & doloris plena amputatione leuare morbum, aut periculum vitæ euadere, ex communi sententia apud Azor. *lib.* 2. *cap.* 3. *q.* 12. 3. *p.* Secus dicendum erit si illa amputatio sit facilis, & dolorem exiguum pariat, quia tenetur quilibet vitam remedijs ordinarijs & facilibus tueri. Less. *cap.* 9. *num.* 97. excipit eum cuius vita toti reipublicæ necessaria admodum est; poterit enim à republica obligari ad eum dolorem amputationis. Idem putat imperari posse à Superiore Religioso, quod posteriorum tamen negat Bonac. *disput.* 2. *q. vlt. sect.* 1. *p.* 6. *num.* 2. quia ille actus est heroicus, qui præcipi non potest, eritque ea iussio etiam in virtute sanctæ obedientiæ nulla, neque obligabit.

Quartò poterit aliquis sibi membrum amputare tyranno, vel Iudice mortem alioquin interminante, vt ait Tulet. *lib.* 5. *c.* 6. Less. *c.* 9. *n.* 101. Emanuel Sà. v. homicidium. *num.* 25. Bonac. *loc. cit.* Molin. *tract.* 3. *dis.* 10. *n.* 2. & alij contra Sot. *lib.* 5. *q.* 2. *art.* 1. qui tamen concedit de eo qui fune ligatus non potest nisi præcisa manu incendium euadere, aut de eo qui laborat morbo, qui alia ratione extingui non potest, quia tunc amputatio est necessaria vel ab intrinseco, vel saltem, ab extrinseco, atque adeò per se quodammodo ad vitam tuendam, non autem quando prouenit ex alterius imperio. Verùm vnde vnde proueniat ea necessitas, satis est eam tantam tunc reuerà existere, cùm enim partes sint propter totum, ob eius conseruationem partes exponi poterunt, cùm sic aliquid ipsis præstantius, videlicet ipsum totum seruetur, quod non fit in suiipsius occisione, per eam enim nihil nobilius vita conseruari potest. Deinde hæc membra non sunt absolutè necessaria aut corpori aut vitæ, sed solùm ad ornatum, & commoditatem, quidni igitur liceat illa pro vita quæ aliter salua esse nequit, prodigere? Quare addit Less. id fieri posse non modò iubente tyranno, sed etiamsi inde credatur flectendus ad misericordiam, aut si quod aliud malum grauissimum sit auertendum, atque ita posset quis sibi inflicto nouo vulnere detrahere adipem ad verus vulnus læthale persanandum, nares, aures, & similia truncare pro salute Reip. Zopyri instar, aut ad tuendam pudicitiam, vti factitatum à quibusdam virginibus narratur; de S. Eba & sociabus se denasantibus, à Baron. an. 870. de alia quæ sibi oculos eruit, Raderus 2. *p. viridarij Sanctorum, cap.* 3. §. 8. & aliud non dissimile Euirat. *c.* 60. *prati spiritualis.* De S. Sotere, quæ gaudebat dispendio pulchritudinis periculum integritatis

tegritatis auferri. Ambr. *lib.* 3. *de virgin.* Plura alia dabit Spinell. *tract. de virgin. n.* 46. de Spurina adolescente Romano, Valerius *lib.* 4. cuius tacito nomine meminit Mamertin. *in panegyr. Iuliani.* Sic etiam 3. *Reg. cap.* 20. Propheta vnus iussit se ab alio vulnerari, quia hæc omnia sunt tantùm ad commoditatem & ornatum, & propter ingentia bona de illis disponere licet. Quod autem fiant hæc imperio tyranni, nihil obstat, nisi forsassis hinc aliqua in religionem iniuria redundaret. Nemo tamen tenetur ad hæc remedia acerba & difficilia, imminente quamuis morte vsurpanda.

10 Quintò reus damnatus fame perire, potest quidem oblatus sibi clam cibos sumere, non tamen tenetur, quod postremum asserit Soto *lib.* 5. *quæst.* 6. *art.* 4. Maior. *in* 4. *dist.* 15. *q.* 22. Azor *p.* 3. *c.*, *lib.* 2. *q.* 6. & Val. *disp.* 5. *q.* 13. *p.* 4. *conc.* 4. contra Caiet. *q.* 69. *art.* 4. *q.* 2. Couar. *lib.* 2. *variar. c.* 2. *n.* 10. Castro *lib.* 2. *de lege pœnal. c.* 8. quia potest iustè damnatus subire pœnam impositam. Neque S. Thom. *loc. cit.* contrarius est, dum ait eum qui non sumit cibos oblatos, seipsum occidere, agit enim de eo qui sine vlla rationabili causa id facit. An verò licita sit ea consuetudo Carthusianorum qua obligantur etiam in vitæ periculo non vesci carnibus, alibi dicemus, & eam tuebimur.

Sextò damnatus potest non fugere è carcere, quamuis commodè possit, id enim plurimi non sine commendatione præstiterunt. An verò qui promisit se rediturum ad carcerem, promissis stare teneatur, & an saltem licitè possit, quamuis sciat se damnandum capite, diximus aliàs.

Septimò potest reus rationabili de causa iudici se plectendum sistere & offerre, tunc enim non sæuit in seipsum, sed pœnam commeritam ab alio suscipit, quamuis eam fugere potuisset.

Octauò, abstinentiis aliisque corporis afflictationibus vitam sibi minuere licitum est, vt in *disp. de charitate memini* a. 2. horum omnium ratio est, quia sic nemo sibi vitam abrumpit, sed ab alio abrumpi patitur, & tantùm vitam non protrahit, vti potuisset.

Secunda pars regulæ; de occisione alterius innocentis.

9 Secundò egi de alterius innocentis nece, quam dixi nunquam esse licitam per se loquendo, *Exod.* 23. *Innocentem & iustum non occides.* Et Deus, qui supremus Dominus vitæ est, & à quo solo vnus homo ius habet in alterius vitam, vt dicemus alibi, illud non dedit potestatibus publicis, nisi aduersus malefactores, & sontes: quare communis omnium gentium sensus habuit pro tyranno eum, qui sæuiret æquè in probos ac malos.

10 Dices si tyrannus aliquis extrema omnia minetur, nisi innocens aliquis occidatur à republica, quidni id fieri poterit, cùm ciuis sit velut membrum corporis, quod in simili euentu posse abscindi nuper fatebamur.

Resp. non posse ciuitatem obtruncare ciuem innocentem, etiam tyranni imperio, sicut neque aut adolere incensum Idolo, aut hæresim profiteri aut aliquid simile malum committere; neque vrget similitudo membri corporis, cùm enim hæc membra habeant essentialem ordinem & dependentiam à corpore, sintque idem cum illo suppositum, non habent diuersum ius à corpore, neque diuersam ab illo patiuntur iniuriam, at ciues sunt supposita inter se & à Republica distincta, proprii iuris, & iniuriæ capacia, neque essentialiter dependent à Republica, quæ proinde non habet idem ius in ciues, quod homo in sua membra, sed per quandam tantùm analogiam: poterit tamen respublica illum innocentem obligare vt tyrannum adeat, atque etiamsi renuat inuitum tradere. Ita Less. *c.* 9. *n.* 38. P. Nauar. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 120. Molin. *tract.* 3. *disp.* 10. *n.* 4. contra Sot. *lib.* 5. *q.* 1. *art.* 7. quia hoc non est interficere innocentem, vt falsò putat Sot. sed tradere illum, & sic euitare damnum pro quo ille innocens suam vitam exponere tenetur, & sola malitia tyranni interibit, quare non fit illi iniuria si compellatur præstare id ad quod ex pietate, seu qua alia virtute tenetur, sicut si vnus esset tantùm panis in ciuitate, posset tolli à priuato, & dari Principi, neque innocentis cædi, quam vt dixi sola tyranni malitia infligit, cooperatur ciuitas, sed solùm se, qua licet via, ab iniuria tyranni tuetur, quamquam si posset sine graui periculo vitam eius innocentis seruare, ad id obligaretur, vt ait molin. Non licebit tamen hosti petenti virginem violandam dedere, propter periculum animæ, & peccati, quod ipsa incurrit, quod subire non tenetur pro salute temporali etiam totius Reipublicæ, poterit tamen illa vrbe excludi, quia non obligatur ciuitas cum tanto suo damno eam intra sua mœnia continere.

Particula *per se loquendo*, quam addidi in assertione, eam limitat, nam per accidens, & indirectè licita nonnumquam est innocentis cædes.

Primò enim si nulla ratione liceat vitam tuam tueri, nisi occisione innocentis, vt si qui te iniustè inuasit, se tueatur innocentis interpositione, quia ea interpositio non te priuat iure defensionis, & per accidens innocens confoditur; si dum ad fugam vrges equum calcaribus per angustum iter, neque potes euadere nisi proterendo infantem, non cogeris subsistere, vt Less. *dub.* 9. *c.* 9. ait ex aliis. Si tamen ille infans nondum esset baptizatus, teneretur lege charitatis ita fugiens suam vitam pro spirituali proximi salute exponere. Si denique amentem furiosum, ebrium, dormientem, me aggredientem aliter cohibere non valeam nisi occidendo, id possum, vt ait Molin. *tract.* 3. *disp.* 11. Less. *cap.* 9. *num.* 42. Bonac. *disp.* 2. *q. vlt. sect.* 1. *p.* 7. *num.* 5. 11

Secundò In bello licet suffodere turrim, aut iniicere ignem in ciuitatem in qua pauci innocentes cum nocentibus sunt; licebit quoque spargere venena quibus per accidens aliqui innocentes forsassis interficientur, quod postremum probat Serari. in *cap.* 8. *Iosue q.* 2. De cæde autem innocentium in bello alibi dictum est.

Tertiò matri grauidæ, & periculosè laboranti licet propinare pharmacum ex sua natura talis morbi sanatiuum, etiamsi præter intentionem, & per accidens, inde sequatur abortus fœtus animati. Ita Sanch. *lib.* 9. *de matrim.* 20. *n.* 14. Bann. 2. 2. *q.* 40. *art.* 1. *dub.* 1. *concl.* 2. Henriq. *lib.* 11. *de matr. c.* 16. *num.* 8. Eman. Sà *v. homicidium*, Aragon. 2. 2. *q.* 65. *art.* 7. Suar. *disp.* 13. *de charit. sect.* 7. *num.* 79. Vasq. ad solam sectionem venæ limitat *tract. de restitut. c.* 2. §. 1. *dub.* 7. & *c.* 5. §. 2. *dub.* 6. quod idem vult Basil. Ponc. *lib.* 10. *de matr. c.* 13. *num.* 6. contra Less. *cap.* 9. *n.* 63. Bonac. *p.* 7. *cit. n.* 8. & alios, qui id restringunt ad fœtum nondum animatum. Probatur tamen, quia mater fugere posset feram se insequentem cum abortus periculo, & posset sua vbera exsiccare, etiamsi infans extremè indigeret 12

lacte

lacte materuu, quia magis suæ quam fœtus saluti consulere potest.

Instat Less. vitam spiritualem fœtus præferen-
13 dam essa corporeæ matris.

Respondeo in primis tunc illicitam eam pharmaci sumptionem non præcisè ratione homicidij, sed aliunde ex charitatis ordine. Secundò si medici probabilissimè indicarent fœtum edendum, & baptizandum matre abstinente pharmaco, quamuis cum periculo vitæ, sumente autem illud pharmacum, certò periturum fœtum, tunc non liceret vti hoc medicamento propter ordinem charitatis. Vnde dixit Armill. *v. defensio. n. 3.* Clericum baptizantem, & ab hoste inuasum non posse fugere si puer sine baptismo sit obiturus. Sed hic casus non modò rarissimus est, sed etiam moraliter impossibilis. Corrupti enim humores matris læthaliter laborantis, ita alimentum pueri inficiunt, vt pereunte matre, in lucem viuus edi vix vnquam possit. Vnde infert Sanchez *num.* 18. vbi medicamentum æquè ad matris salutem, atque fœtus periculum ordinatur, vti fas esse, quia matre pereunte nõ seruabitur fœtus, & vbi anceps est medicamẽtum, an mortem an salutẽ potiùs sit illaturũ applicandũ esse vniuersim ostendit *n.* 19. Si agamus de pharmacis quæ per se tendunt ad abortionẽ, & non ad sanitatem, si fœtus sit animatus, non possunt applicari, esset enim manifestum homicidium innocentis per se intentum, etsi sit certa coniectura matre laborante occidendum, quamuis non eiiciatur; estque communis omnium sensus. Si verò nondum sit animatus fœtus, & mater periclitetur, licebit procurare aborsum, vt ait Sanch. *n.* 9. Basil. Ponc. *lib.* 10. *de matr. c.* 13. *num.* 2. Vasq. *l. c.* & alij contra Less. qui malè allegat Tertull. *in apolog. c.* 9. *& c. si aliquis, de homicidio*, quia loquitur de aborsu procurato ad libidinem aut ad vitandam infamiam, non ob periculum matris, vt aduertit ipse Ponc. Ratio est quia cùm ea abortio non sit homicidium, non est cur partem illam viscerum tanto periculo seruare parens cogatur. Quod autem aiunt hinc sequi licitam fore pollutionem, & seminis eiectionem procurare, non vrget, quia in ea eiectione imminet periculum delectationis, non autem in effusione fœtus nondum animati. Non licebit præterea fœminæ expertæ periculum in partu, aut virgini ad vitandam infamiam, & capitis periculum, nondum animatum semen effundere, quia in primo casu periculum est distans, cui aliis viis occurri potest; hic autem fœtus est quodammodo aggressor vitæ matris à quo se tueri potest illa; in alio autem casu ipsa se volens inducit in periculum, & potest sibi cauere aliter, quare hoc remedio vti non debebit.

Quartò iniquè damnatus à Iudice potest se tueri contra ministros publicæ potestatis bona fide agentes, & si aliter nequeat euadere, ipsos, quamuis innocentes, occidere, modò sit aperta iniustitia damnantis. Ita plures apud Couarr. Iurisconsulti *lib.* 1. *variar. cap.* 1. *num.* 13. qui etiam non improbat. Neque Valent. *d.* 5. *q.* 13. *p.* 4. *conc.* 2. secluso scandalo, & motu qui in Republica ex ea fortè offensione orietur. S. Thom. *q.* 69. *art.* 4. ex communi sententia dicit licitam esse defensionem rei aduersus iudicem iniquum, tanquam aduersus latronem; cùm autem hi ministri iniquam sententiam exequantur, quamuis inculpati, non apparet cur reus innocentiam horum ministrorum suæ vitæ præferre debeat ex iustitia, & secluso scandalo, quia per accidens est hos ministros esse innocentes, non enim repelluntur nisi quatenus sunt iniustæ sententiæ exequutores, quamuis bona fide, neque propterea dabitur vtrinque bellum iustum materialiter & formaliter, vt patet, cùm sit hic ex altera parte materialis iniustitia. Vbi verò Iudex processit secundum ordinem iuris, & ex allegatis innocentem condemnauit, non licere iudicem innocentem, & ministros inculpatos ad sui deffensionem occidere, quia tunc reus præsumptus non inuadimt iniustè vt monet Couar. *loc. cit.*

Horum porrò omnium, quæ de occisione innocentis licita per accidens attulimus, ratio est, quia, vt ait Konink. 3. *p. q.* 66. *num.* 75. per accidens omninò est, quod in illis circunstãtiis ponantur innocentes, quorum proinde mors directè non intenditur, nam eædem fierent actiones tunc, etsi non essent innocentes, neque illis tunc consulere tenemur cum æquali nostro damno, quod fusè ostendit Eudæmon. Ioann. *in apolog. pro Garneto, aduersus coquum. c.* 4.

Tertia pars regulæ vniuersalis, de noxiorum cæde.

Tertiò egi de noxiorum cæde, quam in primis 14
dixi esse licitam à publica potestate, contra Manichæos, qui etiam animalium necem prohibebant, teste Aug. *haresi* 46. & *lib.* 1. *de ciuit. cap.* 20. quorum error satis refutatur ex dominio quod Deus in omnia animantia contulit homini, & facultate, quam concessit vt eorum carnibus vesceretur. Publicis quoque potestatibus permissam fuisse sontium occisionem, negauere Vualdens. vt refert Castro *v. occidere*, & Ebrard. *lib. contra Vualdens. c.* 15. in eademque fuisse sententia Lactant. constat *ex lib.* 6. *instit. capit.* 20. & idcircò dixerat *lib.* 2. *cap.* 10. nocentissimis quondam igni & aqua interdictum fuisse, quia quemquam occidere religio erat, cùm tamen *Exod.* 22. dicatur. *Qui homicidium perpetrauit, & ipse morietur: & maleficos non patieris*, & tum ibi, tum alibi sæpius Deus plecti morte iubet aliqua scelera. Scot. *in* 4. *dist.* 15. *q.* 3. *art.* 2. concedit quidem expiari posse crimina morte, sed ea tantùm de quibus Deus id cauit in scripturis, non alia, vnde colligit nefas esse puniri hodie morte adulteram, quia quondam quidem Deus iusserat eiusmodi lapidari, sed deinde *Ioan.* 8. Christus eam pœnam retractauit: quam Scoti sententiam periculosam in fide dicit Molin. *tract.* 3. *d.* 5. *num.* 1. Et sanè communis Ecclesiæ sensus contrarius est, fauetque ratio quam vrget S. Thom. 2. 2. *quæst.* 64. *art.* 2. ex adunatione ciuium in vnum corpus ciuile & politicum, vt enim licet in humano corpore membrum putre, & aliorum destructiuum resecare, ita & licebit reipublicæ ad totius conseruationem partes aliquas iam tabo fluentes, ne sua contagione reliquas inficiant, abscindere. Idemque fas erit quibus demandabitur ea cura à Magistratu, & publica authoritate, vt ait Augustinus *lib.* 1. *de ciuit. c.* 26. non enim sine causa vt ait Paul. Rex gladium portat; quæ omnia fusiùs alibi probamus ex Damiano, *opusc.* 57. & aliis Patribus.

Quartò dixi nulli priuato potestatem esse no- 15
xios plectendi, nisi deriuata à publico Magistratu authoritate, quæ est communis omnium sententia, alioquin omnia cædibus replerentur, dum quis vel proprias, vel alienas iniurias vlcisceretur, frustraque forent certa tribunalia iuri dicundo, si cuique fas priuato esset iudicem agere: neque ap-

parer

paret quod ius priuatus, & ciuis habeat in alium ciuem vt illum plectat, quàm corrupta iudicia teneremus, & alia incommoda, quæ nihil attinet singillatim recensere: quare non fuit æquum supremum vitæ dominum singulis hanc facultatem permittere, sed illis duntaxat quos dum ad principatum euexit, suæ maiestatis, authoritatisque participes esse voluit. Denique nocentium interfectio non vsurpatur nisi ad bonum totius Reipublicæ, vt de putris membri resecatione monebam. Cura verò boni communis & publici non incumbit nisi Magistratui, non singulis ciuibus, alioquin timenda esset in ea procuratione perturbatio. Vide quæ diximus nuper *cap. 3.*

16 Video porrò dubitari à plerisque hoc, an maritis sit demandata à legislatoribus punitio adulterij, ita vt tanquam latæ sententiæ exequutores, possint coniugem adulteram in flagranti delicto deprehensam, & ipsum etiam adulterum confodere. Ita enim censent aliqui apud Sanch. Iurisconsulti, *lib. 10. de matrim. d. 8. n. 37.* & Doctores Salmanticenses nonnulli apud Basil. Ponc. *lib. 9. de matr. c. 15. n. 4.* fuitque illa L. XII. Tabul. *Moecham in adulterio deprehensam necato.* De adultero autem occidendo vide Nouellam 117. c. 15. neque hanc sententiam vlla esse censura dignam, quamuis index expurgatorius eam in aphorismis Sà deleuerit, rectè aduertit idem Ponc. *n. 20. cap. 15. cit.* qui tamen illi iudici plus authoritatis attribuit quàm obtinere crediderim. Probant isti doctores in primis, quia videntur satis perspicuæ hac in parte *l. Gracchus, & l. marito, D. ad l. Iuliam de adulteriis*; quæ sanctiones probari videntur à Nicolao primo ad Rodulphum Archiepiscopum Biturricensem, vt refertur *c. interfectores 33. q. 2. Interfectores suarum coniugum sine iudicio, cùm non addis adulterarum, vel aliquid huiusmodi, quid aliud sunt quàm homicidæ.* Vnde colligitur interfectores adulterarum, sine iudicio, licet non esse homicidas. Stephanus quoque V. *c. admonere*, eadem causa Astulphum arguit, quòd occidisset vxorem, redditque rationem illius criminis, *non inuenisti eam cum alio viro rem nefariam facientem.* Ratio propter quam leges id videntur indulsisse marito, aut patri, est quia, cùm liceat occidere honorem & famam inuadentem, nemo dubitat adulterum mariti honorem iniustissimè aggredi. Theodoric. apud Cassiod. *lib. 1. ep. 37.* ipsis feris insitum dixit, copulam suam extrema concertatione deffendere, & pro amore pudicitiæ porrigere ferrum maritis, non esse leges calcare, sed condere. Denique Philo *lib. de Ioseph.* omnium nationum consensum hac in parte memorat, hanc capitalem esse noxam, & deprehensos inindicatos, læso dedendos ad necem docet. Denique Libanius *declamat. 34.* veterem legem hoc ius concedentem marito refert.

Contraria tamen est omnium tum Theologorum tam Canonistarum sententia, quas magno numero refert Sanch. *num. 39.* Couar. *de matrim. 2. p. c. 7. n. 15.* Ponc. *l. c. n. 5.* qui marito ante sententiam, & non seruato iuris ordine, etsi ille Iudex esset, negant fas esse aut vxorem adulteram, aut adulterum, aut patri filiam eiusdem criminis ream perimere, quamuis leges ciuiles dissimulent hac in parte, & dolori mariti indulgeant, neque tale crimen deinde vlciscantur. Sanè si de legum potestate disputemus, certum est potuisse mandare hanc exequutionem marito etiam ante latam sententiam, sicut modo permittunt aliquando cuilibet priuato necem proscriptorum, quos proinde non tantùm impunè, sed etiam inculpabiliter licet occidere, sic dicuntur diffidati, ab Innoc. 4. in Concil. Lugdunensi, qui per assassinum alios interfecerunt, de quibus vide Couar. *lib. 2. variar. c. 20. n. 9.* & Gambacurt. *lib. 1. de immunit. Eccles. c. 33.* quare quòd eiusmodi legem non posse æquam esse velle videatur Vasq. *de restit. c. 2. § 1. dub. 2. n. 7.* Soto *lib. 5. de iust. q. 1. art. 2. ad 3.* & Basil. *c. 15. cit. n. 11.* non placet: & si iudex post latam sententiam vxorem & adulterum tradat marito pro libitu puniendos, poterit eos interficere absque culpa iniustitiæ aut homicidij, quamuis ex prauo affectu odij, aut alio quopiam peccare pronum sit: non esse tamen concessam à legibus hanc potestatem marito per anticipationem sententiæ, tradunt Doctores citati communiter, quamuis vt dixi, impunè hæc fieri permittant, sed hanc impunitatem, non excusare à culpa latissimè docet Tiraq. *l. 9. connubial. n. 7. & seq.* & quidquid sit de legibus politicis, eas Nicolaus I. *c. inter hæc 33. q. 2.* abrogauit in hac parte, dum ait, quidquid sit mundanis legibus, hanc necem non esse licitam legibus Ecclesiasticis, quibus vbi de peccato agitur, obsequendum omnino est. In c. autem *interfectores*, gloss. addit particulam *maximè adulterarum*, ita vt velit Pontifex vxoricidium esse damnandum, sed multò magis quando vxor innocens est. Val. *d. 5. q. 8. p. 3.* illud *adulterarum*, non refert ad interfectores, alioquin non modò propter adulterium, sed propter aliud liceret priuata authoritate occidere vxorem. Ait itaque interfectores sine iudicio, dum constat, quod non id faciunt propter adulterium, aut aliquid propter quod id solet fieri authoritate publica, homicidas esse. Apertus est etiam Stephan. *in c. admonere. cit.* nuper ex Tiburiensis Synodi *cap. 46.* sub Formoso Papa. Hanc certè necem damnat grauiter Aug. *lib. 2. de adult. coniug. c. 15.* Non fuit etiam vllo modo consentaneum furenti marito hanc fieri facultatem propter multa quæ inde nascerentur incommoda, vt pluribus docet Ponc. *n. 11. & seq.* eruditè pro more, & maximè quando in flagranti delicto, certo animæ periculo vxor occiditur. Si enim dicas ipsum in sui deffensionem inuadentem honorem occidere, quod licitum esse dicemus infra, iam non haberet maritus hanc facultatem à legibus, sed a iure naturali, quod permittit vim vi repellere.

Quinto dixi posse priuatum se iniustè inuadentem occidere cum moderamine inculpatæ tutelæ, vt loquitur Alex. III. *c. si vero 1. de sent. excomm.* est enim naturæ insculpta lex vim vi propulsare licere: & Almain. *q. habita in Vesp. con. 1.* vocat dominium naturale. Idem permissum iure Canonico & ciuili pluribus docet Couarr. *in Clement. si furiosus. 3. p. § vn. n. 1.* vbi cum Paulo Castrensi rectè reiicit Accursium, qui in *l. vim vi 3. D. de iustitia & iure*, hanc deffensionem dixerat esse permissam iure fori, non iure cœli: nam ipso iure naturali dixit esse hic tam *in hac eadem l.* Florentinus, à quo desumpta fuit, redditque optimam rationem; cum enim inter homines cognationem quandam natura constituerit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse, & vt quod quisque ad tutelam corporis sui fecerit iure fecisse existimetur, & vt Cicero pro Milone dixit, si tempus est vllum iure hominis necandi, certè illud est non modò iustum, verùm etiam necessarium, cùm vi illata deffenditur. Cyprian. *in Symbol. Apostolorum*, occidere hominem non semper criminosum est, sed si malitia, nec verò legibus cædes facta sit. Sanè laudata Clementis constitutio, nullam vult contrahi irregularitatem ab eo qui alium in iustam sui deffensionem occidit; quia ni- 17

mirum

mirum nequidem reus homicidij est.

18 Ad iustam hanc deffensionem in primis exigitur vt fiat contra iniustè ionadentem, quod intelligitur etiamsi inuasus dederit caosam inuasioni vacando rei illicitæ, vt adulterio, quia maritus iniustè occidere ie otar adulterum; sic qui alium inuasit, & deinde quia videt se esse imbecilliorem, desistit ab inuasione, aut petit veniam, si inuasus eum occidat, reus est homicidij, quia vbi alter destitit iouadere, non potest repelli. Qui vero instè inuaditur, v. g. à satellitibus, oeqoit se tueri. Secundò fiat deffensio ad impediandm iniuriam, oon ad vlciscendam iam illatam, hoc enim postremum non spectar ad priuatam persooam, sed ad publicam potestatem, neque iniuriam repeodere licet, vt pluribos docet Socrat. apud Platon. *in Critone*, vt refert Euseb. 13. *de prapar. c.6.* Plato *lib.1. de Republ.* Alcino, *cap.23.* Tyrios *serm.2.* qui *est de non referenda iniuria.* Sen. *lib. de constant. c.14. lib.2. de ira c.31.* Epict. apud Arrian *lib.2. c.10.* Tolli. apud Ang *ep.5.* Themist. *orat.5.* Cels. apud Oog. *lib.8.* ex Platonis Critone. Quamquam ex his pbilosophis non sibi aliqui satis constiterint in hac parte, vt Tullius, qui dixit nemini nocere virum bonum, nisi lacessitum iniuria, vt refert, & multis confutat Lactaotius 6. *inst. c.18.* Idē io veteri philosopbia damnat Amb. 1. *offic. c.28.* & *lib.1. de Abrah. c.6.* In Aristot. autem Lælius Peregrin. *lib.6. de affectib. c. de verecundia*, & Antoo. Bernard. Mirand. *lib.3. euers. singul. certam. c.7.* ex Arist. *lib.2. Rhet. c.2. & 5. lib.5. Ethic. c. item 5.1. Ret. c.12. 4. Ethic. c.3.* quem tamen Sepulueda *in 1. Rhetor. c.12.* Picolomineus *c.21. grad.6.* Carbo *lib. de pacificat. inimic. c.57.* Scottia *in select. Pontific. constitut. theoremat.* 391. Tbeophil. Raynaud. *de virtutibus lib.3. n.279.* purgare conantur. Vt verò omittam Aug. *in Psalm.34. v.8. & serm.111. de diuers. c.11.* Synesi. *ep.67.* Cbrysost. *hom.41. in acta.* & *hom.1. in 1. ad Hebr.* aliosque Patres, rationem nuper attigi, qui eoim lacessitus est ioiuria, non habet propterea ius vlcisoendi, & qui læsit, ius habet ne læsus ipse sumat vltionem, sed solùm compensationem petat à Iudice, qui si non fungatur officio, tolerandum erit. Quod enim dicitor per occultam compeosationem, fas esse rem suam à fure repetere, obseptis omnibus aliis viis, dissimile est, nuda enim inioria non ponit ioæqualitatem in rebus, & ex re læsi oihil restat, aut formaliter, aut virtualiter, apud lædentem, quare non licebit quidquam absque iniuria sumere. Hinc Patres, ipsique etiam Philosophi vlciscentes iniuriam, sibi ipsi malum inferre potius quàm vlcisci sæpius dicout. Quare ineptissimè Mirand. *l. c.* dixit iniuriarum repensionem secundùm fidem, illicitam, non secundùm Aristotelem, & ratiooem naturalem. Plura alia congerit Viues *lib.5. de veritate fidei, c.9.* Carbo *lib. de pacificat. inimic. c.51. & 52.* Ribaden. *lib.2. de Principe, c.36.* & alij. Nam oihil opus est expectare vt vulnus tibi inflixerit aggressor, vt fusiùs ostendit Thom. Grammat. in decisionib. Neapolitan. Et Demosthen. orat. 3. contra Philipp. ὁ μὲν οἷς ἂν ἐγὼ ληφθείην, ταῦτα πράττων καὶ κατασκευαζόμενος οὗτος ἐμοὶ πολεμεῖ, κἂν μήπω βάλλῃ μηδὲ τοξεύῃ. Qui facit & parat ea quibos ego capior, hic mibi hostis est, etiamsi nondum feriat, neque iaculetur. Et saoè hic fori vsus est, vt semper quæratur quis fuerit prior aggressus, quod monui aliàs.

Tertiò fas est intendere occisionem iniustè inuadentis, quatenus necessaria est ad nostram defensionem, contra Caiet. *quæst.64. art.7.* Carbon. *l. cit.* & alios, quia ea occisio tunc licita & honesta est, ergo inteodi potest. Neque repugnat S. Thom. significat enim tantùm non posse absolutè desiderari, vt inuasus moriatur, quia id non est absolutè necessarium ad deffensionem, sufficit enim si coocidat viribus destitutus; licebit tamen sese omoibus modis tueri, & quidquid ad id necessarium est inteodere, quare non debet angi an læthaliter feriat, vel non, sed solùm qua commodior patebit via ferire ad impediendam aggressionem. Hinc fit vt incontinenti, & non ex interuallo debeat se iouasus tueri, alioquin non repellit iniuriam dum fit, sed iam inflictam vlciscetur, quare Senatus Parisiensis damnauit morte eum qui suum aggressorem, quem deficientem sclopeto occidere noo potuerat, post aliquot horas in eodem loco repertum ioterfecit, ita refert Mornac. *in l.2. D. de iustitia & iure.* eadem de causa non licet aggressorem iam fugientem insequi & occidere, vti iam monui.

Quartò debere esse moderamen, hoc est, vt non sit alia euadendi via, si enim possis fugere absque dedecore, teoeris, & non potes occidere, vt statim dicam. Deinde non plus damni inferendum est aduersario quàm necessarium fuerit ad resistendum. Bartolus enim eum quem non pudet fugere, obligat ad fugiendum, ne cogatur occidere adoersarium. Vide Tiraquell. *c.20. de nobilit. n.63. 64. & 65.* & Boer. *quæst.168.*

Quintò hæc omnia non modò laïcis, sed etiam clericis licita sunt, vt Couar. ostendit *Clem. si furiosus. 3. p. §. vn.* neque inde contrahetur irregularitas, quia hæc defensio nascitur ex iure naturali, quod integrum quoque manet in Clericis. Denique hac defensiooe contra quemcunque iniustum inuadentem & graue damnum inferentem v.g. vitæ, vti fas erit. Monet verò sapienter Sot. *lib.5. q.1. art.8.* quoties inuasor est Princeps, & persona admodum vtilis reipublicæ, ex cuius interitu timeantur grauia damna in republica, vt seditiones, & bella subito inuasura, teneri potius perpeti mortem quàm ad eam auertendam occidere Principem, subscribit Less. *c.9. n.42.* & alij.

Sextò significaui singillatim ad quas iniurias, 19
& damoa auertenda liceat inuadeotem lædere, atque si alia non sit euadendi via, occidere, quæ damna grauissima esse debere statim apparet, neque mooendum amplius est. Primò ad deffeosionem vitæ propriæ.

Secundò in tuitionem pudicitiæ inuadentem occidere fas est, ex communi sensu Doctorum, idque laudabiliter à quibusdam factitatom legimus, oon tenemur tamen quando abest periculum consensus.

Tertiò, an verò ad deffendendum honorem, & grauem iniuriam arcendam, quia honor quem talis conatur aoferre, ipsi vitæ præponitur, dicemus vbi de acceptando duello.

Quartò in defensiooem rerum suarum & fortunarum, si sint magni momenti, nec aliter seruari possint, furem occidere licebit, ex Couarr. *Clem. cit. 3. p. §. vn. n.6. & communi Doctorũ,* saoentque omnia iura *c. Interfecisti, de homicidio. c. olim. de restit. spoliatorum. c. delicto, de sent. excomm. in 6. l. furem. D. ad l. Corneliã de siccariis. l.4. D. ad l. Aquil.* bona enim externa oecessaria sunt ad vitam tuendam, & esset magnum incommodum, si impunè furibus grassari fas foret. Potes igitur auferre rem tuam à fure, & impedientem occidere. Potes fugientem cum re tua emiοus telo petere, aut iosequi, & vi eripere, est enim contioua quædam inuasio tuarum rerum.

Atque

Atque hoc ius extendo etiam ad clericos & religiosos cum Lessio *num.* 72.

Quintò potes inuasorem iniustum vitæ proximi, fortunarum, pudicitiæ & honoris, si tuam opem imploret, aut tibi coniunctus sit, aut alia ratione charitatis, occidere eo modo quo quis seipsum tueri potest: vnde tamen aliqui malè colligunt, posse maritum occidere vxorem adulteram, si aliter non posset impedire adulterium; quia sic non defenderet rem suam, videlicet corpus vxoris, sed destrueret, tuebitur autem pudicitiam vxoris, si adulterum eam impetentem interimat, quamquam si illa in contumeliam mariti, & in eius oculis id facinus patraret, neque aliter posset amoliri suam infamiam, id licere non dubitem, non tenetur tamen hominis alterius priuati vitam, aut honorem, aut pudicitiam aut fortunas cum propriæ vitæ periculo tueri, vt ex iis quæ de ordine charitatis olim disputata sunt, patet, quod intelligo etiam de eo cui ex officio incumbit alios tueri, contra Syluest. *v. homicidium* 1. *quæst.* 6. non non etiam tenetur vitam aut alia bona priuati, cum inuasoris, quamuis iniusti nece tueri, quia mala sunt paria, immò si inuasor esset tuus parens, violares pietatem, si ad alterius defensionem illum occideres. Denique si potest commodè proximum tueri, & omittit, peccat contra charitatem, non tamen ad restitutionem tenetur, nisi peccauerit ea omissione contra iustitiam, eo quod ad illam defensionem ex iustitia obligaretur, cuiusmodi sunt omnes qui publica authoritate ex officio regunt alios; aut qui ab eiusmodi potestatibus ad hanc tuitionem constituti sunt; deinde qui ad hoc sunt nominatim conducti, vt milites, & qui se speciali pacto ad id se obligarunt. Ad extremum duo quædam moneo non probari Balsamon. *in ep. Basilij ad Amphiloch. can.* 43. dum permittit quidem occidere inuasorem, qui tibi læthale vulnus inflixit, non verò si tantum leue, & medicabile, neque enim teneris expectare vt sis læthaliter vulneratus, immò nequidem vt vulneratus sis, quod iam monui.

Obserua deinde ex Scholiast. Euripidis *in Orest. ad v.* 80. iustè interfectores olim soli gladium ostentare solitos in signum innocentiæ.

Expiari tamen oportebat tale homicidium, vel aquæ ablutione, quod Sophoclis Scholiast. in Aiace obseruat, & alij, etatque eam ob rem instituta sacra expiatoria. Erat & tribunal Delphinium apud Athenienses, in quo iudicabantur, qui fatebantur se aliquem occidisse, sed iure. Eóque pertinent ciuitates refugij diuino iussu designatæ, apud Hebræos *Exodi* 19. *Deuter.* 23. *& Iosue* 20. Vsu deinde receptum fuit vt homicidij casu facti aut inculpabiliter commissi indulgentia peterent à Principe, eaque illa Principis manu subscripta, quod obseruat Cuiac. *lib.* 20. *obseruat. cap.* 23.

Quarta pars Regulæ.

20 Septimò dixi homicidium quoties illicitum est, violare iustitiam, quia particulare ius Dei in hominis vitam violat, atque homini eripit optimum omnium bonorum naturalium per summam iniuriam, & ius quod habet quisque seruandæ suæ vitæ, eaque vtendi, aufert, & lædit immedicabiliter, vt ait Philo *lib. de legib. special.* mitto deinde damna quæ ex ea vitæ ereptione in rempublicam, & personas coniunctas deriuantur, quæ vt dicemus *art.* 2. reparanda erunt. Addidi tamen non committi iniustitiam in homicidio aduersùs alium cui per calumniam cædes patrata imputatur, immò & ea de causa plectitur, quod ita intelligo vt Caius qui occidit Semproniũ, non id fecerit vt inde malum eueniret Titio, & vt illi cædes tribueretur, indeque pœnas, & mortem lueret, neque etiam aduerterit Caius ex occisione Sempronij id euenturum Titio, tunc enim ex actione iniusta Caij damnum merè per accidens prouenit Titio, & solùm ex malitia aut calumnia accusatoris, neque tenebatur Caius illud damnum præuidere, quia vt plurimum non contingit. Est denique merè fortuitum Caio, cùm neque in se fuerit volitum, vtpote ignoratum, neque in causa; effectus enim qui non nisi admodum rarò ex aliqua causa, & non nisi accedente aliquo extrinseco, tanquam principali causa, prouenit, non censetur in ea causa volitus. Caius igitur quamuis iniustè Sempronium occiderit, non censetur causa damni, aut mortis quam subiit Titius ob occisionem Sempronij, per calumniam illi imputatam; immò addit Less. *cap* 9. *n.* 111. etsi aduerterit ex homicidio quod committit, damnum tertio euenturum, se non peccare peccato iniustitiæ, in illum tertium qui sui facinoris author habebitur, quia vt ait etiam Sotus *lib.* 4. *q.* 6. *art.* 3. quoties ex aliqua actione quidpiam sequitur tantùm per accidens, & non ex natura actionis, sed quia illi deinde se alterum vel malitia, vel ignorantia admiscet, talis actio non censetur tertio iniuriosa, neque tenetur ex iustitia, sed solùm ex charitate cauere damnum, quod aduertit per accidens ex aliorum interuenientе malitia, vel ignorantia posse euenire; quare eiusmodi damnum non impediendo, non peccabit fortassis contra iustitiam, sed contra charitatem. Sic qui furaretur alteri rem ex cuius dolore præsagit moriturum, non est homicida, & qui vendit militi arma quibus est abusurus, non est reus illius abusus, quia hæc non sequuntur ex natura talium actionum, sed ex malitia subinde operantium. Maior videtur difficultas, an pecces cõtra iustitiam, si non tantũ damnum illud alteri tertio ex tuo homicidio euenturum aduertas, quamuis per accidens modo explicato, sed etiã illud intendas, quod valet etiã in plerisque aliis, vt si vendas militi arma quibus præuides alterũ lædendum, & velis, imò etiã eo animo vendas vt tuum inimicum iis armis miles conficiat, modo tamẽ eam cædem illi non persuadeas; an pecces inquam contra iustitiam erga illũ tertium, cuius damnum præuides, & intendis. Ita affirmat Soto *l. c.* meliùs tamen negat Less. quia, vt sæpiùs monuimus, sola intentio nõ facit opus exterius iniustum, si ex natura & circumstãtiis in quibus fit, tale non sit, vt reuerà non est in nostro casu: intentio enim habet opus externum pro obiecto, à quo proinde suam speciem, & malitiã saltem fundamentalem accipit, quamuis in illud deinde deriuet moralitatem formalẽ correspondentem fundamentali, vt aliàs docuimus, supponitque intentio iniusta violationem æqualitatis in actione interna, non autem eam inducit, quare si ex actione externa plerumque in talibus circumstantiis damnum tertio proueniat, peccabis contra iustitiam, etiamsi illud damnum non intendas, nisi vtaris iure tuo in illa actione exercenda, tunc enim nemini facis iniuriam.

Immanitas huius criminis & iniustitiæ, sumitur 21
ex variis circumstantiis. Primò quòd res Deo sacra, & eius expressissimum sigillum destruatur, ex Philone *lib. de legib. specialib.* Secundò quia ius naturæ subuertit, cùm animal sociale occidat. Idem *lib. de Decal.* vbi & iterum vrget hominẽ esse Dei possessionem sacratissimam. Tertiò quòd terra cruentetur & fœdetur humano sanguine, & ferro, quod ad tam multa vtile est, abutantur homicidæ, Cyrill. *homil.* 8. *Pasc.* Crescit autem hæc immanitas primò ex modo,

si dolo fiat, si ex animi præuia deliberatione & proposito, si ex insidiis & proditoriè. Secundò ratione personæ cæsæ, si enim sit persona sacra, adiungitur sacrilegium, qua de re tamen lis est inter Vasq. *3.p. d.98.n.14.* & Suar. *lib. de sacrilegio c.6.n.5.& 6.* Si pater aut filius, qua de re Gillius *lib.12. cap.1.* & Lactant. *lib.6.c.20.* Si dominus, Cassiod. *lib.2.ep.59.* An verò sit omnibus aliis sceleribus detestabilius, lis est de periurio, quod superari ab homicidio dicit Salas *1.2.tract.13.d.5.n.27.* Less. *c.42.n.75.* Angest. *c.9.moral.tract.2.* Immanius faciunt periurium homicidio, Azor. *tom.1.lib.11.c.12.q.6.* Suar. *lib.3.de iuram.c.3.num.11.* & alij. Si loquamur de generica grauitate maior est in periurio, quia pugnat cum nobiliori virtute; si de specifica, homicidium vincit, neque repugnat speciem inferioris generis superare contentam sub genere altiori, vt sæpius inculcauimus.

Quæ de homicidio disputata sunt hactenus intelligas velim de voluntario, non autem de casuali, & merè fortuito, cuiusmodi est quod neque in se, neque in sua causa fuit voluntarium, vt primò si causa non fuit efficax, & ex qua non soleat ordinariè sequi mors. v. g. vulnus non erat læthale, culpa tamen medici periit vulneratus, aut sua temeritate, alioque casu *c. significasti, de homicid.* Secundò vacans rei licitæ, aut illicitæ, quamuis periculosæ, si adhibuit sufficientem cautionem ne quid incommodi sequeretur, & sua diligentia abstersit periculum, & mors inde sequuta est, merè fortuita est, vt ait Caiet. *q.64. art.8.* Si autem in opere periculoso non fuit præstita sufficiens cautio, erit peccatum homicidij, & iniustitiæ, mortale vel veniale pro ratione negligentiæ, quia est voluntarium in causa, nempe in illa negligentia, aut omissione cautionis, quare non erit grauior culpa quàm fuerit negligentia, ratione cuius imputatur, & voluntaria fuit.

22 Octauò dixi mutilationem & percussionem eodem modo licitam esse quo homicidium, quia est homicidium aliquod inchoatum, vtrum verò liceat e aliquando mutilare, dixi tum hoc loco, tum alibi.

ARTICVLVS II.

De iniuriis per abusum alieni corporis.

Regula vniuersalis. 1.
Explicatio Regulæ. 2.
An stuprum volenti virgini, & inuitis parentibus illatum, sit iniustitia. 3.
Raptus, & stupri discrimen. 4.
Adulterium continet iniustitiam. 5.
An adulterium lenocinante marito vxori sit iniustitia. 6.

Regula vniuersalis.

1 ABusus & fœdationes alieni corporis contra iustitiam, sunt stuprum, & adulterium, quoties inuitis personis quæ eas sordes in suo corpore patiuntur, aut iis qui peculiare quoddam ius in eiusmodi corpora habebant, committuntur. Iis autem consentientibus cùm nullum peculiare ius violetur his actibus, non contrahetur malitia iniustitiæ, sed sola deformitas intemperantiæ castitati opposita.

2 Stuprum vsurpo pro fœdatione alieni corporis in non coniuge, seu virgo, seu vidua sit, seu iam prius deuirginata. Adulterium pro abusu coniugis alterius, vt aduertit Modestinus *l. stuprum 34. D. ad l. Iuliam de adulter.* quamuis ibidem *l. inter liberam 6.* vsurpetur stuprum pro omni coitu prohibito, & sic comprehendat sodomiam, incestum, & bestialitatem, aliasque spurcitias de quibus agere hoc loco non est nostri instituti, cùm consideremus has actiones dumtaxat, prout præter intemperantiæ malitiam, iniustitiæ turpitudinem ex iuris alieni violatione sibi asciscunt; videturque perspicua omninò nostra conclusio vniuersim proposita, nimirum fœdationes istas quoties violant ius peculiare & strictum personarum in corpora quæ inquinantur, continere specialem quoque iniuriam iustitiæ repugnantem præter spurcitias incontinentiæ. Quando verò personæ quibus competit eiusmodi speciale ius in talia corpora illi cedunt, & in eas fœditates consentiunt, nullam irrogari iniuriam volentibus, vt sæpius monuimus, ac proinde vnam castitatis virtutem violari, nisi adsint aliquæ aliæ circumstantiæ, vt personæ Deo consecratæ, de quo Origenes *lib. de singular. Clericorum.* Amb. *in Paren. ad virginem lapsam*, quæ eadem habetur apud Hieron. *tom. 9. cum hac inscriptione : In Susannam lapsam obiurgatio.* Nonnullis dumtaxat circa initium & finem mutatis. Idem Hieron. *ep.48. ad Sabinianum virginis sacræ defloratorem.* Chrys. *hom. ne regulares fœminæ viris cohabitent*, apud Basil. ante eius epistolas. Anselmus *Paranesi ad virginem lapsam.* P. Damian. *opusc. 17. & 18.* atque è recentioribus Espenc. *lib. de contin.* Bellarm. *lib. de cleric. à c.18.* Comitol. *1. respon.q.56.57.* Suar. *lib. de sacril. c.3. & lib.2. de voto c.6. num.9.* Sanchez *lib.7. de matr. d.27. lib.5. in Decal. cap.6.* Mendoza *in 1. Reg. cap.1. n.2. annot.5.* Anast. Germon. *lib.1. de sacror. immunit. c.7.* Lipsius *syntagm. de Vestalibus.* In hac enim fœditate reperitur violatio religionis, & iniustitia propter iniuriam, quæ Deo infertur, qui ius in corpus illud, quod violatur, acquisiuerat per eam consecrationem, vti Suar. *lib.2. de voto c.6.n.9.* docet. Ratione præterea consanguinitatis crescit ea turpitudo de qua Damian. multis *opusc.* & Anselm. *tract. de nuptiis consanguineorum*, aliisque ex causis, de quibus alibi. Nunc sistimus in vna iniustitiæ superaddita malitia, quam vbi vis accedit, & sponte ac volens non patitur quis se fœdari, interuenire nullus dubitat; quamquam enim Isidor. *lib. 2. ep. 215.* contendat eum grauiùs peccare qui blanditiis pellectam, & ad consensum perductam, quàm qui renitentem opprimit, quod etiam dixit Liban. *declam. 2. p. 212.* non tamen iniustitiæ labe stupratorem illum absoluit, sed quia facit puellam sic consentientem peccare, cùm in priori casu ipse solum qui vim infert peccet. Porro per vim non hic tantùm intelligo violentiam, qua fœmina renitens opprimitur, sed eam omnem quæ consensum ab inuita extorquet, ita vt non nisi quadam voluntate coacta, & mixta, non planè libera consentiat, quamuis ipsa quoque peccet propter voluntarium mixtum, cum quo manere sufficientem libertatem ad peccandum sæpiùs diximus, siue eliciatur hic consensus iniecta vi, siue metu cadente in constantem virum, siue seductionibus, & dolosis promissionibus, siue fraudibus, vt si dormiens opprimatur, aut existimans se cum suo viro congredi, siue maleficio, & philtris amatoriis, siue denique importunis precibus, quæ violentiæ comparentur, cùm malit quis dispendium rei suæ pati, quàm molestum deprecatorem. Supersunt nihilominus nonnullæ difficultates quoad quædam particularia, quas paucis perstringo.

Prima est, an stuprum volenti virgini illatum inuitis 3

tis

tis parentibus, aut tutoribus, quorum curæ aut custodiæ subest, contineat peculiarem malitiam iniustitiæ, & sit verum ac formale stuprum à simplici fornicatione distinctum.

Resp. cum Sanch. *lib. 7. de matr. d. 14. n. 5.* & aliis ibidem relatis, nullam peculiarem iniuriam fieri parentibus aut tutoribus, modò absit raptus, cùm nullum strictum peculiare ius ea fœdatione violetur, non quidem ipsius virginis, quæ ius habet in vsum sui corporis, non quidem, vt extra coniugium licitè vtatur, sed vt nulli faciat iniuriam in eo vsu, sicuti in vsu aliorum quoque membrorum contingit, & siue inde minus apta matrimonio reddatur, cùm etiam viduarum nuptiæ minus expetantur, vt ait Apulei. *in apolo.* siue quid aliud inde accidat, potest illa velle carere nuptiis, & subire ea omnia incommoda. Et quidquid sit de virginitate, an ea consistat in integritate corporis tanquam in materia, & an in defloratione fiat aliqua disruptio, quod negant peritiores medici, non est alia hic turpitudo, quàm sit in simplici fornicatione respectu virginis consentientis, neque etiam respectu parentum, aut tutorũ dissidentium, qui nullum habent ius magis peculiare in filiã virginem, quam corruptam. Atqui si corrupta volens fornicetur, non facit peccatum iniustitiæ contra eius patrem, qui ad eam accedit, & licet illa inde minus apta reddatur matrimonio, poterit tamen velle innupta permanere, quamuis autem inde redundet dedecus in parentes, illud tamen non pertinet nisi ad damnum consequutum ex hac violatione virginis, & fœdatione, non autem arguit ius peculiare parentum ea actione violari, & proinde habere formaliter malitiam iniustitiæ respectu parentum. Confirmatur quia si illa disruptio claustri virginei fieret absque libidine & peccato, vt magno aliquo impetu, aut morbi curandi causâ, sequerentur omnia illa incommoda quoad futurum matrimonium, & tamen non fieret iniuria parẽtibus. Vnde colligit quoque Sanch. *n. 11.* nihil ea defloratione virginis cõsentientis restituendum esse parentibus, tum quia etsi ipsa virgo pecunias haberet, non teneretur ad restitutionem illã patri, cùm tamen fuerit causa principalis propriè deflorationis, tum quia potest nubere cui voluerit inuito patre, & potest damnum totum sibi inde proueniens pati non obstante parentum ignominia inde consequente, quam ex iustitia non tenetur vitare, sed solum ex pietate, & obseruantia in illos. Alij iniustitiam hoc loco petunt ex parte prolis bene educãdæ; verùm hinc sequeretur simplicem etiam fornicationem esse contra iustitiam, illa enim eodẽ modo prolis educationi repugnat, neque ex disruptione claustri virginei maius damnum imminet proli, alioquin non liceret virgini defloratæ matrimonium, & proles nondum existens nullum potest habere verũ ius quod violetur. Itaque hanc sententiam docet Less. *c. 10. dub. 1.* Vasq. *disp. 112. n. 1. & 3. & opusc. de restit. c. 1. §. 1. dub. 1. n. 6.* Kon. *de pœnis d. 7. dub. 4. n. 19.* Salas *tract. 3. d. 6. n. 59.* Suar. *tom. 4. d. 22. s. 4. n. 6.* probabilẽ putat, qui omnes addunt non esse exprimendam circumstantiam virginitatis in confessione siue copula sequuta fuerit, siue sola voluntas habita, quando violentia nulla adhibita fuit, modo superius explicato, neque intentata, siue parentes consenserint, siue inuiti fuerint. Contra Bonac. *de matr. q. 4. p. 17. num. 2.* & alios ab eo relatos, & à Sanche *loc. cit.*

4 Limitatur tamen hanc conclusionem nisi fuerit raptus, qui consistit in violenta abductione fœminæ ab vno loco in alium causâ libidinis, tunc enim fit grauis iniuria parẽtibus & tutoribus, in quorum custodia erat puella, quare potest committi raptus etiã cõsentiente virgine quæ abducitur, & tunc erit raptus sine stupro, deinde raptus de quacumque fœmina violenter abducta dicitur, stuprum autem non nisi de virgine vsurpatur, sed de raptu, & eius pœnis plura dabit Sanch. *lib. 7. de matr. d. 12. & 13.* & nos alibi. Hinc vides multò magis reiiciendam esse opiniunẽ Caiet. *2. 2. q. 154. art. 6.* & aliorum, qui defloratione virginis habere per se specialẽ deformitatem iniustitiæ, præter turpitudinẽ incontinentiæ, dixerũt, quamuis puella, & ij in quorum custodia est, consentiant, quem alij sequuntur apud Sanchem *n. 3. d. 14. cit.*

Adulterium continere præter turpitudinem formalem, quoque iniustitiam aduersus alterum coniugem, cuius ius etiam strictum violatur, supponimus, improbamusque illud Tertull. *lib. de pudicit. cap. 4.* *Non interest nuptam alienam, an viduam quis incursset, dum non suam fœminam.* Contrarium enim omnibus persuasum est. Dio *orat. 15.* Muson. *serm 6. apud Stob.* Arist. *5. Ethic.* Stoici apud Origen. *lib. 7. contra Cels.* Chrysost. *hom. 7. in 1. ad Thessal.* ad illud. *Ne quis supergrediatur, & fraudet fratrem in negotio.* Basil. Seleuc. *orat. 41. sub fin.* Isidor. *lib. 3. ep. 76.* Clem. *3. pædagog. c. 2.* Phil. *lib. in Decalog.* Epictetus apud Arrian. *lib. 2. cap. 4.* Nicostrat. *lib. de nuptiis.* Phyntis Pythagor. *lib. de temperantia*, apud Stob. *serm. 85.* & Tiraq. *l. 13. connub. & l. 15.* quo postremo loco de adulterij suppliciis multa, vt & Lorin. *in c. 20. Leuit. v. 10.* Apulei. *lib. 8. Miles.* de adulteri serui pœna horrenda dabit. Vxorum tamen dumtaxat adulteria iura Romana puniebant, non virorum, teste Gell. *lib. 10. c. 23.* cuius legis iniquitatem Senec. *ep. 95. & 96.* & multò grauiùs Patres insectantur. Aug. *lib. 2. de adult. coniug. c. 8. lib. de decem chordis, c. 4. & 9. hom. 49. ex 50.* Ambr. *lib. 1. de Abrah. cap. 4.* Aster. *hom. 5.* Chrys. *hom. in illud; Propter fornicationem, & hom. 5. in 1. ad Thessal.* in illud; *non vocauit nos Deus in immunditiam* Hieron. *ep. 30. ad Oceanum, initio.* Lactant. *lib. 6. cap. 23.* Nisi dicas idcircò leges potiùs puniuisse vxorum adulteria, quia ex illis grandiora incommoda sequuntur ob suppositos partus, de quibus Viues *in instit. Christianæ mulieris. c. 2.* & Tiraq. *l. 1. connub. n. 45. 46. 86.* Neque propterea sine pœna est maritus adulter, tum quia diuino iudicio reseruatur, vt ait Chrys. *lib. de virgin. c. 52.* tum quia etiam nunc graues pœnas sui facinoris luit, vt disputat Epictet. apud Arrian. *lib. 2. c. 10.* Non dici quoque propriè adulterium in iure Romano, nisi cùm quis ad nuptam accedit, non vero si ad virginem, aut viduam, & denique non maritatam, quamuis ipse maritus sit, ostendit Antonius Faber in Iurisprudent. Papinian. *titul. 10. principio 3. illat. 25.* 5

6 Quæritur verò an adulterium lenocinante vxori marito, sit peccatum formalis iniustitiæ. Responde Azor. *p. 3. lib. 5. c. 6. q. 1.* affirmatiuè, adulterium etiam consentiente marito admissum cũ vxore esse iniustitiam, quia non potest coniux cedere hac in parte iuri suo, & facit contra iustitiam contractus cum sua vxore initi, quem non potest dissoluere. Less. *c. 10. dub. 1. & lib. 4. c. 3. n. 73.* negat quidem fore specialem iniuriam coniugis consentientis, fore tamen contra statum coniugalem illius, vinculum, & sanctitatem, sicut dum Clericus cedit iuri exemptionis, & sinit se trahi ad tribunal sæculare, non patitur iniuriam, quæ tamen infertur ordini Clericali. Ita hic est iniuria contra ius coniugis, vt coniux est, quo non potest efficaciter se abdicare, quia non cõpetit illi ob bonũ priuatum, sed ob commune totius status: quare cùm cessio sit nulla, ius totũ manet, & cõtra illud peccatur, ac proinde in eo adulterio erit malitia incontinentiæ,

tiæ, & iniustitiæ, quæ tamen neque ad satisfactionem, neque ad restitutionem vllam obligabit propter condonationem factam à coniugibus. Quare hoc ius est inabdicabile, sicut ius vitæ cui nullus cedere potest. Dubitat tamen, vt videtur, August. *lib.* 1. *de sermone Domini in monte*, *c.* 16. vbi Acindini Præfecti Antiocheni sententia de ea muliere, quæ vt libram auri penderet ad eximendum vinculis maritũ, de eius consensu se prostituerat, illi qui auro, quod ostenderat subducto, eius loco terram dedit. Acindinus enim de suo libram auri fisco impẽdit, quia maritum pro ea summa dederat in vincula, fœminam autem dominã fecit terræ, quia pro auro terram acceperat. Concil. Iliberit. *c.* 70. vxores quæ lenocinãtibus maritis adulterantur grauiter punit; de pœnis autem adulterio inflictis, eiusque præ reliquis turpitudine, plura dabit Basil. Ponc. *lib.* 9. *de matr. c.* 14. nos & inferiùs fortasse aliquid subiiciemus, interim adi Mornacium *in l.* 18. *C. de transactionibus*.

ARTICVLVS III.

De reparatione iniuriarum & damnorum superioribus Articulis enumeratorum.

Regula vniuersalis de homicidio. 1.
Explicatio regulæ. 2.
Qui iustè occidit aut mutilat ad nihil tenetur. ibid.
Secus qui iniustè. 3.
Ad quæ damna compensanda teneatur. 4.
In quo casu excusetur. 5.
Quibusnam facienda sit hæc reparatio. 6.
Secunda regula, de reparatione pro fœdato alieno corpore. 8.
Non debetur præcisè pro fœdatione. 9.
Sed pro damnis consequutis. 10.
Quid si fœmina fœdari voluerit. 11.
Tertia regula, de reparatione facienda ratione adulterij. 12.
Ad quid teneatur adulter. 13. 14.
Ad quid adultera. 15.

PRo diuersitate istarum iniuriarum, & damnorum ex iis consequentium diuersa debet esse reparatio, quare de illis diuersæ regulæ vniuersales tradendæ sunt.

PRIMA REGVLA VNIVERSALIS.

De reparatione facienda ab homicida.

1 Iniustus homicida, mutilator, & percussor tenetur ad restituenda damna in bonis externis consequuta ratione expensarum, cessationis à labore, & captatione lucri, nisi à læso, aliisque quorum interest facta fuerit condonatio, aut à iudice per iustam sententiam definita hæc obligatio. Sunt verò hæc damna compensanda illis quibus ex iustitia debebantur hæc emolumenta. Pro iniuria verò, ipsóque damno coporali, seu personali irreparabili, vita scilicet, membro, aut cicatrice nihil restituendum erit.

2 Ago de iniusto solùm homicidia, vel mutilatore, quia certum est eum qui non læsit iustitiam, non obligari ad restitutionem, quare qui casu, & omnino innoxius alterum aut occidit, aut vulnerauit, ad nihil tenetur, secus verò est si Caius qui voluit occidere Titium occidit casu, & per ignorãtiam Semproniũ, quia hæc occiso habet totã malitiam homicidij quamuis in persona occidenda fuerit erratum, & vna alteri fuerit substituta: quare *l. cum qui* 18. *§. de iniuria, D. de iniuriis*, concedit actionẽ iniuriarum Caio Seio, qui existimatus per errorem Lucius Titius, passus est ab alio iniuriam. Qui etiam occidit se iniustè inuadentẽ cum moderamine inculpatæ tutelæ, ad nihil tenetur, sed potius hæredes occisi obligãtur ad damna quæ iniustè inuasus passus fuerat ab occiso, vt ait Molin. *disp.* 81. *n.* 2. qui rectè hoc extẽdit etiã ad eum qui vacans rei illicitæ causam dedit iniustæ inuasioni, v.g. adulter in flagitio deprehensus à marito, potest se aduersus vim mariti mortẽ intentantis defendere, vt nuper diximus, & si dum se inculpatè defendit, maritum occidat, ad nullam obligabitur restitutionem; quamuis etiam potuerit iniustè inuasus fugere, cùm tamen non teneretur ad fugã ex iustitia, sed solùm ex charitate, si substitit, & se defendendo inuadentem occidit, quamuis peccauerit contra charitatem; quia tamen non est causa iniusta damni, eximitur onere restituendi, ex Less. *c.* 9. *n.* 136.

Qui autẽ se defendendo excedit notabiliter iustam deffensionẽ, & peccat mortaliter contra iustitiam occidendo aggressorem, tenetur integrè omnia damna compensare, quia omnium illorum damnorũ iniusta causa fuit, & licèt, qui ex insidiis, aut aperta vi, aut aliis modis iniustè occidit, maiorem iniuriam inferat, non tamen tenetur nisi ad compensationem totius damni, quam eandem debet hic defensor qui solùm per excessum violauit iustitiam, & cuius culpa multò leuior videtur, quia quantitas restitutionis sumitur ex quantitate damni per iniuriã illati, non ex grauitate iniuriæ, cui tamen maior pœna debebit respondere. Less. *n.* 135. putat ex quadam æquitate naturali, etsi damnum par sit & compensatio non sit æstimanda ex magnitudine iniuriæ, eum tamen qui alium inuadit, amittere aliqua ex parte ius compensandi damni, cùm ipse sibi ipsi malum crearit, & difficilè potuerit inuasus cohibere dolorem animi, ne sese tuendo excederet. 3

Secundò assignanti damna quæ cõpensanda sunt, ea nimirum quæ ex occisione, mutilatione, vel percussione iniusta in bonis externis consequuta fuerunt, nimirum primò expensæ in curatione vulneris necessariò factæ, pro qualitate etiam personæ, detractis tamen iis quæ ipse in victu suo, si non fuisset vulneratus, insumpsisset. Secundò lucrum cessans ex operis aut industria occisi, aut mutilati, quantum videlicet illa spes lucri valet prudentis arbitrio, qua de re consule Molin. *d.* 85. *tract.* 3. & Less. *c.* 9. *dub.* 20. Si tamen ille qui occisus est, breui quoq; erat morte iusta tollendus, qui præuenit et tantùm, quãuis peccaret contra iustitiam, non tenetetur ad restitutionẽ, quia nullum infert damnum pecuniarium, cùm tam breui tempore nihil fuisset lucraturus; si autem iniustè erat interficiendus, qui præuenit tenetur ad restitutionem, ad quam obligandus erat qui fuerat occisurus. Non esse porrò in restitutione pro spe lucri detrahendam laboris æstimationem, docent omnes contra Maior. *in* 4. *dist.* 15. *q.* 19. quia ea detracta sæpiùs nihil superest restituendum, cùm in vilibus opificibus lucrum non sit maius quàm æstimatio laboris, quare qui percussione iniusta eiusmodi opificem impediuit à labore, tenetur reddere lucrum quod sua arte fecisset illo mense, detractis expensis quas fecisset, poterit nihilominus tantùm detrahi, quantùm dedisset ille artifex, vt labore leuaretur, 4

leuaretur, vt ait Molin. latè *disp.* 87. ad expensas funeris non tenetur, quia hæ factæ etiam fuissent aliàs.

Tertiò dixi quandonam iniustus homicida eximitur onere restituendi. Primò quando læsus condonat iniuriam & damnum, modò id licitè possit, quòd eius damnum non sit ita implicatum cum iure alterius, vt proprio cedere non possit. Hinc fit, vt qui se mutuò prouocant ad duellum, ad nihil teneantur, quia sibi mutuò condonant, sicut neque ille qui ab alio prouocatus duellum acceptat, quia prouocans eo ipso condonare videtur damnum si quod sibi inferatur. Ita Less. *n.* 153. contra Molin. qui *disp.* 82. *tract. cit.* hoc postremum negat. Secundò qui absolutus est à iudice iusta sententiâ, nihil restituere debet, vt ait Molin. *d.* 81. *n.* 7. v. g. qui iudicatus est innoxiè ad sui defensionem occidisse, quamuis fortassis excesserit, & ratione illius excessus obligaretur in conscientia ad restitutionem, si tamen immunis iudicetur à publica potestate, liberatur illo onere, in pœnam videlicet illius qui inuaserat, & sua temeritate sibi malum creauit. Idem dic de coniuge qui vxorem in adulterio deprehensam, rectè occidisse vnà cum adultero iudicatus est. An verò possit priuatus re nõdum ducta in iudicium, illam compensationem facere pro iniuria sibi illata ab occiso, & nihil aliud restituere, quàm illud ad quod ab æquo iudice condemnaretur, si res ad tribunal deducta fuisset, quæstio est, in qua Molin. *d.* 81. *cit. num.* 10. probabile putat id fieri posse, quamquam consulat vt illi homicidæ, eos qui ab ipsis petunt restitutionem, vocent ad iudicium, & ibi obtineant absolutionem. E contrario verò quæri potest an iniustus homicida qui pœna talionis plectitur à iudice, teneatur prætereà ad restitutionem hæredibus defuncti ex propriis bonis; Couarr. *lib.* 2. *variar. c.* 10. *n.* 7. Less. *c.* 9. *n.* 138. veriùs putant ipsum teneri, quia non infligitur pœna, nisi vt iniuria reipublicæ illata plectatur, non autem vt partis læsæ damnum resarciatur, quare semper manet reparandum. Addit tamen idem Lessius valdè probabile videri homicidam pœna talionis damnatum, non teneri in conscientia quidquam restituere hæredibus occisi, nisi id exigant, vbi autem exigent, debebit ipsis reparari damnum illatum. Existimarem tamen si iudex ad nihil aliud damnarit homicidam, posse illi sententiæ stare eius hæredem, & aliud non soluere.

6 Quartò significaui quibusnam facienda sit hæc restitutio damnorum, nempe illis quibus ex iustitia debebantur emolumenta, quæ perierunt ex occisione aut mutilatione, nimirum vxori, liberis, parentibus; quia, vt ait Less. sunt vna veluti persona omnes hi cum defuncto, & in communi æstimatione hi soli censentur damnum passi, vnde infert Less. & alij, non teneri ad restitutionem nisi hæredibus necessariis, non autem aliis quos ipse facturus erat hæredes, qui illi nullum habent ius ad hæreditatem, nisi ex voluntate defuncti, qui fortè mutasset animum, & quamuis pinguior futura esset illa hæreditas, si occisus diutiùs vixisset propter spem lucri quam habebat, non tamen perueniret necessariò ad hunc hæredem, immò fortasse non peruenisset. De creditoribus occisi, maior est difficultas, & omninò illis occisorem teneri, putat Molin. *d.* 83. quia ipsis emolumenta defuncti acquirenda, in solutionem debebantur. Negant tamen alij passim, cùm homicida nullam iniustitiam commiserit aduersùs creditores, qua eadem ratione diximus homicidam non teneri restituere quidquam alteri, cui homicidium imputatum est falsò, & qui ea de causa restituere coactus fuit, cùm non peccet contra iustitiam ratione istius tertij falsò ab aliis accusati.

Denique pro ipso damno corporali, & personali præcisè, nihil esse restituendum monui. Præcisè, inquam, nam si damna inde alia consequantur, obligationem esse reparandi illa, iam monuimus, v. g. pro cicatrice nihil resarciendum est. Si ob illam tamen deformitatem difficiliùs nubat fœmina, erit propter eam iacturam aliquid donandum; quare reiicimus Scot. qui *in* 4. *dist.* 15. *quæst.* 3. *art.* 2. putat vbi est pœna talionis constituta, homicidam teneri eam mortem ferre patienter ad satisfaciendum, vbi autem non viget ea pœna, debebit suam vitam in causa iusta periculo exponere, alioquin si id detrectet, non erit absoluendus, nisi satisfaciat in spiritualibus orationibus, & sacrificiis, quod alij quoque quoad istas orationes affirmant: certè faciendam aliquam restitutionem pro vita ipsa præcisè, contendit Molin. *d.* 84. atque esse communem sententiam quam sequitur etiam Couarruuias *lib.* 2. *variar cap.* 10 *num.* 7. aliquot relatis, quibus accedunt Val. *d.* 5. *quæst.* 6. *part.* 5. §. 1. Azor. *tom.* 3. *lib.* 5. *cap.* 3. *quæst.* 4. Rebell. 1. *part. lib.* 3. *quæst.* 1. Caiet. *in summa, v. restitutio.* Ab ea tamen discedunt Less. Bonac. & alij recentiores sequuti Nauarr. *cap.* 15. *num.* 22. quia omissis pluribus quæ congerit Lessius, in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *l.* 1. *D. de iis qui deiecerint.* quare cùm damnum hoc sit irreparabile, transit in nudam iniuriam, atque vt argumentatur Victoria 2. 2. *q.* 62. *art.* 2. *ad* 1. *in comm. M. S. apud Molin.* nullus est cui fieri possit restitutio, non homini occiso, quamquam de mutilato tantùm agat Victoria; neque etiam hæredi, ad quem neque vita, neque manus abscissa, neque oculus erutus transmitti debebat, sed solùm bona quæ ille homo aut viuendo, aut laborando acquisiuisset. Denique cùm damnum istud sit irreparabile, transire censetur in nudam iniuriam, pro qua non deberi restitutionem, sed satisfactionem constat ex alibi dictis, quæ omnia confirmantur omnium tribunalium constanti & perpetuo vsu, nunquam enim ad restitutionem pro vita adempta præcisè condemnant, sed ad pœnam: neque valet argumentum à vita mancipij, aut seruis pro quibus occisis debetur domino restitutio, hæc enim censentur in bonis externis domini. Quod Scot. de pœna talionis asserit, non probat, quia teneretur homicida se offerre pœnæ, ad quod tamen nulla lex ipsum obligat, esset enim dura, & inhumana, si enim habeat vxorem, & liberos, quibus debeat prouidere, non potest vitam suam euidenti periculo exponere. Ex iustitia quoque non placet obligare ad sacrificia, orationes, aliáque spiritualia pro anima defuncti, hæc enim sunt alterius ordinis, neque sunt pretium rei temporalis, & vitæ: ex quadam tamen animi æquitate, & charitate ad id teneri non improbabiliter aliquis asserere posset cum Bonac.

Secvnda Regvla.

De reparatione pro fœdatione alieni corporis.

PRo abusu alieni corporis, & fœdatione, nulla debetur præcisè restitutio, sed pro damnis inde cõsequutis, quare qui vi, metu, vel fraudibus, virginẽ inuitam constuprauit, eam vel ducere tenetur, vel cõmodè dotare, vel curare vt æquè commodè nubat, atque si virgo adhuc esset. Qui consentientem deflorauit, neque ipsi, neque parentibus quidquam debet, 8

seclusa promissione, si quid enim promisit, præstare tenetur.

9 Prima pars constat ex superioribus, hic enim abusus, & fœditas, non spectatis damnis bonorum externorum, est nuda iniuria, pro qua non deberi restitutionem stabilitum fuit hactenus, & malè Rebell. 1. *part. lib.* 3. *quæst.* 10. *num.* 1. ex violata per hanc inquinationem iustitia, & irrogata iniuria, collegit restitutionis necessitatem hoc loco. Quod autem Victoria, & qui illum refert ac sequitur Molin. *tract.* 3. *d.* 106. *num.* 6. existimarunt in stupro præter iniuriam esse damnum quoddam personale, nempe disruptionem claustri virginei, & hymenis pro quo aliquid sit restituendum, sicut pro membro abscisso, iam reiectum est, quia nequidem pro membro abscisso restituendum quidpiam est, si de eo damno præciso à bonis externis, & vt corporale tantùm est agatur, cùm enim sit irreparabile, transiit in nudam iniuriam, & commentitia ea hymenis disruptio dicitur à peritissimis Medicis, vt obseruat *lib.* 7. *de matr. d.* 14. *n.* 1. Sanch.

10 Secunda pars, de stuprante inuitam, communissima est Molin. *tract.* 3. *d.* 106. & aliorum, quia est iniusta causa damni, ne puella deuirginata tam commodè nubat, vti fecisset: quare tenetur ex iustitia eiusmodi damnum reparare, quod non potest aliter, quàm vel eam in coniugem ducendo, vel augmento dotis curando vt commodè nubat. Dixi autem teneri ad alteram restitutionis viam, non ad vtramque simul, quia licèt *cap.* 1. *&* 2. *de adulteriis*, vtramque pœnam imponat stupratori, vt simul dotet, & ducat in vxorem, illa tamen non obligat ante sententiam; quare ex communi sensu non obligatur, nisi vel ad matrimonium, vel ad dotem, non integram quidem, sed solùm quanti valebat spes nuptiarum, quam habebat integra. Optio verò huius restitutionis non est penes stupratorem, sed puellam, si enim tenuat nubere illi, tenebitur ad dotem, etsi sint paris conditionis, quo casu videtur Couarr. 2. *p. de sponsalib. c.* 6. §. 8. *n.* 19. obligare puellam ad acceptandum matrimonium si stuprator illud offerat: verùm cùm ipsa passa sit iniuriam, & damnum, potest compensationem quam libuerit, modò æqua sit, exigere; si verò virgo deflorata etiam vi, æquè commodè nupsit, quia stuprum fuit occultum, cùm nullum damnum in bonis externis stuprator intulerit, ad restitutionem non obligatur, quamuis coniecerit in periculum damni pro quo puella aliquid accipere potuit, & si quid iam accepit retinere potest, vt ait Less. *cap.* 10. *num.* 17. E contrario verò si ita sollicitauit puellam, & ita cum illa egit, vt licèt non fuerit habita copula, infamia tamen consequuta sit, & puella propterea palam, & passim deuirginata putatur, tenetur ad restitutionem æquè atque si reipsa deuirginasset; quia æquale damnum intulit per iniuriam. Nam suppono eam inuitam hæc omnia, ex quibus manauit infamia, & suspicio deflorationis, passam fuisse. Idem dicas si eam quis vi, metu, aut fraudibus corruptam oppressit, quæ tamen vulgò existimabatur virgo, vnde fiat, vt modò non possit tam commodè nubere, quàm antea dum virgo existimabatur, quamuis reuerà talis non esset, sed corrupta. An verò qui precibus importunis, & muneribus copulam extorsit, ad restitutionem etiam obligetur, patet ex nuper dictis, si enim tanta sit precum importunitas, vt metui æquiualeant, obligabitur hic stuprator. Verùm aduertit Less. *lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 14. id infrequens omninò esse, nam si adeò molestæ essent illæ preces, ita facilè puella aliter illum excutere posset, quàm faciendo sui copiam, sed quamuis inuita preces ista fœdas admittat initio, sensim tamen illis mollita & muneribus, donis, ac beneficiis pellecta, volens consentit, licèt in amasij importunitatem deriuet suam fœditatem.

Tertia pars deflorantem puellam consentientem, 11
non teneri ad restitutionem, omnes concedunt, quia licèt ius aliud statuere videatur, ibi tamen condit solùm legem pœnalem, quæ ante sententiam non obligat. Ratio conclusionis est, quia stuprator nullam intulit iniuriam, & puella dum consensit, damnum inde sequuturum condonauit, vti etiam postquam vi corrupta est, condonare potuit, & suo iure cedere. Si tamen deflorator copulam occultam detexit, tenebitur ad restitutionem, quia per iniuriam creat illi damnum, si autem ab alio quopiam nihil cooperante stupratore detegatur copula, sequaturque infamia, & impedimentum commode nubendi, ad nihil propterea obligabitur deflorator, cùm in his omnibus iustitiam non violauerit, vt patet.

Non modò autem nihil puellæ restituendum est, sed neque parentibus in quorum custodia est, dum ipsa suæ deflorationi consensit. Ita Azor. 3. *p. lib.* 5. *c.* 5. *disp.* 9. Rebell. 1. *p. lib.* 3. *q.* 6. Molin. *d.* 106. *n.* 2. *tract.* 3. & alij apud Bonac. *q.* 4. *de matr. p.* 17. *n.* 14. quia neque ipsa puella tenebitur ad restitutionem patri, & quia non est illata iniuria patri. Si tamen pater ob hanc constuprationem coactus fuerit augere dotem puellæ, vult Azor & alij illud damnum restituendum patri; quod limitat sapienter Molina, si stuprator detexerit copulam, & causa fuerit iniusta infamiæ propter quam dos augenda fuit, alioqui enim non tenetur, quia non peccauit contra iustitiam caussando remotè hoc damnum patri, & puella dum consentit non tantùm remisit iniuriam, sed etiam damnum quod inde consequetur, quale fuit damnum non commodè nubendi, ex quo damno si illam velit liberare parens augendo dotem, damni quod sibi illo augmento affert parens puellæ quæ libens defloratorem admisit, causa iniusta non est ipsemet deflorator, vt statim apparet.

Quarta pars erat de promissione facta puellæ ad extorquendam copulam, seu ab inuita, seu à volente, quam seruandam esse etiam ficto animo factam, dixi. De hac promissione & eius obligatione fusiùs disputauimus *in opere de vsuris lib.* 3. *cap.* 6. *art.* 6. *consect.* 1. 2. 3. 4.

Tertia Regula.

De reparatione ad quam tenetur adulter.

ADulter moraliter certus prolem à coniugata susceptam suam esse, tenetur vnà cum adultera in 12.
solidum de damno sequuto marito, nempe de alimentis, & hereditate ac legitima, etiamsi non suaserit adulteræ partum spurium supponere marito. Adultera non tenetur cum propriæ vitæ, vel famæ periculo suum adulterium marito, aut proli detegere, etiamsi certam habeat spem impediendi damni, quod marito & filiis legitimis, aut futuris alioquin hæredibus impendet, ex partu suppositítio, neque filius matri credere tenetur nisi conuincatur, debebit tamen mater qua licuerit via damnum, cuius causa fuit, compensare.

Prima pars continet obligationem adulteri alie- 13
nam vxorem violantis. In primis si proles secuta non fuerit, ad nihil aliud tenetur, quàm ad satisfactionem

nudæ

nudæ iniuriæ,nō ad damni reparationem,quod nullum fuit. Si maritus pecuniariam satisfactionē petat ab adultero, eam non debebit, quia satisfactio præcisa à restitutione, non fit pecunia, sed petitione veniæ, aut aliis externis signis, quibus vulgò censetur iniuria reparari, vti diximus. Deinde ea conuentio pro iniuria adulterij improbatur *l. transigere* 18. *C.de transaction.* & *l. miles* 11. *D. ad l. Iuliam de adulteris.* Quamquam si occultè fiat hæc transactio, valebit in conscientia, vt ait Less. *c.*10. *n.* 38. cum hæ leges fundentur in præsumptione lenocinij, & solùm non concedant actionem marito ita transigenti, quia videtur quæstum facere, corpus vxoris prostituendo.

Secundò si adulter dubitet prolem esse suam, ad nihil tenetur, quia melior est conditio possidentis, possessio autem tunc stat pro matrimonio, in cuius fauorem præsumendum est fœtum esse legitimum: & quamuis mater iuret adultero ex ipso susceptum, & illius imaginem referat, quia tamen hæc omnia signa falsa esse possunt, non tenetur adulter his credere,& prolem tanquam suam reputare. Ita Azor 3.*p.lib.*5. *cap.*6. *quæst.*8. Molin. *tract.*3.*d.*101. *n.*3. Henriq. *lib.* 11. *c.*21. *n.* 2. Less. *c.*10. *n.*40. & alij. Bonac. *q.*4.*de matr. p.*15. *n.*7.

Tertiò si adulter certus quidem prolem non esse mariti, dubitet autem an sit propria, an alterius adulteri, quem eadem fœmina coniugata admisit, vterque tenetur pro sua parte ad reparationem damnorum, & si vnus nolit, alter tenetur in totum.

14 Quartò,vbi nullus est dubio locus, tenetur adulter cum adultera ad alimenta saltem post triennium, quo tempore sugere debet matris vbera, donec sibi possit sua industria prouidere. Deinde ad damna quæ putatitio patri adueniunt, vt dum filiam suppositam dotat, & ad ea quæ pereunt reliquis liberis quibuscum suppositities partitur hæreditatem. Immò obligatur etiam aliis ad quos necessariò deuenisset hæreditas, si hæc proles ex adulterio suscepta non fuisset. Denique adulter diues obligatur restituere alimenta, quæ domus hospitalis, in qua fuit expositus adulterinus partus, suppeditauit, vt ait Molin. *d.* 103. *tract.* 3. quia domus hæ institutæ sunt ad alendos pauperes, non ad celanda adulteria, & hoc intelligendum etiam est de triennio,quo dicitur partus alendus à matre, quia obligatur tantùm mater præbere lac, quare si extra domum adulteræ alatur, ad eas impensas tenebitur adulter.

Quintò hæc obligatio incumbit adultero,etiamsi authur non fuerit supponendi partum adulterium marito. Ita communiter Doctores contra Sot. *lib.*4. *de iust. q.*7. *art.* 2. & Henriq. *lib.de matrim. c.* 21. quia quamuis non suaserit suppositionem adulter, est tamen causa sufficiens illius: tum quia ea fraus sequi solet vt plurimum ex adulterio, quare illam potuit præuidere & impedire debuit: tum quia est causa suppositionis eo ipso, quod facit nasci prolem ex aliena vxore; si enim prolem viuam poneret in vtero alterius coniugis, omnino eam supponere diceretur, quidni igitur cùm eam in potentia ex qua prodit actus necessariò, ponit. Neque dicas esse malitiam solius adulteræ quæ affirmat prolem esse mariti, aut in eius domo parit. Nam primum necesse non est, sufficit enim si prolem cum reliquis liberis sinat, neque tenetur cum vitæ & famæ periculo parere extra domum mariti. Neque quidquam refert an alij sint id temporis liberi,an non sint,modò deinde ex vero matrimonio suscipiantur, aut sint alij necessarij hæredes ad quos delapsura esset hæreditas secluso hoc suppositititio partu, vt monui. Neque simile est quod obiiciunt, si adultera ad vitandam infamiam procuraret abortionem illius criminis causam non futurum adulterum, quia ex malitia solius adulteræ proueniret, quamuis suo scelere in eas angustias mulierem coniecisset adulter, nam si constituam alium in necessitate sumendi mutuum, aut vendendæ supellectilis, non sum causa iniuriæ quam iste pressus inopia alteri irrogat,neque teneor ad restitutionem. Non est, inquam, simile,quia tum abortio, tum iniuria facta tertio in casibus propositis, non sequuntur ordinatiè ex eiusmodi criminibus; at suppositio partus in adulterio ordinatiè reperitur.

Secunda pars continet obligationem adulteræ. 15
Primò tenetur omnia damna, sicut & ipse adulter, compensare, v. g. suadendo spurio ingrediatur Religionem,aut fiat Clericus, accipiat beneficium, ex sua dote, & bonis paraphernalibus tantumdem distribuat legitimis quantum ipsis ab spurio adimitur, suos sumptus minuat, & alia eiusmodi præstet ex quibus possit crescere hæreditas. Secundò vbi compensarit hoc damnum, permittere potest vt spurius cum aliis succedat, quia tunc nullum inde legitimi patiuntur damnum. Tertiò, si non possit compensare,non tenetur mater marito, aut proli suum crimen detegere, nisi certa sit ita impedienda damna consequentia, rarò autem contingit vt ea reuelatio prosit, cùm spurius, vt statim dicam, non teneatur credere matri, etiam iuratæ. Quartò vbi certa est spes impediendi damni ex detectione adulterij, non tenetur tamen mater cum graui propriæ vitæ, aut etiam famæ (quam adhuc retinere, ob occultum crimen, suppono) periculo prodere violatam thori coniugalis fidem,seu marito, seu proli, siue hæreditas sit opima, siue exigua. Ita omnes, Nauar. *c.*16. *n.*44.& *c.*17.*n.*89. Conar.*in regulam, peccatum,* 1. *p. n.*7. & passim recentiores,idque perspicuè traditur *c.officij 9. de pœnit.* Ratio est quia tum vita, tum fama sunt bona superioris ordinis, quæ ad dispendium bonorum inferioris ordinis vitandum, impendere non obligamur. Monet autem prudenter Azor *lib.*5.*c.*6.*q.*2.3.*p.* quidquid sit de probabilitate alterius sententiæ,nunquam esse adulteræ consulendum vt suum crimen detegat, siue ea, siue maritus sit in articulo mortis, neque etiam vt detegatur à confessario post obitum adulteræ, propter innumera mala quæ inde possunt emergere.Quintò si nullum immineat periculum famæ, aut vitæ adulteræ ex proditione sui criminis, & esset certa spes vitandi omnia damna, alioquin secutura, tenetur adultera crimen prodere, sed hic casus tam infrequens est,& tam difficilis, vt moraliter loquendo nunquam contingat ea obligatio detegendi adulterij. Sextò filius non tenetur credere matri etiam iuratæ dicenti eum esse spurium,quia allegantí suam turpitudinem cum alterius præiudicio nulla debetur fides, etsi sciat solitam fuisse adulterari, si tamen filius potentibus argumentis & testibus conuincatur à matre, vt quia ipsa tunc non habitabat cum viro, & reuerà persuadeat illi esse spurium,non potest adire hæreditatem cum legitimis, & quantum factus est ditior ex bonis patris putatiui consumptis, debebit restituere, vt & alia omnia ad quæ tenebatur mater, & adulter, si ipsi non restituerint.

CAPVT VIII.

De violatione honoris, & famæ, eiusque reparatione.

ARTICVLVS I.

Quid sit honor, quid fama.

Quid sit fama, quid honor. 1.
Varia honoris species. 2.
Laus quid. 3.
Quid gloria. 4.
Infamia. 5.
Iniuria. 6.

1 DIstinguendus in primis est honor à fama, quod fecit Aristoteles 1. *Rhet. c.* 5. Bona fama est, inquit, εὐδοξία. Si quis ab omnibus studiosus, & virtute præditus existimetur, vel tale aliquid habere, quod omnes appetunt, vel multi, vel boni, vel prudentes. Honor est signum beneficæ opinionis, τιμὴ τὸ ἐστὶ μὲν σημεῖον εὐεργετικῆς δόξης. Quare malè aliqui apud Flaminium *lib.* 1. *de honore c.* 1. ista confundunt: fama enim est bona existimatio de alicuius virtute, aut excellentia. Honor verò pressè acceptus, omissis variis significationibus quas dabit Chassan. *in Catal.* 1. *p. concid.* 1. est signũ & testimoniũ alterius excellentiæ ac bonitati externus exhibitum, quod statim apparet longè differre ab existimatione & iudicio, quo aliquam bonitatem, & perfectionem in alio esse iudicamur: rectè verò distinguit honorem à reuerentia Molin. *tract.* 4. *disp.* 1. quia Deus Sanctos honorat, non reueretur, superiores inferiores honorant, atque ita iubetur in pluribus iuribus quæ adducit Chass. *in Cat.* 1. *p. conf.* 21. eos tamen non reuerentur, quia reuerentia dicit submissionem quandam, quâ nos illi quem obseruamus, & reueremur, subiicimus; honor autem est solùm testificatio externa perfectionis quæ in alio est, siue in ea nos inferiores simus, siue superiores.

2 Varias honoris partes, aut modos enumerat Aristoles *loc. c.* partes verò honoris sunt sacrificia, monumenta in metris, aut sine metris, proœmia, delubra, possessiones, sepulchra, statuæ, nutrimenta publica, barbarica, vt adorationes, & excessiones, dona apud quosque honoranda, etenim donum est possessionis, donatio est honoris signum. Inter omnia tamen quibus alium honoramus, eiusque excellentiam testamur, prima obtinet adoratio, quam honoris emphasim dixit Anastasius *in* 7. *Synod. act.* 4. est enim cum reuerentia singulari coniuncta, neque quisquis honorat, adorat, quamuis quisquis adorat, honoret, vt ait Aug. *lib. contra serm. Arrian. c.* 23.

Inter reliquas honoris species quas enumerat Aristot. *l. c.* est laus quam designat Philosophus per monumentum in metris, & sine metris; & licèt laus pertineat ad intellectum sicut & reprehensio, vt aduertit Synesius *ep.* 112. & cultus seu honor sit actus voluntatis, vnde aliquando laudamus quem minimè honoramus, quatenus tamen actus ille intellectus, vt & reliqui externi, diriguntur à voluntate ad testandam excellentiam alterius, & ad cultum illi exhibendum, laus rectè inter honoris species & partes numeratur ab Aristotele: quamquam laus ex 1. *Ethicorum c.* 12. est honor ob excellentiam in ordine ad aliud, vnde etiam subiungit ridiculam esse laudationẽ de Deo, quo de loco Soar. 3. *p. tom.* 1. *d.* 51. *sect.* 1. Vasq. 3. *p. d.* 93. *num.* 1. & alij, qui non satis mentem Philosophi perspexerunt, significat enim laudem versari præcipuè circa ea quæ difficilia sunt ad assequendum, & laudantur, vt ad ea comparanda vrgeamur. Sic virtutes commendamus, & vitium vituperamus, eo enim præconij velut rore, crescit virtus tanquam arbor, ex Clem. *lib.* 1. *pæd. c.* 10. negat verò Philosophus laudari Deum, vti homines, vt ad temperantiam, aliamque eiusmodi virtutem conciteτur; idque fore ridiculum, & tunc laus vsurpatur strictius quàm pro cultu & honore, sed pro incitatione quadam ex præteritis actibus virtutum ad continuationem. Tria enim ibi distinguit Aristoteles, sicut & 1. *Moral. Eudemior. c.* 1. & 1. *Rhetor. c.* 9. encomium, commendationem seu laudem, & prædicationem. Ἐγκώμιον enim, quia fiebat ἐν κώμαις, in vicis & compitis, spectat illustres actiones antea prælicitas, ob quas aliquis celebratur, laus ἔπαινος est virtutis; idonei enim ad honestas actiones inde efficimur, hoc est, vt *loc. c. Eudem.* ait, laus commendat vniuersalia, seu honestatem ipsam, antequam eam exerceamus, vt ea laudatione ad honestè & ex virtute agendum concitemur. Prædicatio autem, seu beatificatio εὐδαιμονισμός, est rei alicuius sine vllo ordine ad vsum prædicatio, & quodammodo beatificatio, quæ Dei, rerum diuinarum, & fœlicitatis propria est, & illam *c.* 12. *cit.* Aristot. ait meliorem esse laudem. Eadem habet Archytas *lib. de bono viro & beato, initio, in fragmentis Pithagoræ.*

Hinc elicies quid sit gloria, est enim laus honorifica, seu vt definit Aug. *hom.* 31. *ex* 83. frequens de aliquo fama cum laude, fama quidem est bona de aliquo existimatio, illa autem laude conciliatur in aliis, qui enim alienas laudes excipiunt, bonam de illo concipiunt opinionem, vnde fit vt eundem quem tanti faciunt, laudent apud alios, qui & benè de viro ita laudato sentiunt, atque deinde iterum laudant. Frequens igitur illa laus, & fama, quæ sese mutuo fouent, & pariunt, gloria est; quare glorificare, seu gloriosum reddere aliquem, est eum ita laudare vt existat apud multos de eo fama splendida, hinc enim quidam veloti fulgor in eum redundat, vt pluribus ostendit Ildefonsus Messia *lib.* 1. *de vera & falsa gloria, cap.* 1.

Infamiæ, dehonorationis, & vituperij rationes cõtrariæ sunt, & facilè ex natura famæ, honoris, laudis, & gloriæ elucescunt. Obseruandum tamen est sæpius famam sumi pro communi existimatione de persona, vel de facto alicuius, quæ si bona sit, & laudabilis, illustrem personam reddit, bona fama dicitur vel fama simpliciter, si secus verò, dicitur infamia; hæc autem duplex est, alia facti, alia iuris, de quibus latè Molin. *tract.* 4. *d.* 7. & 8. & *seq. ad* 12. nosque alibi.

Ex his denique colligo iniuriam nibil aliud esse quàm

quàm dictum vel factum, vel indicatum ex quo sequatur læsio existimationis, vel honoris alterius, quò ferè recidit definitio iniuriæ allata, & fusè explicata à Carbon. *lib. de pacificat. inimic. c. 4.* quare iniuria quandam paruipensionem includit aut affert, propter opinionem de alicuius vitio vel defectu. Aristot. 2. *Rhet. c. 2.* tres species despicientiæ facit. Τρία δ᾽ ἐστὶν εἴδη ὀλιγωρίας, καταφρόνησις, καὶ ἐπηρεασμὸς, καὶ ὕβρις. Contemptio quidem seu καταφρόνησις, est despicientia, qui enim contemnit, despicit, nam ea contemnimus quæ nulla laude digna arbitramur, qui etiam incommodat, videtur contemnere, est enim incommodatio ἐπηρεασμὸς, impedimentum quod fit à volentibus, non vt aliquid sibi eueniat, sed vt ne illi, cui incommodatur. Quoniam igitur non spectat, vt sibi aliquid eueniat, despicit, id enim manifestum est, quia nec obfuturum existimat, nam timeret, & non despiceret, nec profuturum vlla in re, quæ vllum habeat momentum, nam curaret vt amicus esset. Qui contumeliam infert, despicit; ὑβρίζων δ᾽ ὀλιγωρεῖ; est enim contumelia nocere, & molestum esse in iis in quibus dedecus est patienti, non vt aliquid fiat sibi aliud, nisi quod fit, sed vt voluptatem percipiat: etenim referentes non faciunt contumeliam, vel vlciscuntur. Causa verò voluptatis est contumeliam facientibus, quòd arbitrantur malefaciendo se excellere magis, quamobrem iuuenes & diuites contumeliosi sunt magis, excellere enim se arbitrantur contumeliam inferendo, contumelia verò est non æstimare, ὕβρεως γὰρ δ᾽ ἀτιμία, & qui non æstimat, despicit, quod enim nulla re dignum est, nullam habet æstimationem seu honorem οὐδεμίαν ἔχει τιμὴν, nec mali nec boni, οὔτε κακοῦ, οὔτε ἀγαθοῦ. Hæc doctrina Philosophi continet maximè iniurias quæ solum honorem impetunt, quibus addendæ sunt quæ propriè bonam famam lædunt, quæ singillatim omnes explicandæ sunt.

ARTICVLVS II.

De iniuriis contra famam.

LÆditur fama iudicio temerario, & detractione vniuersè in loquendo, seu actu interno, & ex- 1
terno. Iudicium temerarium contingit quoties aliquis ex leuibus indiciis iudicat, id est, firmiter assentitur alium quidpiam minùs honestum admisisse, aut minus bonum esse. Suspicio verò est, quando non ita firmiter assentitur propter leuitatem indiciorum, & veretur ne etiam opinio contraria vera sit, quare prohibet quodãmodo assensum, quamuis in partem quæ crimen admissum suadet, propendeat magis intellectus, vnde Arnob. *lib. 2. n. 45. Quid est autem suspicio nisi opinatio rerum incerta, & in nihil expositum iaculatio mentis illata.* Ergo qui suspicatur, non tenet, nec in lumine positus, cognitionis nimirum, aliqua superfundit se nubes, aut ignoratio, quæ facit vt assensus præstitus vni parti, fluctuet adhuc ob formidinem oppositæ partis. Prout autem minor vel maior est firmitas assensus propter leuitatem, aut momentum coniecturarum, sunt varij gradus suspicionis: altera enim dicitur leuis, altera vehemens, quam Iurisconsulti opinionem nominant cum Bartol. *in l. admonendi, D. de iureiurando*, & cum opinione posse reperiri formidinem aliquam, docent passim Philosophi. Quando denique mens hæret quodammodo in æquilibrio, & in neutram partem vergit, dubium est, vt quondam fuit fusiùs explicatum prima secundæ, & dicitur in Scientia Canonica.

Quod igitur pertinet ad iudicium, quoties illud 2
non est commensuratum motiuis quibus nititur, habetque maiorem firmitatem, quam postularent momenta quibus ducimur, cùm hæc leuia sint, neque apta ex sua natura firmum & determinatum assensum producere, aut saltem non in eo gradu firmitatis, & determinationis, appellatur iudicium præceps & temerarium, & dum res de qua iudicatur grauis est, continet peccatum mortale, atque iustitiam semper violat, quia læditur ius quod habet proximus ne improbus habeatur, ac proinde committitur iniustitia quæ ex leuitate materiæ venialis tantùm aliquando est, quia tunc non infertur grauis iniuria proximo, cùm non amittat famam apud ita temerariò iudicantem, nisi in re admodum exigua. Quando verò sunt probabilia indicia, & argumenta idonea ad ferendum iudicium, quo minuatur alterius bona existimatio, nulla est in eo temeritas, aut iniustitia, cùm iudicium sit cõforme rectæ rationi, & iudicemus de re, vti ipsa est, aut saltem apparet prudenti viro, ex variis circumstantiis loci, temporis, personæ, de qua iudicatur, aut illius, cuius authoritate & dictis persuademur, præterita fama, & aliis eiusmodi: neque potest iure conqueri proximus talia iudicia de se haberi, cùm conformia sint iis quæ in ipso deprehenduntur, quia vel teneremur iudicare tunc id falsum esse, vel abstinere ab omni iudicio, neutrum autem fieri potest. Non primum, quia nullum suppetit argumentum falsitatis. Non secundum etiam, quia aliquando impossibile est moraliter abstinere ab omni iudicio. Itaque modò assensus noster sit conformis indiciis & coniecturis, quibus tanquam motiuis ducitur, & eas non excedat, rationabilis erit, & nullum ius proximi violabit: quare si indicia sint solum sufficientia ad fundandam probabilitatem, & verisimilitudinem, Caium admisisse tale crimen, aut talem esse, non fit Caio iniuria, si iudicetur probabile, aut verisimile esse, Caium crimen illud admisisse: secus si absolutè iudicaretur hoc crimen admissum fuisse à Caio, qui duo assensus valdè inter sese distant, nam vnus est simplex, & absolutus, continetque propositionem de

inesse,

inesse, alter assensus est restrictus & diminutus, continens propositionem modalem. Ita omnes cum Val. *d.* 5. *q.* 4. *p.* 3. Molin. *d.* 16. *n.* 7. *tract.* 4.

3 Dubitant verò aliqui an ex leuibus indiciis iudicare temerariò de alicuius defectu naturali duntaxat, vt natalibus, aliquem esse spurium, aut filium Clerici, ex Iudæis ortum, vel ex incestu, sit peccatum mortale. Negant enim Less. *lib.* 2. *c.* 29. *n.* 14. Azor. *lib.* 13. *c.* 11. *dub.* 4. P. Nauar. *lib.* 2. *c.* 4. *n.* 450. Soto *lib.* 3. *q.* 4. *art.* 3. quia hi defectus sunt inculpabiles, cùm non sint in potestate hominis qui eos patitur, quare apud sapientes non propterea quis vituperatur, si tamen alium propterea ab aliqua dignitate impedias, peccatum erit graue tale iudicium præceps & temerarium. Molin. tamen *tract.* 4. *d.* 16. *n.* 5. Val. *q.* 4. *p.* 3. *d.* 5. Bonac. *d.* 2. *de restit. q.* 7. *punct.* 3. *n.* 6. affirmant hæc iudicia esse peccata mortalia, quia hi defectus quamuis inculpabiles, infames sunt, & iam violatur his iudiciis ius alterius ad bonam famam suam retinendam, quàm iudiciis quæ cadunt in defectus morales. Et sanè nulli non est molestum hæc iudicia de se circumferri, aut concipi, uti & ea quæ mores spectant, sed illud in primis importunum est, illis qui alioquin vitam immunem labis ducunt, quare meritò Tyrius *diss.* 19. *n.* 228. inuehitur in eos qui cùm nequidem examinare ausint opera Phydiæ aut Polycleti ob conceptam de artificum peritia opinionem: de iis, autem qui ad rationis normam, suam vitam exigunt, tam facilè iudicant. Nazian. *orat.* 8. & Ambros. *lib.* 3. *offic. c.* 10. non modò damnant hæc iudicia, sed etiam notam esse mentis non bonæ asserunt luculenter. Tanta tamen est iudiciorum humanorum peruersitas, & obtrectandi libido, vt quam in partem te verses vix illa effugere liceat. Vide Themist. *orat.* 17. Libanium *declamat.* 11. *&* *declamat.* 37. de personis atrabiliartis. Rectè verò Antonin. *lib.* 9. *n.* 19. cùm te alius reprehendit, aut odit, aut aliquid tale pronuntiat, aspice eorum animulas intra, & vide quales sint, cernes nihil esse tibi laborandum vt hoc, vel illud de te iudicent. His omnibus addo cum Less. *c.* 29. *dub.* 2. iudicium temerarium non esse peccatum nisi aduertas te ex insufficientibus, & leuibus coniecturis iudicare, neque vnquam erit mortale, nisi adsit plena aduertentia de insufficientia motiuorum; quia alioquin eiusmodi iudicium non censetur voluntarium, aut non nisi admodum imperfectè, vbi non est plena animaduersio.

4 Suspicionem temerariam & voluntariam, cognita nimirum insufficientia motiuorum, aliquam malitiam & iniustitiam continere videtur mihi certum, & facundus Harmian. *lib.* 10. *c.* 1. *Nam si suspiciones sententiam iudiciorum dictent, nihil omnino est quod non aliter atque aliter iudicetur; admodum verò bene prouisum est, vt iudices non coniectores, sed cognitores potiùs vocaremus.* Quisnam verò sit gradus malitiæ qua suspicio aspergitur, difficultas est, cùm alij tantum venialem faciant cum Caiet. 2. 2. *q.* 60. *art.* 3. alij etiam mortalem, vbi grauior est materia, cum Soto *lib.* 3. *q.* 4. *art.* 3. Placet distinctio Less. *c.* 29. *dub.* 3. Quoties aliquis aduertens se malè suspicari de alio, & dubitans verum indicia sint sufficientia, pergit tamen neglecto vlteriori examine, paratus nihilominus, vbi aduerterit causam non esse sufficientē, suspicionem excludere, peccat tantùm venialiter, ex Aug. *tract.* 90. *in Ioan.* vbi ait suspiciones vitare non possumus, iudicia tamen, id est definitiuas, firmasque sententias continere debemus. D. etiam Thom. 2. 2. *art.* 3. *q.* 6. ait primum gradum suspicionis esse cùm homo ex leuibus indiciis de bonitate alicuius incipit dubitare, & hoc esse veniale, & leue peccatum. Ratio est, quia sic non infertur grauis iniuria proximo, cùm potius ex infirmitate quàm malitia nascantur eiusmodi suspiciones, & ille paratus sit corrigere, vbi aduerterit contrarium. Quoties autem aliquis ex prauo affectu pergit de proximo suspicari, quia ita vult, licet non esse idonea argumenta penitus aduertat, si materia sit grauis, peccat mortaliter, quia grauis iniuria propter grauitatem materiæ non ex infirmitate solùm, sed ex malitia infertur proximo, & rationi tale iudicium conforme non est, ipséque in eo ex prauo suo affectu perseuerat. Itaque suspicio est venialis, vel quia non versatur circa graue malum, vel quia procedit quodammodo ex errore intellectus humani, cùm ablato errore paratus sit deponere suspicionem qui ita suspicatur.

Dubitatio, quoties non sunt sufficientia eius argumenta, idque aduertitur, est peccatum mortale quidem, si materia sit grauis, & quis cum plena aduertentia velit dubitare de bonitate proximi, non autem si solùm dubitet ex errore tantùm humano, vt dicebā de suspicione, erit enim tantum venialis culpa: non tamen tenemur positiuè benè opinari de proximo, quando nō vrgemur sufficientibus iudiciis. An verò dubia sint in meliorem partem semper interpretanda, non leuis quæstio est. Resp. cum Less. *dub.* 4. *c.* 29. quando dubia sunt de personis, earumq; improbitate, non tenemur actu positiuo, speculatiuè dubia in potiorem partem interpretari, iudicādo v. g. proximū esse innocentem, non admisisse crimen de quo dubitatur, vt ait Caiet. *q.* 60. *art.* 4 contra Sot. *lib.* 3. *q.* 4. *art.* 4. quia nemo tenetur ad assensum eliciendum in quo est periculum erroris, vti contingit hoc loco, neque vlla talis iudicij necessitas est, sufficit enim si iudicem verisimile esse proximum esse probum, quamuis contrarium quoque sit probabile, aut suspendam iudicium speculatiuum, neque quidquam velim in alterutram partem definire. Immò, neque tenemur actu positiuo, practicè dubium tale in meliorem partem trahere; id est iudicare, hic & nunc habendum talem, tractandumque tāquam probum, possumusque tale iudicium cohibere, non enim apparet vnde nascatur ea obligatio, nisi forte per accidens, quia vincendus est aliquis positiuus, & concitatus erga illum affectus. Et certè cum mihi res alicuius penitus ignotæ sunt, neque vllam de eo habeam bonam opinionem, sicut neque malam, cur vbi incidet dubium de illius probitate, obligabor iudicare practicè cum illo agendum esse tanquam cū viro probo, sufficit enim non iudicem esse agendum tanquam cum improbo. Neque dicas saltem quoties habebatur de aliquo bona opinio, eam minui quando incidente dubio, modo explicato, continemus assensum, quia si quis causas dubij nolit expendere, & mentem aliò auertat, præcōceptam antea opinionem nequaquā imminuet: quanquā fortassis magis consentaneum fuerit charitati statuere eū habendū esse pro probo, de quo non constat esse improbum. 5

Nihilominus obligamur ex iustitia negatiuè practicè dubia in meliorem partem interpretari, ita vt non obstante dubio nō habeamus proximum pro improbo aut authore criminis, neque ita nos geramus cum ipso, est enim grauis iniuria haberi improbum, quando de improbitate non constat. Atque ita intelligo Aug. *lib.* 2. *de serm. Dom. in monte, c.* 10. Bern. *serm.* 40. *in cant.* & alios, qui dubia in meliorem partem interpretanda pronuntiant. Quod non impedit si dubium sit positiuum, hoc est vrgeant æquè argumenta in vtramq; partem, quin suspicari

possis

possis esse improbum proximum: quia illi non facis iniuriam adhærendo speculatiuè parti probabili, licèt deteriori cum formidine oppositæ; quamquam Less. hac in parte putet peccari contra charitatem, quia possumus talem opinionem & assensum, perseuerante dubio vitare, & tenemur ex charitate, cùm eiusmodi assensus sit aliquod proximi malum: neque nonum est peccari contra charitatem, & non contra iustitiam in materia quæ alioquin videtur iniuriæ solius, vt qui poterat se subtrahere alterius iniuriæ, ad quam tamen impediendam deinde illum occidit, cum inculpata tutela, violat charitatem, non iustitiã; neq; ex iudicio speculatiuo incerto sequitur necessariò iudiciũ practicum, nam aliud est iudicare, aut suspicari aliquem esse reipsa improbum, aliud se cum ipso tanquam cum improbo gerere, tum affectu interno, tum actione externa. Possum quidem illũ minoris facere, & æstimare, quàm antea, quia eius fama dubia est, & incerta, ac proinde non habet ius vt illũ tanti faciam, quanti facerem si bonæ famæ & constantis esset. Denique quando agitur de vitando aliquo malo, in deteriorem partem sumenda sunt dubia, vt quamuis non iudices proximũ esse improbũ, aut furem modo explicato, iudices tamen ita tibi cauendum esse ab illo atque ab homine, cuius probitas dubia est, atque ita res tuas obseruabis, aliaque quæ prudentia dictat facies, ad malũ auertendum. Sic superiores subditos obiurgare & plectere ob iudicia dubia possunt ad cautelam, & emendationem, ac si reipsa malũ perpetrassent, ipsis tamẽ videndũ est ne modũ excedant, & aut virtuti subditorũ diffidere videantur, malamque de ipsis opinionem concipiant.

Actus externus quo fama læditur, vniuersim appellatur detractio, quæ fit pluribus modis, quibus omissis vniuersim diuido detractionem cũ Val. *d.5. q.17.p.5.* in directam, & indirectã. Directa est qua quis alium infamat per actum positiuum. Indirecta est ea qua quis aliquem infamat per omissionẽ actus alias debiti. Ad primam pertinent modi quos enumerat S.Thom.*2.2.q.73.art.1.ad 3.* quamquam ille nomat ibi detractionem directam pro infamatione, quæ fit tribuendo aliquid mali, indirectam pro infamatione, habendo se modo indebito circa bonũ alterius. Ad directam nos detractionem reuocamus actus omnes positiuos, siue circa bonum, seu circa malum versantes, sunt autem sex. Primus imponere crimen falsum. Secundus, crimen verum augere plusquam par sit, & supra verum. Tertius, crimen occultum manifestare. Quartus, bonum malâ intentione factum interpretari. Quintus, bona alterius negare. Sextus, minuere eadem bona & laudes. Ad indirectam pertinet sola reticentia alienæ laudis, & boni, dum eam taciturnitatem præsentes accipiunt pro vituperatione, quod idem dico de frigida laudatione, quæ in probrum cedit, peccat enim ille omissione, non laudando. Hæc omnia præterea admittuntur tum scriptis, tum verbis, atque aliqua eorum factis exprimuntur, quamquam ea potiùs pertineant ad dehonorationem, de qua articulo sequenti, quàm ad infamationem. De his omnibus pauca quædam perstringo.

Impositio falsi criminis, seu calumnia, de cuius vocis notione, & vsu vide Pollerum *lib. 4. fori Romani, c.5.* Theopbil. Raynaud in erudito opere quod *Hoplotecam contra ictum calumniæ* inscripsit, vbi de hoc nomine *sect.1. cap.1.* Aliquando quidem hoc calumniæ nomen in bonam partem sumi obseruauit Iuretus in *ep.17. Iuon.* vbi de Philippi Regis nuptiis cum Bertrada, cui ipse iure contradixerat, sic loquitur. *Quia nuptiis eius dicto & scripto calumniã quã debui, feci.* Quo sensu dixit deinde *epist. 45.* coniugium calumniosum. Aliàs calumnia sumitur pro iurgio & forensi lite, vt sæpius apud eundem Iuonem *epist. 6.179.219.229. & 268.* de calumnia aduersus Ecclesiam, id est de lite intentata Ecclesiæ. Et Arnulfus Episcopus Lexouiensis, *ep.32. Nunciatur verò nobis te in Anglia nihil nisi lites, & calumnias texere*: quare & calumniatorem pro actore & petitore vsurpat Iuo *epist.212. & 241.* Passim tamen calumnia pro falsi probri, & criminis impositione vsurparunt, vt ostendit ibidẽ Theopbil. Peccatum est contra Iustitiam, vt statim apparet, & pro grauitate criminis falsò impacti, mortale, atq; inter omnes rationes violandi alienam famam maximè molestum, & acerbũ, quia, vt ait Arnob. *lib 4. c.33. Quod scis dici, & quod esse te sentias, morsum habet minorem testimonio taciti cognitionis infractum. Illud verò acerbissimè vulnerat quod inurit innoxios, & quod decus nominis, atque existimationis infamat.* Charõdas apud Diodor. *lib.12. biblio.* calumniatorẽ mirica coronatũ per vrbem circunduci iubet. Vide Lucian. *dialog. de non temerè credendo calumniæ*, vbi eam suis coloribus depingit Dio. Chrysost. *orat.36.* quàm latè pateat hoc malũ, cùm in ipsum etiam Numen virus suum expromat, aperit. Cyprian. *ep.62.* de calumniis in probos iactis, & Espencæ *lib.6. de contin. c.9.10.* de criminibus contra castitatẽ viris quondã sanctissimis afflictis. Conrad. Brun. *lib. 2. de heret. c. 6.* de calumniãdi genio hæreticorũ multa. Verùm de iis omnibus & aliis, quæ ad calumniæ probiũ, aliaque pertinent, quiã cumulatissimè, & omni genere doctrinæ scripsit in laudato opere Theophil. quẽ adeas velim.

Secundò amplificatio alieni criminis supra verũ, ad impositionẽ falsam, & ad mendacium apertum ac calumniã pertinet, eumq; esse detractorum genium pluribus ostendit Themist. *orat. 1. sub fin.* cùm è contra probi, aliena dedecora dum fas est, minuant, & omnia laudent, quare Homerus, vt obseruat idem Themist. omnia etiam vilissima laudat, & epithetis illustribus ornat, ipsa etiã flagella vocat splendida, & Subulcum quendam ducem aliquando fuisse persuadet; vnum Thersitem insectatur quia & ipse conuitiator erat.

Tertiò euulgatio alieni criminis latentis, quæ propriè appellatur detractio pressè sumpta, & latissimè funditur, est peccatum contra iustitiam, quia quandiu crimen alicuius occultum est, perseuerat in eo ius suæ famæ, quæ tollitur ea reuelatione. Est peccatum mortale ex suo genere, & solùm exiguitate materiæ excusatur, siue sit detractio formalis, siue materialis tãtùm: formalis est quando reuelatur crimen proximi ex intentione illũ infamandi. Materialis quando ex sola loquacitate, aut leuitate, quamuis non intendas explicitè defectus eius, ex quibus sequitur infamia, pandere: etsi igitur non intendas explicitè lædere proximum; cùm tamen velis illud vnde per se, & ordinariè sequitur grauis proximi læsio, intendis quoque implicitè eandem læsionem, atque sufficienter ad peccatum mortale inclinas, vt 1. 2. dictum fuit; grauitas autem & leuitas materiæ sumi debet hoc loco ex graui læsione quæ per se sequi nata est ex tuo dicto, & criminis euulgatione. 8

Quare prima causa excusans à mortali detractione est minima infamatio, vnde fit primò vt narratio peccati venialis, quia non lędit grauiter famam cùm nemo à venialibus sit immunis, non sit ordinariè nisi venialis, ordinariè, inquam, nam si culpa venialis, quæ panditur, sit tamen infamis ratione personæ, vt virũ religiosum esse mendacẽ, erit peccatũ mortale, secus si dicat semel, aut iterum mentitum fuisse. 9

Secundò

Secundò manifestatio defectuum naturalium seu animi seu corporis non est vulgò læthalis, vt aliquẽ esse ignarũ, claudum, quia hinc non sequitur grauis infamia, si tamen inde sequeretur graue aliquod dãnum proximo, esset culpa mortalis, quia esset iniusta causa dãni, aut si in quibusdã locis hi defectus æquè infament atq; morales, vt quibusdam in locis ortum ducere ex Iudæis, & Saracenis, & ideò hanc detractionẽ mortalem dicit Molin. *tract.* 4. *d.* 16. *n.* 5. Azor *lib.* 13. *c.* 7. *dub.* 2. *part.* 3. Bonac. *disp.* 2. *de restit. q.* 4. *p.* 2. *n.* 11. contra Less. *c.* 9. *n.* 15. Si etiã defectus naturalis sit coniunctus cũ defectu morali eius de quo dicitur, v. g. eũ lue Neapolitana laborare, quia licet ex aliis causis, quàm ex intẽperantia nasci possit, si tamẽ personam de qua dicitur, impuritatis occultæ arguit, erit peccatũ mortale, ex Bon. *loco cit.* cõtra P. Nauar.

Tertiò peccata mortalia quæ tamẽ ex praua hominũ existimatione & affectu ratione personæ, non cẽsentur famã grauiter lædere, immò quę alter laudi ducit, sine peccato mortali manifestantur, vt nobilẽ cõmisisse duellum, decepisse puellam, habere pelliceẽ, adolescentẽ deditũ esse amoribus, prodigũ, lusorem.

Quartò peccata mortalia quæ vniuersim referuntur absque eo quod in cognitionem personæ deueniri possit, non continent detractionem.

Quintò neque peccat mortaliter qui de alio vitia quædam in communi refert, vt esse superbum, auarum, iracundum. Quia hæc ita in vniuersum pronuntiata non multum infamant, nisi ratione dignitatis personæ de qua dicuntur.

Sextò quando de vna aliqua communitate & cœtu dicitur in eo multos esse improbos, aut ebriosos, &c. putat Bonac. *p.* 2. *cit.* non peccari mortaliter, quia nullus in particulari læditur, modò non dicat omnes illius cõmunitatis tales esse, aut delictũ quod refert propter aliquã circunstantiam censeatur refundi in totã cõmunitatem, & illã sua turpitudine aspergere.

Septimò vni aut duobus viris prudentibus & taciturnis crimen occultum reuelare ob aliquam honestam causam, excusant à mortali Caiet. *q.* 78. *art.* 2. *dub.* 1. Regin. *lib.* 24. *n.* 75. P. Nauar. *lib.* 2. *c.* 4. *n.* 335. quia est leue detrimentum famæ in illis circunstantiis, ob taciturnitatem ac prudentiam eorum quibus committitur, & aliunde crimen verũ est, neque vt in iudicio temerario, leuibus tantum indiciis nixũ, & ideo in confessione licere pœnitenti complicem criminis, cuius speciẽ aliter exprimere non potest, neque habet copiam alterius confessarij qui illũ non norit, significare, putant plurimi apud Suar. *tom.* 4. 3. *parte, d.* 34. *d.* 2, & Rebell. *lib.* 4. 1. *p. q.* 13. *n.* 10. quia nulla est infamia cõplicici manifestato. Suppono enim nullũ ex hac manifestatione imminere damnũ extra confessionem pœnitenti aut complici, ex malitia aut ignorantia confessarij. Cõmunior tamen sententia Doctorum quos dabit Bonac. *q.* 4. *cit. p.* 3. dãnat hãc manifestationẽ peccati mortalis, quia grauis est læsio famæ, etiam apud vnum tantum, vel duos viros taciturnos, cũ qui infamatur malit aliquando famã suam amittere apud plebem, quã apud virum grauẽ, maximè superiorem. Fatetur tamen Less. *n.* 70. *c.* 9. viros prudentes, quando nihil aliud incommodi timetur, non magni facere suum crimen manifestati prælato, aut alteri à quo potius cõmodum expectant, & hîc reuera non est infamia, plerumq; tamen metuit quisq; ne erga se minuatur prælati affectus noto semel suo crimine, aut duriùs ab illo tractetur.

Octauò licet acceptã ab vno iniuriam alteri narrare, non animo detrahendi, sed capiendi consolationem, aut consilium, quia neque inde grauis est infamia, & si aliqua sit, qui iniuriam intulit sibi debet imputare, & graue omninò esset obligari iniuria affectum ad decoquendam iniuriam, & ne quidem hiscere posse ad leuandum se aliqua ratione hoc pondere, adhibendam tamen moderationem hac in parte, nec nominandã personã nisi fuerit opus, affectũ examinandũ & mentẽ, monet Less. *c.* 11. *dub.* 12.

Nonò qui tantùm audita crimina refert dubitanter, nulla asseueratione adhibita, scitque probabiliter inde non orituram infamiã, non peccat mortaliter, nisi fortassis tã atrox & infame peccatum esset, vt illius suspicio, quam verisimile est, suborituram auditoribus, censeretur graue malum. Si etiã auditores ex sua leuitate crediuros probabile sit, quamuis referens non det illis sufficiens fundamentum ita credendi, peccabit mortaliter contra charitatem, quia tenetur quisque euitare graue damnum proximi quod ex suis dictis, & factis, quamuis ex alterius culpa, præuidet euenturum, non tamen peccabit contra iustitiam, vnde neq; ad restitutionẽ eum obligat Caiet. *q.* 73. *art.* 3. Nauar. *c.* 18. *n.* 4. Silu. *v. detractio, q.* 4. quibus consentit Less. *c.* 11. *n.* 26. quia non est causa efficax dãni, quod sequitur merè per accidens ex narratione ipsius, & solùm ex leuitate vel malitia auditorum, secus si ex modo narrandi, aut ex authoribus quos allegat, auditores habeant idoneã causam credendi, nam tunc peccat mortaliter contra iustitiam.

Decimò crimen alterius publicũ & notorium, vel notorietate iuris per iuridicam nimirum sentẽtiam, aut rei confessionẽ in iudicio, vel notorietate facti, quia in multorum oculis patratũ fuit, aut in loco publico, aut famosũ, quia ex sufficientibus indiciis eius fama ad multos peruenit, & ita innotuit maiori parti vel oppidi, vel parœciæ, manifestari potest in eo loco etiam vbi ignoratur, ita Caiet. *opusc.* 31. *resp.* 9. Nauar. *c.* 18. *n.* 26. Molin. *tract.* 4. *d.* 33. & alij contra Rebell. *q.* 4. *lib.* 4. 1. *p.* quia talis amisit ius ad famam, tum ratione iuridicæ sententiæ, tum quod publicè illud commiserit, si sit notorium facto, neq; conqueri potest sibi eripi famam, ad quam nullum ius habet. Neque dicas illum retinere famam in quo nondum innotuit facinus; quia, vt ait Less. *c.* 11. *n.* 76. non retinet nisi famam ipso facto, non autem iure. Non igitur peccatur contra iustitiam, & nequidem excipio cum Lessio crimen quod per iniuriam factum ast publicum, contra Molin. *d.* 32. *n.* 7. & alios, cum Bonac. *q.* 4. *cit. p.* 6. *n.* 3. nam vbi crimen factum est publicũ, ius amisit vt homines aliter de ipso sẽtiant, non quod amiserit ius istud per iniuriam sibi irrogatam, quod vnum rectè impugnant aduersarij, sed per aliquid quod ex iniuria consequutum est, nempe publicitatem. Hinc sequitur eum, qui reuelatione criminis alibi publici, impediuit ne hic aliquid assequeretur, aut fecit vt damnum pateretur in bonis fortunæ; non teneri ad restitutionem ex Less. *n.* 81. quia non peccauit contra iustitiam, quod idẽ dico dum quis narrat causam propter quam alius detrusus in carcerẽ est, aut pœnas quibus fuit mulctatus. Si autem bona fide narrauit crimen, existimans esse publicum, vbi errauit, debet famam restituere, ad id enim tenetur non ratione iniustæ damnificationis, sed ratione rei acceptæ.

An verò violetur charitas in manifestatione criminis hîc occulti, alibi notorij. Resp. quando breui peruentura erat fama criminis, ad locum in quo manifestatur, non est peccatum mortale etiam contra charitatem illud pandere: quia non infertur graue damnum proximo, iam enim statim illud eueniet, spectatis causis ordinariis, absque mea opera, si autem non nisi post longius tempus noscendum sit tale crimen, peccatũ erit mortale contra charitatẽ,

si

si proximus in eo loco fuerat bonæ famæ, quia cùm tam eximium bonum sine cuiusquam iniuria possideret proximus, contra charitatem fuerit illum tali bono spoliare, nulla alia de causa, aut commodo, nam si ad aliorum exemplum supplicia alteri inflicta narrarentur, non esset peccatum illa referre.

Vndecimò qui famam recuperauit, seu honestè viuendo, seu lapsu temporis, quã aliàs suis sceleribus amiserat, potest dici infamis fuisse præterito tempore, commemorando peccata alias admissa, modo nõ dicatur illum etiam nũc temporis esse improbũ, aut infamem, quia ille quidem habet ius ad famam quã suis actionibus studiosis recuperauit, non tamen habet ius vt existimetur fuisse probus pro præterito tempore, quo crimina eius publica erant, poterit tamen peccari contra charitatem.

Duodecimò qui aliquo crimine iam est infamis, nõ patitur grauem iniuriam, si crimina affinia illi pro quo malè audit, reuelentur, vt si dicatur adulterum scripsisse litteras amatorias, aut ebriosum rixari sæpiùs cum vxore. Si autẽ crimina non sunt connexa, non licet ea patefacere, etiamsi proximus laboret iã infamia propter aliud; quia quamuis amiserit ius ad vnam famæ partem, non tamen ad aliam; bona enim fama non est quid simplex & indiuisibile, sed compositum ex variis partibus, quarum vna non pendet ab alia, quare aut acquiri, aut perdi cæteris perseuerantibus poterit.

10 Altera causa excusans manifestationẽ alieni criminis à peccato mortali, est ad bonum ipsius Rei, vel ad nostrum & proximi damnum impediendum, quando reuelatio criminis ad id omninò necessaria est; nam si alia via est commodior, aut si hæc reuelatio non iuuet, erit contra charitatem crimen tunc reuelare, imò & tunc violari iustitiam communis opinio fert, quæ tamen dubia est Lessio *capit.* 11. *num.* 61. quia nemo habet ius ad famam per quam aliis nocere parat, aut illis nociturus est, & sibi debet imputare, si sua fama qua abutebatur, fuerit spoliatus. Deinde non teneris ex iustitia fugere, etsi possis, sed licebit aggredienti fortiter obsistere, cur igitur si accuseris iniustè ab alio, etiamsi exceptione fori possis euadere, non vti licebit exceptione contra accusatorem, pandendo eius occulta crimina? quam enim tunc illi inferes iniuriam? Quoties ergo emendatio proximi aut aliquod eius bonum sequetur ex occulti criminis euulgatione, apud alium, vt superiorem, eam licitam esse nullus dubitat.

Secundò si vitanda sint tibi grauia tormenta, alterius peccatum licitè pandis, quoties illi nullum aliud periculum quàm infamiæ imminet; quia non teneris cum tuo incõmodo adeo graui famã alterius seruare, sicut epistolam secretam proferre posses ob eandem causam, ita & actionem occultam alterius. Neque intendis opinionem eius bonam tollere, sed solùm te indemnem præstare, imò etsi alteri inde immineat capitis periculum, si illud crimen sine vi, & fraude, atque extra confessionem acceperis, aperire fas erit, quia non tenemur tormenta pati ad vitandum periculum proximi: imò, addit Lessius *n.* 55. etsi secretum illud vi, aut fraude extorsetis, id esse licitum; & P. Nauar. *lib.* 2. *c.* 4. *n.* 131. quia iniuriam quidem fecisti extorquendo secretum, non tamen deinde ad vitanda hæc incommoda illo vtendo, & si quod inde sequatur damnum, tribuendum est illi, qui me tormentis ad eam manifestationem adegit. Vnde vlterius colligit Syluester *v. detractio, q.* 3. P. Nauar. *lib.* 2. *c.* 4 *n.* 131. neque improbat Less. qui vi tormentorum imponit alteri crimen falsum, non teneri ad compensationem damni, neque peccare mortaliter, modò post tormenta, sua dicta reuocet, quia ea confessio non est efficax causa damni, & nihil alteri nocebit si iudex procedat iuridicè. Si tamen præuideant periculum mortis, ex malitia licet iudicis, non possum absq; iniustitia falsũ imponere, in talibus enim circunstãtiis per iniuriam causam grauis damni affero.

Tertiò ad impediendum graue damnum seu spirituale seu temporale proximi, possum alterius occultum crimen euulgare, imò aliquando teneor ex charitate, modò malum quod timetur præponderet infamiæ proximi; in dubio tamen in fauorem innocentis inclinandum erit.

Quartò eum qui fictis virtutibus famam sibi comparauit in aliorum dispendium, detegere fas est obiectis veris criminibus occultis, vt si se Medicum, Doctorem, Confessarium peritum ostentet, quia non habet ius ad retinendam falsam famam cum aliorum detrimento: si ea simulatio nemini noceat, vt si quis quæstum faciat, & eleemosinas ex pietatis specie corradat, erit contra charitatem simulationem aperire; additque Less. *n.* 66. etiam violari iustitiam, quia ille ius habet non vt positiuè probus, aut peritus habeatur, cùm reuerà talis non sit, sed ne habeatur improbus.

Quintò qui infamiam ante omnem sententiam contraxit ipso facto ob aliquod crimen, cui eam pœnam iura infligunt, non potest infamari & detegi quamdiu crimen occultum est: quia possidet suam famam, qua, iniuriâ priuabitur, sicut ille cuius bona ipso facto sunt applicata fisco, retinet adhuc eorum possessionem, ne a quocunque priuari possit ante iuridicam executionem, faciet tamen hæc infamia legalis, vt statim atque crimen innotuerit publicè, à quocunque tanquam infamis haberi, & tractari possit, & vt sententiâ declaratoria lata, infamia retrotrahatur ad tempus delicti commissi, atque ex eo tempore arceatur ab omnibus ad quæ aditum talis infamia præcludit.

Hactenus de infamatione alterius per detractionem aut impositionem falsi criminis, nunc agendum esset de infamatione sui ipsius, quam constat 11
non esse contra iustitiam, cùm alibi docuerimus quemlibet esse dominum suæ famæ, contra Caiet. 2. 1. *quæst.* 73. *art.* 3. & *in summa. v. detractio.* Valent. *d.* 5. *q.* 17. *ep.* 2. & alios. Nulli igitur facit iniuriam, nisi eius fama sit implicata cum alterius iure. Poterit tamen in illa profusione famæ peccare grauiter contra charitatem, tum propriam, tum proximi, vt si ipsi inde periculum vitæ immineat.

Quoad illam autem solemnem quæstionem, an liceat crimen occultum fateri, aut etiam fal- 12
sum admittere ad vitanda tormenta grauia.

Respond. non agi de silentio quo quis ad falsò impactum crimen obmutescit, neque illud refellit, sed se reum peragi sinit, atque etiam aliquando plecti, id enim etiam suadent Patres aliquando, Paulin. *epist.* 29. Christi exemplo, Iosephi quoque qui heram calumniatricem non redarguit, vtitur Chrysostomus *hom.* 32. *in* 1. *ad Corinth.* Ambros. *lib. de Ioseph. cap.* 5. Susannæ *lib.* 1. *offic. cap.* 3. Iobi, *lib.* 2. *de interpellatione, cap.* 3. vide & August. *serm.* 24. *de verbis Apostoli.* & *homil.* 10. *ex* 50. Pelagium *epist.* 2. *sub fin.* Petrum Damian. *lib.* 1. *epist.* 4. Alij tamen Patres volunt respondendum esse, ne aut calumniator insolescat, aut aliis scandalum ereetur. Ambros. *lib.* 1. citato. Basil. *epist.* 63. & 79. Nyssen. *orat. in illud Pauli, omne peccat*; & alij). Agimus itaq; de falsi criminis confessione, de qua.

Dico primò iudici interrogāti iuridicè, quamuis iniustè; fas erit occultū crimen fateri, etiāsi inde immineat mortis periculū, ad euitāda leuia tormenta. Less. *n.* 36. Mol. *tr.* 4. *d.* 37. quia potest ob honestum finem procurare sibi mortem quam fuit commeritus, & sistere iudici se plectendum. Secundò ad vitanda leuia tormenta imponere sibi falsum crimen propter quod sequatur pœna mortis, est peccatum mortale, quia mortem immeritam sibi ille accerseret. Tertiò ad vitanda leuia tormenta fateri crimen occultum, aut falsum sibi affingere sine vllo periculo grauis damni, non est peccatum mortale, quia non peccatur contra iustitiam, sed solùm ex prodigalitate, quæ ex suo genere non est mortalis. Quartò si non procedatur iuridicè, non peccabis mortaliter si tibi crimen affingas ad parentes, vel amicos liberandos, modò non sit periurium, quia possum etiam pro innocenti me offerre morti, & pro meis fortunis, aut doloribus licita erit ista affictio proprij criminis; atqui amicorum incommoda sunt nobis acerbiora propriis, & cùm non procedatur iuridicè, nulla fit iniuria Reipublicæ, neque peruertitur ordo iudiciorū. Quintò ad vitanda grauia tormēta, quibus celerem mortē præoptares, sine peccato mortali poteris tibi crimen falsum imponere cum periculo mortis. Ita Less. *num.* 41. Tolet. *lib.* 5. *capit.* 66. Soto *lib.* 5. *quæst.* 1. *artic.* 6. Eman. Sà. *ver. infamare.* Bonac. *d.* 2. *de restit. q.* 4. *p.* 10. *num.* 8. contra Molin. *d.* 36. *n.* 18. Nauar. *cap.* 13. *num.* 19. & alios; quia non tenetur vitam tueri cum tanto cruciatu. Deinde hoc mendacium non est mortale, quod grauem perniciem inferat quæ vitari debeat ex charitate aut iustitia; neque peruertit etiam ordinem iudiciorum; denique ille tantùm ob iustam causam morti se exponit, neque propterea licebit alteri ad similia tormenta vitanda, crimen quoque falsum impingere, quia non est dominus famæ eius, & illi grauem iniuriam impingit. Sextò finita tortura non tenetur falsum crimen quod sibi affinxit reuocare, etiamsi iuramento illud confirmarit, si videat eam reuocationem ad similia tormenta raptam iri; quia licèt ille suo periurio peccarit mortaliter, tamen nemini facit iniuriam sua non retractatione, si enim ex eo falso crimine labes in Religionem, aut familiam aspergeretur, videndum erit an ea infamia præponderet tormentis, an non, & an inde bonum publicum lædendum sit. Non tenebitur denique in extremo vitæ retractare suam confessionem, maximè si illa non sit profutura, ita Sanch. *lib.* 5. *in Decalog. cap.* 7. *num.* 11. Huc pertinet ille iuuenis qui fassus est adulterium quod non admiserat, vti Narrat Hieron. in historia de muliere septies icta. *Cùm enim liuidas carnes vngula cruenta pulsaret, & sulcatis lateribus dolor quæreret veritatem, infœlicissimus iuuenis volens compendio mortis longos cruciatus vitare, in suum mentitus est sanguinem.* Non negamus verò in hac falsi criminis admissione esse peccatū, cùm mendaciū sit, sed negamus esse peccatū mortale. Deinde volumus abesse periurium omne.

13 Ex his omnibus apparet quanta sit grauitas detractionis, & quandonam à peccato mortali excusetur. Illius grauitas ex eo crescit in primis quòd etiam in audientem reffundatur, non tantùm dum monet detractorem ad detractionem, seu quia ostēdit sibi gratam fore detractionem, à qua alioquin alter abstineret, seu quia absque iusta causa alium interrogat de alienis deffectibus, manifestum enim est hunc peccare mortaliter, & teneri ad restitutionem, nisi inuincibiliter ignorarit futuram grauem detractionem. Interrogauit, v.g. de minutis tātum deffectibus, & alter ex peruersitate animi plura grauiora adiecit. Verùm etiam dum delectatur graui detractione mortaliter peccat contra charitatem, cum delectetur de graui malo proximi, si autem solùm delectetur vel de nouitate rei quæ narratur, aut industria in patrando facinore, aut eloquentia detractoris, non peccat mortaliter, ex Less. *c.* 11. *n.* 10. Nauar. *c.* 23. *n.* 26. Rebell. 1. *p. lib.* 4. *q.* 6. *num.* 6. & aliis. Tenetur verò audiens detrahentem in re graui, eum corrigere ex præcepto correctionis fraternæ, & charitatis, & peccat mortaliter si omittat; excusatur tamen primò si videat nihil profuturam correctionem. Secundò si inde graue sibi damnum timeat, aut iniurias, aut verecundiam, aut sui contemptum. Tertiò quando licita est aliunde in casibus superius expositis detractio. Quartò quando facit quod potest, ostenditque se inuitum talia audire. Sextò si existimet crimen quod narratur publicum esse, & personam quæ refert non detrahere, sed excusari aliqua de causa, ex nuper allatis, vti præsumere debet, aut potest, quoties res dubia est.

Hinc vulgò colligunt eos qui non corrigūt subditos detrahentes, non modò contra charitatem peccare, sed etiam contra Iustitiam, quoties tenentur ex officio suorum subditorum famā custodire. Rebell. tamen *q.* 6. *cit. n.* 8. negat superiores teneri ad eam custodiam famæ suorum subditorum ex iustitia cōmutatiua, ac proinde si omittant correctionem non obligari ad restitutionem. In eos verò qui faciles aures præbent famæ alienæ obloquentibus, pluribus inuehitur Paulin. *ep. ad Celantiam,* vbi optimè ait, ideò in multis feruere hoc vitium, quia penè ab omnibus libenter auditur. Chrysost. *homil.* 3. *ad popul.* monet obstruendas aures tanquam stercus & cœnum suscepturas; idque cautum in auris fabrica, Cæsar. *dial.* 3. aliàs *quæst.* 78. ostendit, est enim auris sinuosè tornata, ne citius ingrediatur sermo, sed spatio longioris temporis imminutus per ipsam excauationem prohibeat quominus ad imam materia mendacij penetret, sed vnà cum maledicentiæ stercoribus superioribus in partibus remaneat. S. Ephrē *opusculo de linguæ morbo, sub finem,* queritur latè patere hanc ingentem auris fenestram. Inuitum tamē obloquentem audire nō vertebat crimini Theodos. contra veteres mores, vt docet Them. *orat.* 5. eum ea de humanitate cōmendans. Non modo verò fœditas detractionis apparet ex eo quod audiētes quoque conspurcet, dum illos peccati eiusdem plerumque reos facit, sed quia iniuriam in illū ipsum cōmittit detractor quē approbatorem alienæ nequitiæ fore suspicatur, vt queritur Aug. *hom.* 16. *de verbis Domin.* cui non absimilia tradit Apul. *lib.* 1. *Florid. Quænam facilior res quam linguæ rabies.*

Hæc prætereà turpitudo coniunctos illi de quo detrahitur, plerumque inficit, imò ea est hominum proteruia, vt quod de vno aliquo audiunt, toti deinde communitati, aut cœtui per summum probrū attribuant, atque ita ex vnius culpa totam Philosophorum gentem traduci queritur Epictet. *lib.* 4. *apud Arrian. c.* 8. cum tamen in aliis artibus id non contingat; neque enim si quis alium malè canentem audiat, dicit musicos malè canere, sed eum non esse musicum, aut non nisi imperitum. Chrysost. *homil.* 4. *de verbis Izaia, vidi Dominum,* negat alicuius erratum in totum ordinem Sacerdotum deriuandum, quæ eadem habet Isidor. *libro* 52. *epist.* 52. *libro* 3. *epist.* 241. Eadem est querela Nazianz. *orat.* 14. Hieron *opusc. aduersus Heluidium*

sub

sub fin. Theodoret. *lib. 2. contra Gent.* Ethnicos qui eorum nomen Christianum aliquorum flagitiis insectabantur, argu t acerrimè.

Denique ex variis circunstantiis detractionis vitus describunt Patres, Chrysost. *serm. 2. de prophetiarum obscurit.* esse morsionem quandam feralem multis ostendit; quod viderat etiã Senec. *lib. de vita beata, c.* 21. & eandem lacerationem humanorum artuum idem Chrysost. grauiùs vrget *in Psal.* 100. in illud, *Detrahentem secreto*; & *in cap. 5. ad Galat.* in illud, *Quod si inuicem mordetis*, & *homil. 3. ad populum*, habita per dies ieiunij. Pseudo Anselmus *lib. de similitud. c.* 147. ex verbis S. Clem. Optat. Mileuit. *lib. 2. contra Parmen. sub fin. Quid prodest quod viuunt homines, & occisi sunt honores à vobis, valent. quidem membris, sed rupta portant fœdera dignitatis.* De eadem proximi occisione ferali per detractionem, plurima Bernard. *serm. de triplici custodia*, & *sermone 24. in Cant.* Signum esse latentis in animo veneni, & sordiũ, detractionem, ostendit Ephrem *opusc. cit.* exemplo Mariæ, quæ quia fratrem Aaroné, ex Isid. *lib. 3. ep.* 152. excitarat ad murmurationé contra Mosem, leprâ infecta est. Alias easdem sordes exaggerat Chrys. *hom. 43. in Math.* Denique quam dedeceat os Christianum, & linguam qua omnes Deum patrem vocamus, ostendit Chrys. *hom. 14. in ad Ephes.* Ex inuidia nasci hunc morbum tradit Basil. *hom.* 11. Bernard. *sermone 24. in Cant. citato.* An verò detractio sit grauius omnibus peccatis quæ contra proximum committuntur, disputat S. Thom. 2. 2. *q. 73. art. 3.*

14 Modus lædendi famam alienam numerabatur à S. Thom. sinistra interpretatio boni à proximo facti, qui non habet aliquid peculiare ab iis quæ de iudicio temerario, ad quod pertinet, dicta sunt.

15 Quod attinet ad quintum, & sextum, nempe negationem boni proximi, aut eius diminutionem, seu depressionem, ex dictis constat, quatenus hinc sequitur infamatio, esse peccatum graue, vel leue, neque solet ordinariè nasci hinc positiua infamia, seu mala existimatio proximi, quamuis non comparetur tam bona existimatio quàm esset.

16 Denique silentium alienarum laudum, aut frigida laudatio, non est peccatum contra iustitiã nisi in eo qui ad eas laudes ex iustitia tenebatur, vt tradit Sot. *lib. 5. q. 10. ar. 4.* & Val. *d. 5. q. 17. p. 1. sub fin.*

17 Dixi nuper infamationem fieri tum verbis, tum scriptis. De priori & verbali hactenus egimus, de libellis famosis pauca dicenda supersunt, constat enim infamatione vocali teteriorem esse; cùm & diuturniùs duret, & ad plures perueniat, & grauius noceat. Quare legibus XII. Tabularum hanc culpam damnatam fuisse tradit Arnob. *lib. 3. n. 46. Carmen malum quo fama alterius coinquinetur, & vita, decẽuiralibus scitis euadere noluistis impunè.* Pœnam fuisse capitis in eum qui occentauisset, seu carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri, refert ex fragmentis Tullianis de Republica, Aug. *lib. 2. de ciuit. c. 9.* vbi Græcos qui eam procacitatem impunitam dimiserant, arguit, apparetque ita impunitum Aristidem *orat. Smyrnæ habita.* De eo argumento vide Rævard *lib. in l. XII. Tabular. c.* 26. Sidon. *lib. 1. ep.* 11. Gregor. *lib.* 38 *Syntag. c.* 6. Herod. *lib. 4. rerum iudicat. tit.* 4. §. 14. Molin. *d. 35. tract. 4.*

18 Detractioni adiungit S. Thom. 2. 2 *q. 74.* susurrationem, quia licèt illa tendat formaliter ad dissoluendam aliquorum amicitiam, & seminanda iurgia, id fit plerumque detractione, quia dum illius à quo alterum seiungere vis, mores parum commodos, aut vitia pandis. Susurratio, & detractio fiunt occultè & vtraque pugnat cum iustitia, cùm tollat bonum proximi. Vnde etiam vides esse peccatum mortale ex suo genere, & susurrationem quidem grauiorem detractione, quia tollit amicitiam, quæ censetur maius bonum quàm fama, licebit tamen dissoluere damnatam amicitiam, & quæ simulata amicitia est, inita videlicet duntaxat ad scelera simul patranda, vt sunt amicitiæ latronum, concubinarum, & pellicum. Sibi quoque potest quilibet alterius amicitiam conciliare, atque ab alio auertere, modò id fiat sine fraude, susurratione, infamatione, atque licitis modis, quia bonum amicitiæ, gratuitum omninò est, quod ex mera voluntatis liberalitate pendet. Quidni mihi liceat tale bonum procurare, neque facio alteri iniuriã, cùm non sim iniusta causa dãni, & possit quilibet amicitiã dissoluere sicut gratuitò illam contraxit. Si non sequatur amicitiæ dissolutio ex susurratione, si tamen sequi potuit, est peccatum mortale, quæconque tandem sit illa species amicitiæ, seu in vtilitate, seu in honestate fundata, vt cum Caiet. docet Molin. *tract. 4. d. 15.*

Huic vitio sæpius adiuncta est linguæ duplicitas, & susurro, bilinguis frequenter est, qui nempe de eadem re contraria iniustè pronuntiat, *Eccl.* 18. *Susurro, & bilinguis maledictus, multos enim turbauit pacem habentes.* Hæc sunt labia dolosa. Vide Valerium Cemeliens. *homil. 5.* vbi de oris insolentia plurima luculenter tradit.

ARTICVLVS III.

De violatione honoris.

Contumelia quid. 1.
Quotuplex. 2.
Origo eius. 3.
Derisio & sarcasmus. 4.
Maledictio. 5. 6. 7.

HÆc Violatio fit vniuersim loquendo cõtumeliâ, quæ vt obseruat Vlpi. *l. 1. D. de iniuriis*, à contemptu dicitur. Constat, tum verbis, tum factis, quibus honori, alterius excellentiæ debito detrahitur, quamuis ferè verbis contumeliam impingere contingat, vt obseruat S. Th. 2. 2. *q. 72. art. 1.* Differt à detractione, quia hæc famã, contumelia honorẽ impetit, quod aliqui distinguunt, quòd detractio fiat absente eo de quo detrahitur, contumelia verò profundatur in faciem, & in os. Sed non est perpetuũ hoc discrimen, nam vt honor exhibetur etiam absenti, ita etiam contumelia, quæ est dehonestatio, & inhonoratio quædam, absenti contingere potest. Detractio quoque aliquando præsentem habet, eum cuius crimen occultum pandit, vt notat Molin. *d. 18. n. 4. tract. 3.* cũ Nauar. *c. 18. n. 18.* 1
Hoc peccatum esse contra iustitiam commutatiuã, & ex suo genere mortale, atque solius materiæ exiguitate excusari, patet ex dictis de detractione, neque necesse est intendi per se inhonorationem alterius, sed satis est illam ex contumelia sequi, nisi probabilis ignorãtia, & inculpabilis, excuset, vti etiã monuimus de detractione materiali; censetur enim velle indirectã volũtate honoris illius læsioné, quia tenetur abstinere, & potest à sermone, vel facto, quo violatur alienus honor, idque ipsum asserit S. Thom. *art. 1. cit.* Possunt peccata & defectus alicuius ipsi exprobrari etiam in faciem ob correctionem, aut alium honestum finem, sine peccato, aut saltem non graui, quod probauit S. Thom. ex discrimine peccatorum iniustitiæ quæ com-

mittuntur factis, & eorum quæ solis verbis, quia enim facta sunt ex seipsis damni allatiua, qui illa ponere vult, conuincitur etiam velle consequenter inferre nocumentum, quacunque tandem intentione dicat se actionem externam elicere, vt apparet in eo qui aufert rem alienam inuito domino, illi enim reuera nocet, idque videt, neque eam iniustitiam alia intentione honestare potest. At verò quia verba sunt tantùm signa quæ non nocent proximo, nisi prout significant conceptus, & affectus internos; eorum malitia, sicut & nocumentum, maximè sumi debet ex intentione & affectu quo proferuntur. Atque ita excusantur superiores dum corrigendo, sua subditis probra ingerunt, & vtuntur asperioribus verbis, vt Christus *Luc. vlt. O stulti & tardi corde.* Paul. ad Galat. 4. *O insensati Galatæ.* Caueant tamen debent superiores ne excedant hac in parte, nam si obiurgent præsentibus aliis qui eorum animum non habeant perspectum, aut deinde grauiter subditos inhonorarent, aut si perturbato animo loqui existimentur, aliisque de causis possunt etiam in hac parte peccare grauiter, vt ait Valent. *d. 5. quæst. 16. p. 2.* vnde August. *lib. 2. de serm. Dom. in monte, cap. 30.* ratiò dicit adhibendas esse obiurgationes.

2 Diuiditur contumelia in contumeliam præsè sumptam, conuitium, & improperium. Contumelia obiicit defectum in malo culpæ: conuitium (quod à voce dictum, contra Vallam fusè ostenditur in Lexico meis) exprobrat defectum naturalem, aut malum pœnæ: improperium obiicit indigentiam ex qua minuatur excellentia, quia beneficium aliàs impensum exprobrat: quæ omnes differentiæ contumeliæ non sunt specificæ, vt obseruat Caiet. Val. & alij passim, cùm omnes hæ iniotiæ verbis impetant honorem, qui in varias species nequaquam dissecatur, sicut neque fama: quare omnes detractiones sunt eiusdem speciei infimæ in ratione infamationis, quamquam ob varias circunstantias possint sibi asciscere nouas deformitates, etiam specie distinctas, vnde erunt in confessione exprimendæ. An verò qui leue tantùm iactat conuitium absque animo illum grauiter offendendi, offendit tamen ipsa grauiter, peccet mortaliter, distinguit Azor *part. 3. lib. 1. 3. c. 5. dub. 9.* quando homines qui non qualibet ex causa, & ex quolibet conuitio etiam leui solent grauiter offendi, ex illo tamen quod leue putabas, grauiter offenduntur, iam non censetur leue conuitium, sed graue: quare eius iactatio deliberata, quamuis ex animi leuitate, mortalis erit.

3 Origo contumeliæ ira est, ex S. Th. *q. 72. art. 4.* Greg. *lib. 31. moral. c. 31.* Chrys. *hom. 32. in Matth.* ostendit iram adulterium esse, conuitium autem diaboli lectum, & ex pernicioso spermate diabolicas inimicitias deinde inter coniuges oriri, quæ eos diuimant in multas partes, quos matrimonium in vna carne coniungebat. Saluian. *lib. 3. de prouid. Prima semper irarum tela, maledicta sunt, & quidquid non possumus imbecilli, optamus irati, ac sic in omni animorum indignantium motu votis malis pro armis vtimur.* Quærit S. Thom. *art. 4.* an teneamur pati contumeliam, & non tantùm conuitianti non referre conuitium, & contumeliam priuata authoritate, sed etiam omninò tacere, & patienter audire. Respondet quandoque esse repellendas contumelias, tum propter eius, qui eas impingit bonum, ne insolescat, & similia deinde attêtet. Stulto enim iuxta suam stultitiam respondendum esse monet Sapiens *Prou.* 1. tum propter bonum aliorum, quibus ob eas contumelias nô poterimus prodesse, idque necessarium esse concionatoribus, & aliis quorum vita in exemplo imitationis est posita, docet Greg. *hom. 9. in Ezechiel.* in aliis casibus consultissimum erit tacere, non, ne irritetur amplius ea patientiâ conuiciandis ira, sed vt sedetur. Hæc contemnenda spicula monet Senec. *lib. de beata vita, c. 18.* quia magnis quibusque viris infixa sunt quædam quæ fusiùs iterat *ibid. c. 27.* Deinde quia qui probos infamant, plerumque ipsi infames sunt, vt idem Seneca monet *ep. 91.* Vide Dion. *orat. 47. in fin.* & latè Chrys. *homil. de virtut. & vitiis.* vbi nihil bono obesse infamari, malo autê laudari nihil prodesse pluribus ostendit. Contumeliæ autem probrum, & sordes idem ostentat *hom. 31. ad popul.* & *hom. 31 in acta,* & *hom. 46.* de vna gloria cœlesti nos sollicitos esse debere, non de hominû laudibus aut conuitiis. Ad hoc silentium, pertinent quæ nuper diximus de eluenda calumnia.

Derisio & sarcasmus est etiam species quædam contumeliæ, quia per eâ obiicitur defectus aliquis proximo, vt pudore aliquo suffundatur, quare peccatû est pro grauitate erubescentiæ & pudoris, non solet autem in derisione obiici nisi defectus leuis, grauis enim pertinet ad contumeliam; leuis verò defectus vel secundum se talis est, & æstimatur, & ideò deridetur per iocum, & tunc non est nisi peccatû veniale, aut etiam si moderatè fiat sine culpa, notari poterit eiusmodi defectus ex quadâ vrbanitate & eutrapelia, quamuis aliqua erubescentia, & pudor sequatur in proximo, quod multò verius erit si ad honestum aliquem finê eiusmodi derisio vsurpetur, aliàs censetur leuis defectus in quê cadit derisio, non secundum se, sed ex contemptu personæ in qua notatur, quia enim illa nihili fit, & ludibrio habetur, eius defectus, siue sint in se graues, siue non, deridentur, & ea derisio tunc culpa grauis est, non tam ratione sui, quàm contemptus adiuncti, & crescit ea iniura pro qualitate personæ quæ despicitur, & deridetur. Hæc est doctrina sancti Thomæ *q. 75. art. 2.* Quàm acerbum verò plerumque aculeum infigant scommata, & dicteria specie facetiarum iactata, eo quo despicientiâ annexam habeant, tradit Chrysost. luculenter *homil. 17. in ep. ad Ephes. Sanctus non est qui facetias loquitur, &c.* Valerian. Cemeliensis *hom. 6. de verbis otiosis,* Iouian. Pont. *operis de serm. lib. 3. 4. 5. 6.* Brisson. *opere de facetiis.* 4

Subsannatio non differt à derisione nisi quod fiat signis externis, motibus, & gestibus, vt corrugato nazo, &c. derisio autem solis verbis.

Maledictio si sumatur pro simplici enunciatione mali alterius, pertinet ad detractionem, & tunc potiùs appellatur maledicentia, aliàs sumitur pro enûciatione mali per modum imperantis, & tertiò pro imprecatione, per modum optantis, quibus posterioribus modis frequentiùs vsurpatur, & pertinet tum ad odium, quando ex illo procedit, tum ad contumeliam, quoties in ea imprecatione, aut imperio, malum alicuius ipsi in faciem ingeritur. Vel denique per medium aliquem, vt ait Caiet. *in q. 76. art. 4.* Sot. *lib. 5. q. 13. art. 4.* & Val. *d. 5. q. 19. p. 2.* qui idcircò negant esse speciale peccatum, cùm enim eius obiectum sit malum quod volumus proximo euenire, & illi vel optamus, vel imperamus euenire, & malum sit quid commune, pro ratione mali quod imprecabimur ad diuersa pertinebit, quamuis, vt monui in vniuersum cum Molin. *disp. 22. tract. 4.* ad odium referri possit. 5

Duplex est hæc maledictio, seu imprecatio, formalis vna, materialis altera. Prima est qua volumus imperando, vel imprecando malum alteri euenire, vt malum eius est. Materialis autem est 6

qua

qua volumus malum alteri, qua bonum eius est, vel iustum ad pœnã,& ita iudices imprecantur reis, & volunt pœuam: vel vtile ad emendationem. Hæc posterior non est peccatum, nã bonum tunc reipsa optamus proximo,& illud ipsũ, quod non est malũ nisi afflictiuum, volumus infligi debito modo, vel à Deo, aut eius nutu, vel à publicis potestatibus. Formalis autem maledictio peccatum est, quia non licet velle quod non licet facere, & non licet inferre malum alteri præcise vt malum eius est, nisi quatenus in eius, nisi renuat, bonum cedit, vel saltem in aliorum vtilitatem. Est verò ex sua natura peccatum mortale, quia pugnat cum charitate, excusatur tamen tũ paruitate materiæ,& mali quod optamus, tum defectu deliberationis, dum ex animi commotione, dira aliis imprecamur, qua ex causa Caiet.& Val. sæpiùs maledicentes parentes liberis, excusant à peccato mortali Distinguendum tamen monet Molin. *d.* 12. *cit. n.* 5. cum Caietan quis post coniectam maledictionem nolit statim euenire malum quod imprecabatur, an verò etiam dum maledicit nolit idipsum accidere, ita vt sit tantùm maledictio verbalis, atque vt loquitur Caietanus, *non transeat guttur*. Atque hoc secundum excusat à mortali, nam ipsi parentes etiam dũ maximè deuouent liberos dæmoni, nolunt id contingere, sed sæpiùs ad terrorem,& ad testandum dolorem, aut iiã id iactant, atque ex magna animi commotione, quæ rationem omninò perturbat: quæ omnia ex variis circũstantiis à prudenti Confessario diiudicanda erunt. Quidquid verò peccent parentes, timendæ sunt eorum maledictiones liberis, quamuis enim in verbis parentum nulla sit efficacitas, cùm tamen rationabili de causa liberis malum aliquod imprecantur secundùm ordinem diuinæ iustitiæ, frequenter Deus eorum annuit votis ad liberorum pœnam, emendationem, & aliorum correctionem quando sine rationabili causâ concitantur parentes in has imprecationes, sæpius Deus permittit ea mala contingere ad pœnam parentum, & liberorum timorem.

7 Ex his apparet subiectum maledictionum esse ea tantùm quibus aliquid mali potest accidere, quare creaturæ irrationales non sunt capaces maledictionis, nisi quatenus referuntur ad hominem, vel per modum subuentionis, quatenus illis indigent, aut vtuntur homines, atque ita terra maledicitur à Deo, & montes Gelboë à Dauide, aut per modum significationis, qua ration. Christus maledixit ficulneæ, aut per modum continentis, videlicet loci, vel temporis, sic Iob, maledixit diei in qua natus est. Igitur secundùm ordinem quem habet creatura aliqua irrationalis ad rationalem, poterit maledici, prout enim creatura rationalis poterit maledici, ita & irrationalis cum illa coniuncta; illis autem, quatenus sunt Dei effectus, maledicere, esset horrendum blasphemiæ peccatum. Hinc varias maledictiones quas in scripturis Sancti iactant in peccatores, aut creaturas irrationales, facilè explicabis cum Molina *d.* 22.

ARTICVLVS IV.

De reparatione honoris, & famæ.

Regula vniuersalis. 1.
Obligatur infamator reparare famam quam læsit. 2.
Quid aliquando ab obligatione excuset. 3.
An possit fieri compensatio. 4.
An debeat aliquando fieri pecuniâ eiusmodi reparatio. 5.
An damnum maioris boni incurrendum excuset. 6
Quid si accusator negante reo puniatur. 7.
Quanta sit ea obligatio. 8.
Modus reparandæ famæ. 9.
Reparatio honoris. 10.

CVm infamatio, & honoris alieni violatio, sint peccata contra iustitiam, manifestum est ex illis nasci obligationem restitutionis quæ tamen in hoc genere iniustitiæ difficulter & operosè fit, hanc itaque vniuersalem regulam constituo.

Regula vniuersalis.

Restituenda est fama iniustè ablata, nisi aliunde iam perierit, aut deleta infamia fuerit, vel intercesserit condonatio, aut compensatio iusta, vel denique restitutio sit impossibilis, aut saltem fieri nequeat sine dispendio maioris boni. Restituenda quoque sunt damna ex infamia consecuta: quæ obligatio quoad damna transit ad hæredes infamatoris, non autem quoad restitutionem ipsius famæ. Variis modis ex iudicio prudentum fiet eiusmodi reparatio. Honor denique violatus reparandus est eo modo, quo læsioni illatæ fieri satis prudentes iudicabunt. 1

Hæc assertio continet quinque partes. Prima est famæ etiam reparandæ obligatio. Secunda causæ quibus ea obligatione exoluimur. Tertia quàm ampla & qualis sit ea obligatio. Quarta modus huius reparationis. Quinta reparatio læsi honoris; quas omnes partes singillatim percurro.

Et quidem quoad primam incumbere nimirum infamatori obligationem resarciendæ famæ, quam iniustè abstulit, statim apparet. Cùm enim fama sit præcipuum bonum inter externa, quoties per iniuriam ablatum est, restituendum esse, sicut & reliqua bona, nullus ambigere potest. Si inquam, reverà ablatum fuit tale bonum, nam si nulla fuit infamia sequuta, quia non fuit habita infamatori fides, eò quod animo concitato,& prauo aliquo affectu in transuersum acto, aut ex vulgi tantùm vanis rumoribus loqui illum sibi persuaserint auditores, vt sæpè fit, aut quia iam illis erant nota crimina quæ referebat detractor, quare non multùm auxit eius de quo agebatur apud illos auditores infamiam, certum est, quamuis peccauerit contra iustitiam infamator, non magis teneri ad restitutionem quàm eum qui frustra conatus rem alienam surripere, eam capere nequiuit. Huc pertinet infamia quam auditores vni alicui impegerunt, cùm tamen alium designares, illi enim tu non abstulisti famam, sed auditorum praua,& læua mens, aut intelligentia: quare infamiam tu detergere non teneberis lege iustitiæ, sed solius forsan charitatis, quæ iubet nos malum proximi amoliri, quandiu sine graui incommodo id possumus, si tamen aduertetas fore probabiliter, vt auditores propter varias circunstantias tua dicta de certo quodam, quamuis falsò interpretarentur, es reverà tunc iniusta causa infamiæ illius, non absolutè quidem, sed ratione circunstantiarum, & dispositionis auditorum, quibuscum talia verba proferes,& teneberis reparare. Quoties verò licuit crimen alicuius aperire, illum- 2

que infamare, cùm fama non fuerit iniustè ablata, non est facienda restitutio. Difficultas tamen restat circa eum qui crimen alterius, quod bona fide existimabat esse publicum, retulit, cùm tamen reipsa esset occultum, atque ita eum infamauit, ille enim non abstulit iniustè famam, ergo non tenebitur ad restitutionem. Dici tamē superiùs hunc teneri non ratione iniustæ damnificationis, sed ratione rei ablatæ, aut damni dati, quamuis illud sine culpa dederit: Sicut qui sine iniustitia formali rem alienam accepit, vbi tamen eam alienam esse cognouit, reddere debet. Est tamē magnū discrimen inter eū qui ea iniustitia formali famā alteri abstulit, & eū qui idem sine culpa, vt in casu nostro, præstitit: prior enim debet famam iniustè ereptam, etiam cum æquali damno suæ famæ, quamuis notabili, restituere, non verò hic nisi cum modico, non autē cum suo graui damno, seu fortunarum, seu famæ, vti contingit in rei alienæ redditione, qui enim eam iniustè accepit, reddat oportet, etiamsi inde damnum graue, & magnas expensas subiturus sit, modo explicato nuper; non autem qui sine sua culpa eandem rē alienam apud se habet, quā v.g. non tenetur magnis impensis remittere. Præterea non tenetur infamans sine culpa sua, resarcire damnum ex ea consequutum, quale est priuatio beneficij vel officij alicuius, quia non est culpabilis illius damni, sicut neque infamiæ propter quam solam dicitur creasse tale damnum: quare illud sarcire non obligabitur, saltem si contingat, antequam agnouerit hic se infamasse proximum, & crimen occultum propalasse, quamuis bona fide notum omnibus existimaret. Difficultas verò est, vtrum si post eam cognitionem, reuocando quæ imprudenter, licet inculpabiliter, effutierat, possit damnum consequuturum auertere, & id omittat, teneatur ad damni illius reparationem. Less. c. 11. n. 118. teneri putat, non tamen cum tanto onere, atque eum qui fuit causa iniusta, quia qui causam posuit periculi, vbi illud impendere aduertit, tenetur impedire si potest, alioquin negligentia illa & omissio faciet reū damni sequuti, vt si quis aduertat ex puluere nitrario quem certo loco posuit, incendij periculum, si eum puluerem amouere negligat, incendij consequuti causa censebitur, etiam culpabilis, non propter primam positionem pulueris in eo loco, sed propter non amotionem post animaduersum periculum: quia quisque tenetur ea iustitia neminem lædere, & quod inde efficitur, cauere ne ex sua actione, vel opere quidquam nocumenti alij patiantur. Contraria nihilominus sententia non est improbabilis, ipso Lessio teste, quia qui rem alienam inculpabiliter destruxit, eam non tenetur restituere nisi quantum inde factus est ditior, iste verò de quo disputamus alienam famam perimit nulla sua culpa, aut prouentu, ergo eam sarcire non obligatur; neque quidquam facit, quod facilè & nullis impensis possit restitui fama, & non aliæ res externæ, quia illa maior restituendi facilitas non inducit obligationem ea iustitia, sed solùm charitatis ad summum: & sanè si hic esset obligatio iustitiæ, teneretur etiam cum dispendio propriæ famæ alienam in hoc casu resarcire, quod tamen nullus dicet.

3 Secunda pars assertionis continebat causas excusantes ab onere restitutionis. Prima est eiusdem famæ aliunde deperditio, v.g. crimen quod euulgando, Caium infamaueras, interea notorium & publicum euasit, aliunde, quàm ex tua infamatione, non teneris famam reparare, cùm iam ius ad famam amiserit, vt diximus nuper.

Secunda, si deleta iam fuerit infamia, quia si ille famam suam omninò recuperauit vel virorum grauium testimonio, vel quia lapsu temporis obliuione planè sepulta est ea infamia, neque vllum morale periculū est ne reuiuiscat: nam si tale periculum immineat, eo quod data occasione soleant homines eorum quæ mores aliorum impetunt, meminisse, v.g. quando collocanda erat puella, quam Titius dixit siue verò, siue falsò à se corruptam, occurret illud probrum, tenetur Titius ad restitutionem, quæ tamen prudenter fieri debebit, maximè si probrum iactatum fuit verum, ne ipsa testimione potius in memoriam redeat, & confirmetur magis iam præconcepta opinio. Deinde pro infamia quæ medio tempore antequam penitus abstergeretur, perseuerauit, debebitur aliqua satisfactio si illam velit infamatus, quamquam non censetur facilè velle quis, neque solitum est eam offerre. Ad damna etiam, durante infamiâ, consequuta tenebitur absque dubio infamator.

Tertia est cōdonatio, cū enim simus domini famæ nostræ, illam sicut & alia bona, abiicere possumus, & peccatum quo læsi fuerimus, condonare, nisi ex ea infamia timeretur scandalum, ob qualitatem criminis de quo fuit quis accusatus, aut infamia familiæ, aut impediatur vtilitas & fructus agendi cum proximo, aut muneris administratio, vt contingit in prælatis: in his enim omnibus casibus erit illicita condonatio, & cum charitate pugnans, nisi forte munus, cui impedimentū est ea infamia velis deponere, aut eam iacturam aliis actionibus compensare: erit tamen valida condonatio propter dominium quod quis habet in suam famam. Si infamia in alios redundet, non tantùm quòd dicantur eiusdem familiæ cum infamato, aut eius cognati vel affines, de qua familiæ infamia tantùm agebamus superius, sed quia cæteri eodem crimine infames, & suspecti, ac criminosi quoque habentur inualida erit condonatio, propter ius aliorum implicitum de quo nequis disponere.

Quarta est compensatio iusta: hæc autem compensatio non ita fieri potest, vt tu possis vicissim infamare eum qui te primus infamauit, quamquam ad amoliendam infamiam qua ille te aspergit, vt ipsi fidem hac in parte detrahas, poteris occultos illius defectus aperire, atque ita inculpatè famam tuam tueri, hoc enim est iniuriam amoliri, non inferre, aut illatam vlcisci, quod priuata authoritate nō licet, & debet prætereà euulgatio alieni criminis vtilis esse ad tuitionem tuæ famæ, & necessaria, alioquin est iniqua, necessaria, inquam, nam si alia viâ possis immunem seruare famam, vt adhibito iuramento, & testibus, erit saltem contra charitatem eum ea ratione incommodare, non autem contra iustitiam, modò non excedas, neque aliud præcisè aperias quàm quod necesse fuerit ad fidem derogandam, quia dum iniustè inuaderis, non obligaris ex iustitia ad hos modos tuendi te, confugere, & famæ inuadentis tuam parcere. Potest igitur fieri compensatio, vt dum infamasti eum qui te prior infamauerat, nolis restituere illi famam, nisi ille tuam restituat, seruata æqualitate, hoc est, vt damna sint paria, si enim tu grauiorem infamiam intulisti, & ea per partes restitui possit, quia v. g. plura aperuisti, teneberis restituere, donec damnum quod pateris, sit æquale illi quod intulisti. Si autem infamia sit indiuisibilis, quia non nisi vnum crimen aperuisti, sed multò grauius, tunc potes illam totam famam apud te retinere instar pignoris, vt alterum 4

terum compellas ad tuam quoque famam restituendam, & sibi ille imputare debet, quod suam famam non recipiat. Sic qui accipit gemmam maioris pretij quàm sit summa sibi debita, illam iure retinet, donec solutionem recipiat, atque hæc compensatio fieri potest, tum altero inuito, qui grauiter peccat, cùm impediat restitutionem, tum ex mutuo consensu. Ita Tolet. *lib.* 5. *c.* 70. Sot. *lib.* 4. *q.* 6. *art.* 3. *ad* 4. Less. *c.* 11. *n.* 133. Rebell. *lib.* 4. *q.* 13. *n.* 6. Eman. Sà *verbo. restitutio, num.* 54. Bonac. *disp.* 2. *q.* 4. *p. vlt. n.* 1. contra Nauar. *c.* 18. *num.* 47. P. Nau. *lib.* 2. *c.* 4. *n.* 395. Caiet. 2. 2. *q.* 62. *art.* 2. Val. *d.* 5. *q.* 6. *p.* 5. Azor *lib.* 5. *c.* 9. & *q.* 16. *tom.* 3. quia videmus in aliis bonis temporalibus, cùm damna sunt paria, licitam fieri compensationem, neque vlla est peculiaris ratio in damnis famæ idem fieri prohibens; quod enim dicunt in aliis damnis bonorum externorum, quia sunt pecuniâ æstimabilia, posse fieri compensationem, sic enim vnius debitum extinguit debitum alterius, non vrget, nam etiam in his potest tolli, non vna quidem infamia per aliam, sed debitum soluendi famam, donec tua tibi sit restituta. Non licebit tamen calumniam alia structa calumnia compensare, vt monet Petrus Cellens. *epist.* 9. & Doroth. *doctrina* 8. quia calumnia est impositio falsi criminis quod & mendacium, & peccatum contra iustitiam continet, si tamen calumniatori tu quoque calumniam impegisti, in eo poterit fieri compensatio, quod quamdiu primus calumniator non reparat iniuriam tibi irrogatam, tu qui æqualem calumniam reposuisti, atque adeò peccasti, non tenearis tamen illam diluere, donec tuus calumniator diluat eam quam tibi impegit, vti modò dicebamus de infamatione. Ratio istorum omnium est, quia quando iura sunt paria in rebus temporalibus, cuiusmodi est fama, licet non satisfacere iuri alterius, qui meum violauit, donec ipse mihi satisfecerit, vti videmus in mutuis debitis pecuniariis.

5 Quinta causa est impossibilitas restitutionis, quæ causa perspicua est; quæritur tamen an saltem tunc facienda sit pecuniaria compensatio, vt famæ dispendium quo meliori modo poterit reparetur. Resp. non deberi præcisè ratione famæ ablatæ, nam ex damno inde consequuto ad id obligari poterit, quod vnum probant quæ ex Nau. adducit Azor. *c.* 9. *cit. q.* 13. Si etiam à Iudice ad eam pecuniariam satisfactionem damnaretur, aut de ea cum infamato transegisset, teneretur ex iustitia talem pœnam subire, & pactis initis stare. Agimus igitur de obligatione vi famæ ablatæ præcisè, aliis omnibus seclusis, & negamus obligari infamatorem seclusis damnis ex infamatione consequutis, teneri, vbi impossibilis fuerit famæ ipsius reparatio, in pecunia illam compensare, cum Nauar. *cap.* 17. *numer.* 90. Less. *numer.* 92. Syluest. *v. detractio, quæstione* 4. & aliis apud Bonac. *p. vlt. cit. num.* 14. quia iustitia commutatiua non obligat nisi vt restituatur ablatum, aut ex communi hominum æstimatione æquiualens; quare qui non potest pecuniam debitam soluere, non tenetur, vt aliàs diximus, offerre sacrificia aut orationes, atqui pecunia non est mensura, neque pretium famæ, ex communi hominum æstimatione, sed rerum tantùm venalium, quare non debet pro ea dari, alioquin posset quis etiam altero inuito, pecuniâ famam compensare, sufficit enim vt æquiualens ablato restituatur: quare non est simile quod affertur de debito mille aureorum, quod si totum solui nequit, debet saltem pars reddi pro facultate debitoris, vnde colligunt, quando non potest reddi fama, aliquid eius debiti pecuniâ reparandum videri; nam neque fama tota, neque eius pars pecuniâ æstimatur, & per accidens est infamatorem esse pauperem, aut diuitem, non enim obligatur nisi præcisè quatenus est infamator, non autem quatenus est diues aut pauper. Ex charitate tamen posset oriri aliqua obligatio dandæ pecuniæ pro fama, si infamatus aliter mœrorem deponere non posset, & pauper sit, eamque satisfactionem desideret, & infamator sit diues; videtur enim teneri ex maiori quadam obligatione subuenire illi, quem adeò afflixit. Hinc apparet non posse fieri compensationem pecuniarij debiti, & famæ restituendæ, vt qui debet alteri centum aureos, eos retineat nisi sua sibi fama restituatur; nisi fortassis eos sibi seruet vice cuiusdam pignoris.

Sexta causa excusans ab hac restitutione est, 6
quod non possit fieri sine maioris boni dispendio, sed in hac causa nonnulla disceptanda veniunt. Suppono autem hæc maiora bona esse vitam, & grauiorem infamiam quàm fuerit illata, deinde sublatam fuisse famam vel detractione, & veri criminis occulti detectione, vel calumnia, & imputatione falsi criminis. Quando ex infamia non euenit infamato damnum in spiritualibus, aut vitæ, non teneris eam reparare, & suam infamiam quamuis maximam, amoliri eum tuæ vitæ periculo. Ita Nauar. *c.* 17. *n.* 89. Caiet. 2. 2. *q.* 62. *art.* 2. Azor. *tom.* 3. *lib.* 5. *c.* 9. *quæst.* 11. Less. *c.* 11. *num.* 86. qui etiam id intelligunt quando infamia contracta est per impositionem falsi criminis, quia nunquam ex iustitia tenemur rem superioris ordinis dare pro compensatione rei inferioris ordinis. Constat autem vitam cum fama collatam esse diuersorum ordinum. De maxima illa quantitur hæc conclusio, non est ambigendi locus, cùm eam praxis quotidiana satis confirmet, & communis fere sensus, vt apud P. Nauar. *lib.* 2. *c.* 4. *num.* 405. fusiùs videbis, & quamuis aliquando famam præferamus vitæ, quod vnum obiiciunt aduersarij, non tamen famam alienam præcisè, vt fama est, & seclusis aliis bonis quæ ex ea fortassis in communitatem deriuabunt, præponere vllus debet propriæ vitæ.

Quando ex infamia à te illata vitæ periculum alteri imminet propter falsi impositionem, debes illam amoliri cum periculo tuæ etiam vitæ, & tunc vitam non ponis pro fama præcisè, sed pro damno, ex eius violatione consequendo. Limitaui autem cum Lessio id ad infamiam per impositionem falsi criminis, nam si fuerit tantùm detectio criminis occulti, non videtur tanta reparatio exigi posse, quamquam cùm etiam tunc infamator fuerit causa iniusta talis damni, illud resarcire obligetur.

Quando non potes sine notabili damno propriæ famæ minorem famam alterius restituere, non teneris illud notabiliter maius damnum incurrere, & sic plebeius non potest exigere vt nobilis cum maximo suo probro famam sibi restituat. Less. *numer.* 158. Bonacin. *quæstione* 4. *citat. part. vlt. numer.* 12.

Quid verò dicendum sit de Caio qui negauit 7
in iudicio crimen sibi obiectum à Titio, vnde Titius tanquam mendax, & calumniator habitus est, & fortassis punitus. Respondet Azor. *cap.* 9. *cit. quæstione* 8. in primis si Caio crimen falsò obiectum fuit, & contra iustitiæ ordinem,

nihil tenetur restituere pro infamia quæ in Titium accusatorem redundauit, quamuis illum mendacem,& calumniatorem dixerit,quia non infert iniuriam accusatori, sed suam solum famam tuetur. Secundò si crimen verum fuit, sed occultum, & contra iuris ordinem obiectum, potest se tueri Caius,licèt inde sequatur infamia in accusatorem, & potest queri se iniquè & iniustè accusari: ita Caiet. *v. restitutio,c.vlt.*& 2.2. *quæst.*62.*art.*2. *ad* 2. Addit Soto *lib.* 4. *quæst.*6. *art.* 3. cum Azor.& Less. *cap.*31.*num.*6. posse quoque negare crimen, quod non vult concedere Caietan. Tertiò si Caius verum crimen sibi obiectum seruato iuris ordine neget, vbi veritatem fateri tenebitur, iniuriam faciet accusatori, si sua negatione illum tanquam calumniatorem traduci faciat, eò quod non potuerit plenè probare crimen, quod obiiciebat Caio, nam si plenè probatum fuit crimen, & non dixerit accusatorem esse calumniatorem, aut esse mentitum, nullam iniuriam intulit, immò etsi hæc dixerit,quamuis peccauerit, quia tamen probatione criminis satis calumniam obiectam confutauit Titius accusator, nihil ex negatione Caij rei, aut eius recriminatione amisit famæ, quare nihil etiam superest restituendum.

8 Tertia pars Regulæ agit de amplitudine huius obligationis qua metienda est primò ex ratione rei restituendæ, non enim solùm fama resarcienda est, sed etiam damna inde consequuta, quorum causa iniusta fuit infamator, quia ea ordinariè, & proinde non omnino per accidens ex tali infamia consequuntur, quod non solùm quando infamia fuit per falsi impositionem, sed etiam per euulgationem criminis veri latentis intelligo, contra Sotum, qui *lib.* 4. *quæst.* 6.*art.*3. *ad* 4. putat in hoc casu restituendam tantùm partem damni consequuti, definiendam arbitrio boni & prudentis viri, quia hic verè est causa iniuriosa totius damni, quod crimen quandiu occultum fuisset, nunquam generasset. Inter hæc damna numero priuationem bonorum quæ sine ea infamia fuisset passus proximus, quæ bona restituenda sunt, non quantum illa in se valent, sed quanti æstimabatur spes illa acquirendi.

Secundò ratione eorum ad quos permeat hæc obligatio: nam quoties est sola fama restituenda, ea obligatio personalis est, & non transit ad hæredes, cum sit ad aliquid agendum, faciendumve. Quoad reparationem autem damnorum ex infamia prouenientium, ea satisfacere tenentur hæredes infamatoris, quia ea obligatio afficit ipsa quodammodo bona,& non solam personam infamatoris, & si infamatus obierit, damna illa reparanda erunt hæredibus eius. Præterea prælatus qui se præsente subditum alteri non subdito infamiam irrogare patitur, tenetur illi restituere in defectum subditi infamantis, quia ex officio debet corrigere subditum, & impedire ne alteri noceat. Si tamen præsens non fuerit superior, non censetur causa damni quod intulit subditus, & ipse tunc impedire non potuit, debebit tamen tunc vrgere subditum quantum licuerit vt famam restituat, quia alioquin persistet subditus in inferenda iniuria, quod superior amoliri tenetur. Nomine verò superiorum, intellige parentes, dominos, Parochos, Episcopos, Magistratus, Principes, respectu inferiorum illis correspondentium.

9 Quarta pars continet modum reparandæ famæ, qui vniuersim petendus est ex prudentum arbitrio attentis variis circumstantiis famæ amissæ, modi quo sublata est, personæ infamantis, & infamatæ, aliisque id genus: hæc tamen singillatim traduntur à Less. *c.*1 5. *d.* 20. & aliis Doctoribus; dum crimen falsò alicui impactum est,tenetur criminator omni ratione eam opinionem ex hominum animis eximere, dicendo se falsum dixisse, mentitum esse,idque etiam si opus fuerit iuramento confirmando, immò etiam aliquando tenebitur ex iustitia adhibere testes,si iuranti non credant,ex probabili causa propter quam suspicentur auditores conductum pretio criminatorem ad eam reuocationem. Ita Less.& Sot.*lib.*4.*quæst.*6.*art.*3.quod tamen videtur durum Nauarro *c.* 18.*n.* 4. si enim iuranti non credant, videtur id oriri ex sola malitia auditorum, qui criminatori iurato, & sufficienter reuocanti non credunt, quod verum est vbi nulla est causa suspicandi, falsam esse eiusmodi retractationem. Qui criminis occulti detectione famam violauit, eam restituet. Primò si dicat se mentitum fuisse,& falsum dixisse, quod potest sine mendacio, quamquam sit magna lis apud Azor. de hoc modo,nam hoc crimen non fuit verum veritate publica, ad illum tamen nemo tenetur,cùm non debeat se infamare tanquam falsum asseruisset. Secundò si dicat se re meliùs perpensa suam deceptionem deprehendisse,ad quem modum nullus tenetur,quia,& periculum aliquod in eo est infamiæ propriæ, & aliqua deceptio auditorum specie mendacij. Tertiò si dicat se iniquè loquutum & malè de proximo,& roget eam opinionem auditores deponant;qui modus inutilis est,imò & aliquando obest apud ingeniosos, qui inde potiùs veritatem criminis expiscabuntur, apud rudes nihilominus vtilis esse poterit,& vsurpandus. Quartò si laudet,& honorificè agat de infamato, vbi se dabit occasio,atq; ita tantùm famam illius illustret, quantùm aliàs obscurauerat, qui modus vtilis est, & facilis,& vbi alij aut inutiles, aut difficiliores videbuntur,omninò vsurpandus erit. Debet porrò hæc reparatio fieri apud eos,apud quos infamasti; quod ad alios autem quibus illi euulgarunt,si cùm dixisti prioribus, probabile erat periculum ne illi aliis eadem canerent, etiam apud hos,in defectum eorum quibus primò euulgasti, teneris reparare, maximè si crimen impositum falsum erat,quia causa principalis vlterioris illius infamiæ censeris. Si primi apud quos alium infamasti, promiserant silentium,quod deinde non seruent,apud eos solum famam restituere debes, quia non fuisti causa nisi per accidens vlterioris illius infamiæ.

Quinta pars agit de honoris læsi reparatione, 10
quæ ex dictis de fama satis constat. Nam primò satisfaciendum esse pro iniuria illata in dehonoratione alterius ad restituendum damnum etiam dignitatis quodammodo apud homines ablatæ, statim apparet ex natura iniuriæ, & damni. Suppono autem læsum honorem, nam si solùm fuit non redditus, nisi in ea omissione includeretur aliqua saltem contumelia interpretatiua, nulla erit opus aut satisfactione, aut reparatione, quia nulla erit aut iniuria, aut damnum, & non fuit peccatum contra iustitiam,sed solùm contra obseruantiam, aut pietatem. Secundò apud eos apud quos contumeliam absenti impegisti, si quid honori eius inde detractum fuit, restitues. Tertiò restituetur honor primò honorifica & amica salutatione, qui modus sufficit ferè Prælatis erga inferiores, Nobilibus, erga plebeios, ex Caiet. *q.*72.*art.*3. Secundò adhibendo ad mensam & conuiuium, propinando, dando locum honorificum.

honorificum, qui modus inter pares sufficiet. Tertiò petendo veniam, & hic modus efficacissimus est, atque adhibendus ab inferioribus atque etiam ab æqualibus si læsus iustè illum postulet, neque alium admittere velir. Quartò, ob atrocitatem iniuriæ aliquando non sufficit veniæ petitio simplex, sed exigi poterit vt fiat flexis genibus, aut cum aliis humiliationibus arbitrio prudentis.

CAPVT IX.

De obligationibus ex delictis contra res & fortunas alterius.

NON ago de quacunque violatione fortunarum proximi, v. g. per non impletos contractus, aut non iustè initos, non executionem testamentorum, non solutionem debitorum, defraudata vectigalia, decimas, & tributa; hæc enim omnia aliò pertiuent, & iam magnam partem explicata sunt. Ago igitur de damno, quod alienis rebus, & fortunis siue per iniquam earum contrectationem, vt furtum & rapinam, siue per alia maleficia infertur. Nomine enim rerum & fortunarum complector omnia quæ externa nobis quidem sunt, in nostra tamen potestate, vel dominio existunt, & in quibus lædimur non ἀμέσως, sed μέσως, vt nuper monebamus, quæ omninò plurima & diuersa sunt, & in illis sæpius damnum patimur variis maleficiis, ac delictis, quæ paucis singillarim perspicuitatis causâ exponemus, quantum suscepti instituti ratio patietur, Iustinianum & Iurisconsultos, qui de illis seorsim agunt æmulati. Moneo verò ista omnia bona externa vulgò dici bona fortunæ, vel quia sæpius nobis forte quadam potius, quàm nostra virtute, aut labore acquiruntur; vel quia fluxa & instabilia sunt instar fugacis fortunæ, quos enim bonis beasse videbatur, derepentè temeraria libidine spoliat: quare in bonorum istorum externorum fluxa instabilitate obseruanda, plurimi sunt sacri, profanique Scriptores, Antonin. *lib.* 10. *vita sua, num.* 22. *&* 32. Hyparch. Pythagor. *lib. de tranquill. animi.* Maxim. Tyr. *dissert.* 32. Seneca. *lib. de tranquill. animi, capit.* 11. & *in consolat. ad Marc. cap.* 9. Ex nostris vide Nazianz. *epist.* 98. & *orat.* 9. aliosque qui nos maximè ad huiusmodi instabilium bonorum contemptum hortantur, & ne fortunæ ludibrio fidamus monent, quia tamen nulli fas est, ea alterius bona, & res violare sine delicto, de eiusmodi delicto, & obligatione quam inde contrahimus agendum nobis est hoc loco, quare perpetuò singulis delictis subiungemus non modò obligationes, sed etiam actiones quas pariunt, sunt enim diuersæ in iure, siue ea diuersitas materialis tantum sit, siue formalis, & specica, quod modo non inquirimus.

ARTICVLVS I.

De delicto furti.

FVrti nomen deriuant alij à fraude, alij à ferendo, alij à furuo siue nigro, quòd per obscuras noctes opportuna sit eius mali effectio, inquit Nonius, ex Varrone *lib.* 14. *rerum diuinarum*, & Homer. opportunum illud maximè tempus furibus esse dixit, κλέπτῃ δέ τε νυκτὸς ἀμείνω: alij denique à voce Græca φωρὰ, vt videbis *in l.* 1. *D. de furtis*, & §. *furtum, Instit. de obligat. quæ ex delicto.* & Agel. *lib.* 1. *capit.* 18. Sanè Græcis φωρὰ est furtum, φωρὸς, vel φὼρ, fur, φωράω, furor φωρᾶν furari, φωριαμὸς scrinium, & arcula contra φώρας, idemque quod χωριαμὸς. Iustinian. existimauit φῶρας dictos ἀπὸ τοῦ φέρειν, alij ab ἐφοράω, speculor, deprehendo. Verùm de hac nominis notione laborandum non est vbi de re ipsa constiterit. 1

Furtum definitur passim à Thologis ex S. Thoma 2. 2. *quæst.* 66. *art.* 3. occulta rei alienæ rationabiliter inuito domino, acceptio. Iurisconsulti verò ex Imperator. §. 5. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*: & *l.* 1. *D. de furtis.* dicunt esse *contrectationem rei fraudulosam lucrifaciendi causâ, vel ipsius rei, vel etiam vsus, possessionisue, quod lege naturali prohibitum est admittere*: quæ definitio cum priori S. Thomæ consentit, & quamuis obscurior, & paulò longior videatur, furti tamen tum naturam, tum eius omnes causas continet, quare paucis explicanda est. 2

Dicitur *contrectatio*, quia, vt ait Paul. *lib.* 2. *sentent.* fur est qui dolo malo rem alienam contrectat; & Vlpian. *l. si quis* 52. §. *neque, D. de furtis*, neque verbo, neque scriptura furtum fieri potest, sed contrectatione tantùm. Repudiata est enim eorum sententia, qui loci, fundive furtum fieri putabant, *l.* 38. *D. de vsurpat.* quo in numero fuisse Sabinum testatur Agell. *lib.* 11. *cap. vlt.* 3

Hinc sequitur primò sola cogitatione faciendi furti, non fieri furem, *l.* 1. *D. de furtis*, vbi Paul. id probat, quia fur à ferendo dicitur, ideóque ait depositarium, qui depositum negat, non statim furto teneri, nisi illud intercipiendi causa occultauerit.

Sequitur secundò sola contrectatione, etiam siue auersione furtum committi, quod dixit Vlp. *l. vulgaris* 21. *D. de furt.* vbi dixit earum rerum, quas quis non abstulit, sed contrectauit tantùm, furti teneri.

Sequi

Sequitur tertiò contrectationem ad furtum omnino necessariam esse, quod docet Paul. *in lib. 3. §. si rem. D. de adquir. possess.* atque Vlpian. *in eстata l. vulgaris 11. §. qui furti.*

Hæc porrò contrectatio debet esse fraudulosa, hoc est dolo malo committi: nam si sciente: aut non prohibente, & volente domino rei fiat, furtum non erit, *l. 46. §. rectè*, & *l. 76. D. de furt.* neque aliud significat S. Thom. quando definit furtum, occultam rei alienæ acceptionem, non enim voluit occultationem conferre peculiarem speciem furto, vti malè sentit Soto *libr. 5. de iustit. quæstione 3. artic. 1. ad 1.* & Vasq. *opusc. de restitut. cap. 5. numero 6.* ne quidem quando illa occultatio habet rationem medij ad rem alienam subripiendam, vti existimauit Less. *libr. 2. cap. 12. numero 3.* Est enim dumtaxat modus operandi accidentarius, qui distinguit furtum apertum ab occulto, & istud communius omninò est. Deinde quia cùm furto semper sit coniuncta fraus & dolus malus, cum istis includitur occultatio quædam. Itaque contrectationem occultam S. Thomæ eandem esse cum contrectatione fraudulosa Iurisconsultorum existimo.

4 Denique hæc contrectatio fieri debet lucrifaciendi causa, alioquin furtum non committitur, *l. verum est 39. D. eod.* vbi Vlpianus rationem reddit, quia non factum, sed causa faciendi inspicienda est: quare negat eum qui meretricis alienæ ancillam rapuit, vel celauit, furem esse, cùm causa faciendi libido fuerit, non furtum, & eum qui fores meretricis effregit libidinis causâ, & fures ab eo non inducti, sed aliàs ingressi, meretricis res eiecerunt, furti non teneri affirmat. Idem sentit de eo qui scortum libidinis causâ suppressit, nec furto, nec Fabia teneri; si tamen ancilla illa, meretrix non erat, qui eam subripuerit libidinis causa, & furti tenebitur, & si suppressit, Fabia coërcebitur, ex Paul. *l. 82. §. qui ancillam, D. de furtis.* Quod si admittamus quod non fuerit vera ratio quam afferebat Vlpianus, alioquin valere deberet etiam dum ancilla non meretrix libidinis causâ subripitur, & furto non tenetur ille raptor; sed nostrum non est Paulum cum Vlpiano conciliare; si tamen meam sententiam rogares, existimarem eum qui hanc ancillam siue meretricem, siue non meretricem subripit libidinis causâ, furto teneri in conscientia & foro interno; nam & domino subreptam ancillam restituere tenetur, & illam inuito domino contrectauit & subripuit, quamuis id fecerit libidinis explendæ causa: illa enim causa nouam quidem malitiam prohibitæ libidinis affert; sed malitiam furti quæ est in subripienda re aliena inuito domino, non abstergit. Quoties enim actus aliquis malus suscipitur tanquam medium ad aliquem finem siue bonum, siue malum, non amittit suam malitiam, sed noua inficitur, si ordinetur ad finem malum, vel bonum finem ad quem dirigitur suis sordibus inficit, ac deturpat: quare subreptio rei alienæ libidinis causâ, & furti, & libidinis simul malitiam habet; neque qui subripuerit centum nummos ad corrumpendam puellam, dici poterit non commisisse furtum. Quidni igitur si ancillam alienam subripuerit libidinandi causâ, furtum etiam admiserit, siue illa ancilla meretrix esset, siue non? Illa enim conditio nihil facit ad rationem furti, quæ consistit in subreptione rei alienæ, quæ reuera contingit eo casu, quo subripitur aliena ancilla siue proba, siue improba sit, & siue meretrix, siue pudica. Fateor quidem non fore furtum, si eam ancillam impudicè dumtaxat contrectasset, si eam neque subripuisset, neque celasset, sed illicitam dumtaxat venerem commisisset, quamuis fortè coniunctam cum iniuria, aut etiam damno domini; quæ iniuria furtum propriè non foret, quia non priuasset dominum re sua neque eius vsu aut possessione, quamuis illam impurè contrectasset; contrectatio enim furtum constituens debet esse eiusmodi, quæ dominum priuet re sua, vel eius vsu aut possessione, alioquin nihil domino perit, nihilque ab eo aufertur, cùm retineat totum quod habebat, nempe & rem suam, & eius vsum ac possessionem. Non dubitauerim igitur in subreptione rei alienæ libidinis causâ, reperiri simul & proprium furtum, & illicitam libidinem, & qui alienam ancillam subripit veneris causâ, furem simul & scortatorem esse, siue ancilla meretrix & scortum iam esset, siue non esset; in foro tamen externo non dabitur actio furti aduersus illum scortatorem, qui ancillam meretricem celauit, vt ait Vlpian, secus verò si non erat meretrix, vt ait Paulus; quia cùm ancilla erat meretrix, ac proinde libidini aliorum exposita, quod & fortassis non ignorabat dominus, non præsumitur subrepta, aut celata ab scortatore, vt illâ priuaret dominum à quo videbatur auferri, sed vt suam expleret libidinem, quod vbi obtinuit, ancillam reddidit, neque illam sibi seruare vnquam intendit, quare non censetur furti reus. At verò vbi ancilla non erat meretrix, qui eam subripuit scortandi causa, præsumitur eam sibi in eum vsum retinere velle, aut eâ voluisse dominum priuare, ideóque furti tenetur, ex Paulo.

Itaque verba illa lucrifaciendi causâ, in definitione furti accipienda sunt, eo sensu, vt fur rem alienam contrectans, sibi illam, vel alteri accipiat, alioquin etiamsi sua contrectatione damnum domino afferat, cuius rem aut destruit, aut deteriorem atque ipsi inutilem facit, non est tamen fur. Itaque omnis contrectatio rei alienæ, licèt iniusta & damnosa domino, est furtiua, quare vt illa distingueretur ab aliis, addita fuit ab Imperatore ea particula *lucrifaciendi causâ*, non tantùm damni inferendi, quia rem alienam fur sibi vel alteri sumit, atque adeò iniustè lucratur. Hinc vides cur qui segetem alienam combussit, non sit fur, neque etiam qui alienas tabulas delet, vel vestes conspurcat, sed damnificator, nisi fortè tabulas inducat, vt debitorem liberet onere soluendi & creditorem impotentem ad exigendum debitum reddat, aliud igitur est furtum, & aliud iniusta damnificatio.

Requiritur prætereà ad furtum, vt ea contrectatio fiat inuito rationabiliter rei domino, vel eo cuius interest. Vnde illi etiam non domino conceditur actio furti, *§. furti autem actio, institution. de obligation. quæ ex delict.* & *l. 10. & 12. D. de furt.* Rationem reddit Vlpianus *l. inter omnes 46. §. rectè, D. de furtis*, quia non potuit dolo facere qui putauit 5

dominum

dominum concessurum fuisse, siue falsò, siue verè putauit: quare ille solus fur est qui contrectauit quod inuito domino se facere sciuit, quod ibidem Glossa & DD. fusiùs tradunt. Qui etiam passim dicunt in dubio præsumi contra furem, inuito domino & animo furandi fecere, quia inuitum dominum accepimus etiam eum qui ignorat, & non consensit, vti ait Vlpian. *l. qui vas* 48. §. *vetare*, *D. de furtis.* Estque communis mens Doctorum apud Gomezium *tom.* 3. *variar. cap.* 5. *numer.* 1. vbi Barthol. Panormitanum, Iasonem, & alios allegat. Neque obstat Glossa *in* §. *sed iste quidem. Instiut. de action.* quæ ait, *in his quæ pendent à conscientia, & intentione alicuius, stare solì sua assertioni.* Quod passim DD. sequuntur, id enim verum dumtaxat est, quando aduersus eum nulla præsumptio militat: in hoc autem casu iura faciunt contra hunc furem.

6 Ex his colligit idem Gomez *numero* 2. eum qui rem cuius dominum ignorat, capit, aut inuentam sibi retinet, & occultat non demonstrando, vel præconisando, vt loquuntur, teneri furti, quod docet quoque Vlpianus *l. falsus* 43. §. *qui alienum*, *D. de furtis. Qui alienum iacens in terra lucrifaciendi causâ sustulit, fine furti, cuius sit, siue ignorauit, nihil enim ad minuendum furtum facit, quod cuius sit ignoret.* Quæ optima ratio est, cùm enim iste sciat rem illam esse alienam, & cuiuspiam domini, non potest illam sibi retinere nisi volente & consentiente domino, quem ignorat, eiusque voluntatem. Quare eo inuito, aut non consentiente capit, quod eius est. Itaque docent passim DD. Secus verò contingeret, si res illa derelicta esset à domino, in eius enim acceptione non committitur furtum, etiamsi capiens habeat animum furandi, vt ait *in l. citata* Vlpian. §. *quod si dominus.* Quod intelligo de furto externo: nam animus & voluntas furandi, peccatum internum furandi est. Rationem optimam reddit Iurisconsultus, quia non fit furtum nisi sit cui fiat, in hoc autem casu nulli fit: placet enim Sabini & Cassij sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus. Si autem non fuit res derelicta, putauit tamen derelictam fuisse, furti non tenetur. Quod si id neque derelictum sit, neque tale esse putauit, iacens tamen sustulit, non vt lucraretur, sed redditurus ei cuius esset, non tenetur quoque furti, quia reuera sibi non tulit, etiamsi inuentionis præmia deposcat, quæ omnia habet *in l. citata* Vlpian. Quod verius est in iis, qui vel voce vel libello admonent dominum rei suæ deperditæ, & inuentæ. Sic Mercurius apud Apuleium *libr. 6. de Asino*, præmium inuestigationis Phyche publico præconio edicit. *Si quis*, inquit, *à fuga retrahere, vel occultam demonstrare poterit furtiuam Regis filiam, conueniat Mercurium prædicatorem, accepturus indicij nomine ab ipsa Venere septem suauia.* De hoc præmio vel mercede ob indicium furis habes *leg.* 5. *in fine*, *D. de condiction. furtiua*, *leg.* 15. *D. de præscriptionibus.* Paul. *libr.* 2. *sentent.* §. 20. Vide & Contium *libr.* 1. *dispunct.* vbi de variis istis mercedularum generibus disputat, quæ Apulei. *libr.* 7. *de Asin. indicina præmia* vocat. Sed redeamus in viam circa ista iacentia & deperdita quæ quis capit, tota difficultas est an illa sint derelicta, an non, vt indicetur an qui illa sustulerit, furtum faciat, an non? quod monuit quoque *citata l.* Iurisconsultus. An verò qui rem inuenit cuius dominum etiam diligenter quæsitum comperire non potuit, teneatur illam vendere, eiusque pretium largiri pauperibus, vti pluribus Doctoribus adductis existimauit Gomez *n.* 2. *cit.* disputauimus alibi in opuscul.de dominio.

An verò dum quis furti arguitur, & iam ferè damnandus est, si dominus rei affirmet sua voluntate rem captam esse, absoluendus sit reus, aut saltem Iudici cessandum sit ab vlteriori inquisitione, disputant Iurisconsulti, voluntque communiter non cessare litem & inquisitionem, nisi accedat aliqua coniectura quæ probabiliter suadeat dominum non ægrè tulisse, sed consensisse. Ita Gomez adducens Bartol. Bald. Alb. & alios.

Requirebam porrò ad rationem furti vt dominus rei sublatæ sit rationabiliter inuitus eam auferri: vnde licebit in extrema necessitate constituto, cui aliter succurri non potest, clanculo rem alienam capere, etiamsi dominus illam negarit, quia ius gentium de diuisione dominiorum, non potuit derogare iuri naturali de conseruatione vitæ, ad quam omnia inferiora ordinantur, & permittitur in ea necessitate rerum, quæ ad eius conseruationem erunt necessariæ, vsus, neque propterea prior dominus priuatur dominio suæ rei, quod optimè obseruauit Conink. *disput.* 27. *de actib. supernat.num.*104. & 128. nihil enim admisit ille dominus propter quod iure præhabito spoliaretur, sed quia non est rationabiliter inuitus, quòd res quæ eius dominio verè subiacet, assumatur ab alio non domino ad sublenandam tantam necessitatem, nisi dominus ipse in iisdem angustiis constitutus esset, tunc enim eo inuito res æquè ipsi necessaria contrectari non posset. 7

Atque hanc facultatem contrectandi rem alienam extendunt ad grauem necessitatem, quamuis non extremam, Medina *C. de Eleemosina, quæst.* 7. Petrus à Nauar. *lib.* 3. *de restitut. cap.* 1. *numero* 375. Less. *libr.* 2. *cap.* 12. *numero* 71. Nauarr. *cap.* 17.*num.*5. contra Caietan. 2. 2.*quæst.* 66. *art.*3. Soto *libr.* 5. *de iustit. q.* 3. *art.*4. Couar. *ad regul.peccatum, part.* 2. §.1. *num.*2. qui tamen contrariam sententiam probabilem putat. Carb. *de restitut. quæst.* 81. *conc.* 2. quia hæc facultas contrectandi rem alienam in grauissima necessitate, quamuis non extrema, est valdè consentanea æquitati naturali, alioquin vix vnquam licita foret illa contrectatio; cùm vix liceat reperire extremam necessitatem; caput autem quod obiiciunt aduersarij, videlicet *caput, si quis, de furtis*; quod imponit pœnam furanti propter famem, aut nuditatem, loquitur de necessitate communi & vulgari, aut de eo qui poterat sibi aliis modis subuenire, v. g. petendo à domino, aut ab alio corrogando, ad quod tenetur, modò tamen illa petitio fiat conuenienti modo,& non nimis probroso,quia vir honestissimæ conditionis non tenetur ostiatim mendicare, etiamsi posset sibi sufficienter prouidere illa turpi petitione. Sed de hac materia fusiùs inferius, vbi de obligatione subueniendi proximo indigenti.

Materia furti est quidpiam alienum, quod subripitur, & quo eius dominus, aut alius, cuius eam non contrectari interest, priuatur. Nam potest quisque rem suam apud alium iniusto 8

titulo

titulo extantem sumere, cùm illam possidens eo casu, non sit rationabiliter inuitus, vti iure esset, si illam apud se haberet iusto titulo; v. g. locationis, pignoris, commodati, alióve simili, vti statim dicam; quia tunc iniquè priuas alterum iure quod habet in rem suam apud te extantem. Ad iustam tamen illam acceptionem debes primò moraliter certus esse rem illam tuam esse, in dubio enim melior est conditio possidentis. Secundò non possis alia ratione eam repetere, aut non nisi cum magna molestia. Tertiò vt si res illa sit tibi tantum debita, quam loco tuæ aliàs datæ, recipias, ea sit ex bonis debitoris, & non alicuius alterius apud tuum debitorem deposita, commodata, oppignerata, alióve titulo extans. Quartò absit scandali, & infamiæ periculum. His verò seruatis, neque reuerà furaris, neque excommunicationi in fures latæ subiiceris, quod etiam intelliges de eo qui iusta compensatione vsus est, aut aliis qui reuerà quoad substantiam rei acceptæ non admiserunt furtum, etiamsi in modo capiendi peccarint; hi enim cùm propriè fures non existant, furti pœnis ordinariis comprehendi non censentur.

Quod si res aliqua pluribus dominis communis sit, non poterit vnus, aliis sociis inuitis vti re communi in alium vsum, quàm ad quem destinata fuit, & tunc præsumitur vti iure suo, *l. meritò 51. D. pro socio.* Nam si contrectet rem eiusmodi, causâ priuandi socium parte sua, aut vsu suæ partis, furti tenetur, *l. si socius 45. D. eod.* Hinc fit vt si colonus partiarius omnes fructus domum suam deportarit, non præsumatur furari, quia socius est in fructibus, & præsumitur eos deferre fructus ad diuidendum cum domino.

Hæc porrò res, quam materiam furti diximus, debet esse corporalis, vt contrectari, & auferri possit, sine qua contrectatione non est furtum; incorporalia verò contrectari nequeunt, *tangere enim & tangi nisi corpus nulla potest res*, inquit Lucretius, incorporalia autem in iure consistunt, inquit Imperator, *Instit. de reb. corporal. & incorporal.* Sed de ea diuisione plura vbi de dominio.

Secundò debet esse res mobilis, quia immobilis propter sui immensitatem furtum esse nequit. Sabinus quidem dixit apud Agell. *lib.* 11. *c.* 18. etiam fundi, & ædium, aliarumque rerum immobilium furtum esse posse, & condemnatum furti colonum, qui fundo quem conduxerat, vendito, possessione eius dominum interuertisset; sed abolitam fuisse illam veterum sententiam, testatur Imperator §. *quod autem*, *Inst. de vsucap.* quamuis enim clam & obscurè ac proindè furtiuè fundus intercipi possit, ideóque & furtum quod à furuo dicitur, in eo fieri; quia tamen verius est furtum à ferendo nominari, & fundus ferri, aut amoueri nequeat, ideò fundi, locive furtum fieri negarunt. Placet tamen quod Molina *disput.* 681. *numero* 14. & Lugo *de iustit. disput.* 16. *sect.* 5. *num.* 3. dixerunt, Theologicè, & quoad rationem peccati, rei immobilis vsurpationem furtum esse, cùm nulla detur inter rei mobilis, & immobilis furtum, specifica differentia. Iuridicè tamen non erit propriè furtum, ideóque in materia odiosa non comprehenditur nomine furti, quod in aliis quoque rei alienæ iniustis vsurpationibus, quæ tamen aliis nominibus, quàm furti in iure significantur, & tanquam à furto distinctæ referuntur, licet accidentariò tantum differant, obseruandum erit.

Tertiò quælibet alia res furti materia esse potest; nam & liberi hominis furtum esse ait Imperator, §. *interdum. Inst. de obligat. quæ ex delict.* & *l. cum qui 14. §. si filius*, *D. de furtis.* Quomodo verò nascatur actio patri, & an matri, dicemus Art. sequenti.

Quartò non modò furtum rei tantùm, sed eius etiam vsus, aut possessionis committitur, *l. 1. D. de furtis.* vbi Vlpian. *vsus* voce intelligit eam possessionem, quam nos naturalem appellamus: voce autem *possessionis*, quam nos ciuilem dicimus. Quando igitur quis vsum rei alienæ, aut illius possessioné in suum lucrum conuertit, licèt rem ipsam sibi non capiat, furtum committit. Itaque commodatarius rem sibi commodatam alij commodans, eius vsus furtum facit, *l. si in pignore 45. D. de furtis.* Depositarius animo lucrifaciendi rem contrectans, est possessionis fur, *l. 3. §. si rem. D. de acquir. possess.* Possessori bonæ fidei rem subripiens, possessionis quoque furtum facit, *l. furtum 74. D. eod.* Eius enim possessionis vtilitas erat in vsucapione, & in fructibus percipiendis.

Quare vt paucis omnia complectar, ad furtum committendum requiritur primò vt res sit corporalis, & mobilis, saltem ex iure ciuili. Secundò vt dominum habeat, & ab aliquo possideatur, cui furtum fieri dicatur: quare rei hæreditariæ, antequam hæres adeat hæreditatem, & possessionem accipiat, furtum non fit nisi ei subripiatur, cui defunctus illam commodarat, pignorarat, aut custodiendam dederat, *l. hæreditaria 68. D. de furtis.* & *leg. 1. in fin. D. si quis testam.* Rationque est aperta, quia iacens hæreditas non possidetur, *l. 2. D. de expilat. hæreditat.* Cùm igitur neque dominus, neque possessor quisquam sit hæreditatis iacentis, eius furtum esse non potest, cùm furtum non fiat nisi sit cui fiat, vt ait Vlpian. *l. falsum 43. §. 4. D. de furt.* Tertiò vt res contrectetur à fure, siue eam amoueat, siue non, sola siquidem voluntas furtum non facit, *l. 1. §. si is*, *D. de furt.* & *leg. 3. §. si rem*, *D. de adquirend. possessione.* Quartò habeat animum furandi: nam si patet dominum consentire, non facit furtum, vti iam monuimus.

9 Ex his omnibus facilè fuerit colligere quinam furto teneantur. I. qui rei alienæ vsum in suum lucrum conuertit, *l. si pignore 56. D. de furt.* II. qui pecuniam alienam suo creditori dederit in solutum, *l. si alieni 78. D. de solution.* III. si creditor pignore, & depositarius re deposita vtatur, *l. 56. in princ. D. de furtis.* IV. si fullo vel sarcinator vestimentis quæ polienda, aut resarcienda accepit, vtatur, *l. fullo 84. in princ. D. de furtis.* V. qui re quam vtendam accepit, aliter quàm accepit, vtitur, vt qui argentum accepit quasi ad cœnam amicos inuitaturus, illud peregrè secum detulit, §. *furtum. Inst. de obligat. quæ ex delict.* consentie *l. qui re 78. D. de furt.* VI. qui pecuniam quam perferendam accepit, retinet, *l. si is 7. C. de furtis, l. falsus 44. §. 1. D. eod. l. quemadmodum 38. fin. D. de noxalib. actionib.* nisi fortassis debitor eum cui dedit suas pecunias, existimauit esse creditoris sui procuratorem, & illi soluit, vti dicitur §. 1. *citata l. falsus.* VII. qui pecuniam acceptam à debitore accepit, vt illius creditori solueret, suo tamen, non debitoris nomine soluit, *l. si quis 53. § Iulianus. D. de furt.* VIII. qui rem alienam alienauit. *l. alienum 6. C. de furtis.* & *l. si secum 16. C. eod.* IX.

creditor qui pignus sine causa vendidit, *l. si is qui 75. D. de furtis. l. etiam furti* 8. *C.eod.* X. creditor qui soluto debito pignus non restituit, *l. si quis 53. §. cum credit. D.de furtis.* X I. fructuarius qui celandæ, vel supprimendæ proprietatis causa quidquam facit, *l.inter omnes 47. §. si seruus, D.eod.* XII. colonus qui post lustrum, conductionis fructus colligit, *l. inficiando 69. §. fin. D. de furt.* X I I I. depositarius qui depositum abnegat, illud intercipiendi causâ, *l. 1. §. sola. D. de furt.* & *l. 69. D. eod.* X I V. qui rem alienam à non domino sciens accipit, *l. ancillis 12. C. de furt. l. seruus 36. D. de condiction. indebiti.* X V. qui alienum iacens sustulit, vti nuper explicuimus *l. falsus 44. §. qui alienum. D. de furtis,* X V I. qui sciens quidpiam sibi esse indebitum, illud tamen accipit. *l. quoniam 18. D.de condict. furtiua. l. cùm quis 38. §.si debitorem. D. de solution. l. vulgaris 21. §. si is qui, D. de furtis.* X V I I. qui rem alienam simulans suam esse ab aliquo acceperit, *l.si rem 45.§.1. D.de furt. l. si quis 13. §. fugitiuum, D. eod.* X V I I I. exactor tributorum, pignus abducens & vendens, cùm tamen ipsi nihil debeatur, *l. etiam 8. C. de furtis.* X IX. falsus creditor qui debitum accipit, *l. 44. & l. 53. §. apud Labeonem, D. de furt.* & *l. si vendiderit 82. §. falsus. D. eod.* X X. falsus procurator pecuniam à debitore accipiens, *citato*, proximè *§. falsus, l. falsus 44. §.1. l. si rem 45. D. de furtis l. si quis seruo 18. in fine. D. de solutionib. l. si procuratori 14. fin. D. de condict. causa dati. l. falsus 19. C. de furtis,* nisi tamen promissum tantùm fuisset, & non solutum huic falso procuratori, *l. si quis 77. D. de furtis*, aut is cuius nomine falsus procurator pecuniam accepit, ratam habuerit, *l. si vendidero 82. §. si Titius. D. de furtis.* Supponitur enim debitum fuisse creditori qui ratum habuit factum falsi procuratoris, alioquin furti actio perseuerabit. Idem dicendum est de eo cui quidem aliquando rectè solui potuit, si eo tempore quo illi solui non potest, accipiat, *l. si is qui 68. §. Iulianus, D. de furtis,* XXI. qui loco honesti & locupletis, cui quidpiam credere volebas, alium tibi egenum quasi locupletem subiecit, & nummos cum eo diuidit, fur est, vt & ille qui sciens se subiici patitur, *l. 53. §. cum Titio, & l. 68. §. si is. D. de furtis.* X X I I. qui falsa pondera pro probis subiecit, aut commodauit, & qui sciens accepit, *l. si quis 53. §. si maiora, D. de furtis.* X X I I I. qui nomen suum ex instrumento emptionis sustulit, *citata l. si quis. §.si quis seruo.* XXIV. qui nummorum tabulas vel libellum alicuius publicæ legis, quos tamen non dedit, *l. Sempronia 74. D. de furtis.* X X V. qui cretæ fodiendæ causâ specum fecit, & cretam abstulit, fur est, non quia fodit, sed quia abstulit, *l. si creta 59. D. de furtis.* X X V I. qui fugitiuum seruum celauit, *l.aduersus 4. C. de furt. l. qui seruo 36. §.si duo. D.eod.*

10 E contrario verò furto non tenentur. I. qui pro re aliena vendita pretium, & nummos accepit, non videtur nummorum furtum fecisse, *l. si quis 53. §. Titius. D. de furtis.* II. si quid fregerit aut ruperit, quod non etiam furandi causâ contrectauerit, eius nomine cum eo furti agi non poterit, inquit *l.si quid 22. in princ. D. de furtis.* vbi affertur exemplum, §. 5. I I I. si quis asinum vel equum alienum in equas suas gignendi causâ admisit, *τῆς γονῆς χάριν*, nisi furandandi animum habuerit, & non furti sed in factum agendum erit, *l. si quis 53. §. si quis asinum, D. de furtis.* IV. qui ære pignori dato, aurum esse dixit turpiter facit, sed furtum non facit. Si verò dedit aurum, & cum ponderandũ aut obsignandum esset, æs subiecit, furtum fecit, quia rẽ pignori datam interuertit, *l. item ait 20. D. de furtis,* & *l. si quis 36. D. de pignoratitia act.* V. qui fraudem adhibuit vt sibi vel aliis credatur, dixit se locupletem fideiussorem daturum, confestim soluturum, decepit quidem, sed furtum non fecit, & quia dolo fecit, nisi sit alia aduersus illum actio, de dolo dabitur *l. 44. §. si quis nihil. D. de furtis.* Idem dico de eo qui se liberum aut patremfamilias simulauit vt illi crederetur, nam mentitus quidem est se idoneum esse debitorem, sed furtum non fecit, *l. si quis 53. §. seruus, D. de furtis.* VI. impubes nisi sit pubertati proximus, ideoq; se delinquere intelligat, non habebitur furti reus. *§. in summa, Inst. de obligationib. quæ ex delict.* & *l. impuberem 23. & l. seq. D. de furtis.* V I I. qui vim intulit, cùm possessionem à me sit consequutus, fur non est, quamuis qui rapuit fur improbior esse videatur, vt Iuliano placet. Ita loquitur *l. item si 14. §. qui vim. D. quod metus causâ.* V I I I. qui furem etiam inuito domino suscepit, sed non celauit, fur non est, *l. qui vas 49. §. qui ex voluntate. D. de furtis.* Plura huiusmodi alia afferentur art. sequenti, vbi de furti actione, & aduersùs quos detur, disputabimus.

Venio ad furti diuisionem, quæ multiplex est. 11
Primò enim diuiditur ratione temporis in diurnum, & nocturnum: prius illud tam clara die fit, vt fur internosci queat, & hic fur nisi telo, aut aliis armis offensiuis munitus sit, occidi nequit impunè. Furtum nocturnum contingit, dum intendentibus se tenebris fur dignosci nequit, illeque, etiam non armatus impunè occiditur, vt iterum monebo art. sequenti.

Diuiditur secundò furtum ratione loci, quod enim in balneis, aut aliis locis publicis admittebatur, maximum censebatur ab Aristotele, *sect. 8. problemat. q. 14.* Furtum rei in loco sacro depositæ, eiusque custodiæ concreditæ, etiamsi ipsa sacra non sit, est sacrilegium. Dixi rem depositam, aut custoditam in loco sacro, contra Suar. *tract. 2. de Relig. lib. 3. c. 5. n. 7.* qui quidlibet è loco sacro subreptum, quocunque modo ibi haberetur, sacrilegè vsurpari censet. Sequor vero Lessi. *lib. 2. c. 45. n. 14.* & Reginald. *lib. 14. n. 42.* & alios.

Diuiditur tertiò furtum in manifestum, & non manifestum, *§. furtum, Inst. de obligat. quæ ex delict.* & *l. 2. D. de furtis.* Fur manifestus est, quem Græci *ἐπ' αὐτοφώρῳ* vocant, quia in ipso furto inuentus est, cum rem adhuc in manibus haberet; & qui vel in actu furandi, vel in loco ipso, vel antequam in destinatum rem deportarit, deprehenditur, *l. 3. 4. & 5. D. eod.* Vide Agell. *lib. 11. c. 18.* Ad hoc verò non modo prehensio, sed etiam visio sufficit, siue domini rei, siue alieni cuiuspiam: opus tamen erit testibus qui furem cum re antequam in propositum locum peruenisset, conspexerint, quos vel dominus, vel alius, viderint ac scierint, atque id meminerint, veluti si solus cum sua familia dominus esset, & furem prehensum eo vsque tenuerit dum vicini clamore euocati testes adessent. Deinde non dicitur fur manifestus post rem in locum destinatum perlatam, quamuis cum ipsa re deprehendatur, vt ait Imperator *§. citat.* quia tunc furandi actio finem habuit, & vt ait Paul. *lib. 2. sentent.* & *in collectan. tit. 7.* furem quidem fuisse negari non potest, fur tamen manifestus non est cum in faciendo deprehensus non sit: quare leno ille in Plauti Pœnulo, qui seruum alie-

num cum trecentis Philippeis domum abduxerat, tametsi domi suæ statim cum marsupio deprehendatur, fur manifestus non erat. Itaque Agorastocles lenonem abducti serui cum auro non potuit nisi testibus qui viderant illum, deprehendere. Sic enim *actu 3. scena 4.*

Si exierit leno censetis hominem interrogem;
Meus seruus apud eum venerit nec ne?
Extemplo denegabit, iuratus quidem.

Et mox *scena 5.*

Agor. *Hoc age sis leno, seruum esse audiui apud te.*
L. *Apud me? nunquam factum reperies.*
Agor. *Mentire, nam ad te venit, aurumque attulit, mementote hoc aduocati.*

Deinde.

Agor. *Negasne apud te esse aurum, nec seruum meum?*
L. *Nego, & negando si quid refert ratio.*

Tandem lenoni furti conuicto sic insultat Agorastocles.

Age, omitte actutum furcifer marsupium.
Manifestè fur es, mihi quæso hercle operam date,
Dum me videatis seruum ab hoc abducere.

Nec manifestum furtum ex contraria manifesti furti definitione intelligitur, cum nimirum res non est deprehensa in manibus furis, antequam ad destinatum locum deferatur. Eiusdem porrò rei potest vtrumque committi furtum, sed non eodem tempore, eademque actione propter euidentem contradictionem inter manifestum & nec manifestum; sed diuersa actione & tempore, nam cùm dolo malo contrectauit, nec manifesti, cùm abstulit ac deprehensus est, manifesti tenetur, est itaque adæquatè bipartita illa diuisio. Hinc *l. vulgaris 21. D. de furtis.* si quis armarium quod tollere non poterat, aperuerit, & omnes res, quæ in eo erant contrectauerit, atque hinc discesserit: deinde reuersus vnum ex his abstulerit, & antequam quò destinauerat se reciperet, deprehensus est, eiusdem rei manifestus, & nec manifestus fur est. Item qui segetem luce secat, & contrectat, eius quod secat, manifestus, & nec manifestus fur est. Qui opem furtum facienti fert, ostium v.g. aut fenestras aperiens, vel arcam effringens deprehenditur, manifesti furti reus est, & nec manifesti, si nihil contrectauerit, *l. is qui 34. D. de furtis.* & *l. vlt. C. de actionib. noxalib.*

Diuidebatur & ab antiquis furtum in conceptum, oblatum, prohibitum, & non exhibitum: verùm monet Iustinian. hæc fuisse potiùs diuersas species actionis quàm diuersa furta, quæ etiam actiones hodie sublatæ sunt, vt dicemus art. sequenti.

Diuiditur quartò furtum ratione obiecti siue rei quæ subripitur, in varias species, peculatum, abigeatum, plagium & alia similia, de quibus proximis articulis pauca pro nostro instituto disputabimus. Nunc quæro an ista omnia furta, sicut & aliæ iniuriæ circa bona fortunæ, differant specie, v. g. combustio alienæ segetis ab eius furto.

Resp. in vniuersum quoties singulæ illæ iniuriæ addunt nouam aliquam malitiam formalem, & non materialem solùm, quia noua & peculiari ratione pugnant contra iustitiam, toties differre specie theologica. Quod addo vt distinguam à specie veluti iuridica, per quam hæ iniuriæ tanquam diuersæ habentur à iure, & in ordine ad leges quæ de illis quidquam statuunt, & quoad forum externum. Sic furtum nocturnum, & diurnum diuerso modo puniuntur, & alia similia de quibus sequentibus articulis, vbi de singulorum natura disseremus, & quæremus an specie differant à cæteris.

12 Hactenus de furtum committente, sequitur agamus de adiuuante, & cooperante. Itaque vniuersalis est illa Iustiniani Regula §. *interdum. Inst. de obligation. quæ ex delicto.* Eum cuius ope consilio, furtum factum est, furti quoque obligari. Quod dixit quoque Vlpian. *l. in furti 50. D. de furt.* Consilium dat qui persuadet, impellit, atque instruit ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium, atque adiumentum ad res subripiendas præbet. Verùm dubitari iure potest quo sensu illa Iustiniani verba, *cuius ope consilio furtum factum est*, capienda sint, an coniunctim, aut separatim, ita vt necesse sit simul consilium & opem præstitisse, vt quis furti teneatur, an alterum ex istis sufficiat, nimirum consilium dedisse, vel operam præbuisse dumtaxat, nam Paul. *in l. sæpe 53. D. de verb. signif.* ait ex Labeone, separatim accipienda esse, *quia aliud est factum eius, qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit, sic enim alij condici potest, alij non potest.* Caius quoque *l. si pignore. §. pen. D. de furt.* ait, qui instrumenta sciens commodauerit ad effringendum ostium, vel armarium, vel scalas ad ascendendum, licèt nullum eius consilium principaliter ad faciendum furtum interuenerit, tamen furti actione teneri. Nihilominus Iustinian. *in §. citato*, disertè ait eum *qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantùm consilium dedit, ad furtum faciendum, non teneri furti.* Adde Paulum *in citata l. sæpe 53. D. de verb. sign.* dixisse post veterum authoritatem, eò peruentum esse, vt nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit; nec consilium habuisse malignum, nisi factum secutum fuerit.

Ad hanc dissensionem componendam, obserua duplex consilium hoc loco distinguendum esse, vnum est participandi furti, aliud adiuuandi. Deinde aliquando consilium quidem datum fuisse, non tamen furtum commissum, aliàs ex consilio dato commissum fuisse furtum. Quoties igitur datur consilium furandi, aut adiuuandi furtum, quamuis consulens nullam aliam opem præstiterit, si tamen furtum illud secutum fuerit, furti tenebitur. Deinde si opem furi tulerit ad furandum, quamuis ad furtum non impulerit, eiusdem furti reus est, quia consilium malignum adiuuandi furem habuit, neque ipsi iuuit, quamuis furtum non consuluerit. Denique si consilium furandi dedit, & tamen furtum non fuerit factum, furti non tenetur, idque dumtaxat voluit Iustinian. & disertè affirmauit Vlpianus *in l. si quis, §. 2. §. neque. D. de furtis*, & opem ferre, & consilium dare, tunc demum nocere cùm secuta contrectatio est.

Hinc fit vt qui tibi nummos manu excussit, aliamve rem, eo consilio vt alius tolleret, isque sustulit, furti teneatur, vt disertè habent Iustinian. §. *interdum. Inst. de obligat. quæ ex delicto.* Vlpian. *in l. si quis. §. 2. D. de furt.* & *in l. si seruus 27. §. si quis, D. ad l. Aquiliam.* Vbi etiam refert Sabinum existimasse damni iniuria actionem fore, si ita hi nummi perierint, ne ad aliquem peruenirent, putà si in flumen, vel in mare, vel in cloacam ceciderunt. Quod si ad aliquem peruenerunt ope, consilio, in furtum agendum. Qui seruo fugam persuasit vt ab alio subripiatur, furti tenetur, quasi ope, consilio furtum factum sit, *l. qui seruo 36. D.*

de

de furtis. Qui panno rubeo oues, vel boues fugauit, vt alius eas eriperet, fur quoque est, *citato §. interdum. Inst. de oblig. quæ ex delicto.* & *l. 50. §. in furti. D. de furt.* Terrentur tauri panni rubri colore, quod Senec. *lib. 2. de ira* testatur. vnde Cicero *lib. 2. de diuinat. Tu verò quid habes quare putes, si paulò ante cor fuerit id tauro optimo, subito in ipsa immolatione interiisse? an quod aspexit vestitu purpureo excordem Cæsarem, ipse corde priuatus est.* Quærit nempe Tullius an taurus cuius cor non est inuentum in sacrificio conspecta Cæsaris purpura, sic expauerit & terrore exanimatus sit, vt cor amitteret. Obseruant verò tum Iustin. tum Vlpian. *locis citatis*, hæc omnia facta esse debere furti patrandi causâ, & data opera, non autem per lasciuiam quandam, tunc enim non tenebitur facti, qui id gesserit: dabitur tamen in factum actio, quia non debet tam perniciosus lusus impunitus esse; immò addit Horman. *in citatum §. Instit.* expendendum diligenter esse quod ibi dicitur, eum cuius ope, consilio furtum factum est, & qui ipse furtum non admisit, furti teneri; id enim videbitur absurdum, neque furti actio conceditur hoc casu, sed alia quædam species formulæ ad id quod factum est accommodatæ, nempe *ope, consilio tuo furtum mihi esse factum esse.* Igitur ope alicuius furtum fieri, est cum dolo malo, & data opera vt furtum fieret, aliquid à me factum esse, & tunc aduersùm me datur illa actio cuius proximè memini, quæ furti actionis species quædam est.

13 Ad extremum furti malitia explicanda nobis est, illam verò ex genere suo mortalem esse, solaque materiæ leuitate excusari, fatentur omnes, cùm pugnet cum iustitia, ideóque furtum naturali lege prohibitum dixit Iustinian. *§. furtum, Inst. de oblig. quæ ex delicto.* & Vlpian. *leg. 1. D. de furtis*, & *l. probrum. D. de verb. signif.* ait naturali lege prohibitum *natura turpe*; sapienter enim Ascon. *in Verrin. 3.* ait maleficia, sponte & non disputatione Iurisconsultorum fugienda esse, vt veneficium, parricidium, & cætera quæ etiam nullo prohibente vitanda sunt, alia verò sua sponte turpia non sunt, sed ea tantùm de causa, quia communi ciuium consensu, atque instituto prohibita sunt: veluti ne quis priuatus nummos cudat, ne quis adoptiuam filiam, aut sororē in vxorem ducat: neve Senator eam quæ ludicram artem exercuerit; quæ aliaque adducit, cùm tamen furtum naturali lege prohibitum sit. Impugnat enim naturam, quæ alteri succurrere iubet, vti expendit Ambros. *lib. 3. officior. cap. 3. Quam graue est vt detrahamus aliquid ei, cui nos compati oportet, & cui debemus consortium ministerij, & fraudi & noxæ simus. Hæc vtique lex naturæ est, quæ nos ad omnem stringit humanitatem, vt alter alteri tanquam vnius partes corporis inuicem deferamus. Nec detrahendum quidquam putemus, cum contra naturæ legem sit non iuuare.* Quibus similia eleganter persequitur; sicut & Philo *lib. 1. in Decalog.* Antiochus Monach. *homil. 14.* & alij. Cùm igitur furtum cum natura ipsa pugnet, & cum nobilissima virtute iustitiæ, quæ societatis humanæ vinculum quoddam est, non potest non esse graue ex sua natura, quamuis ex materiæ leuitate, vti in cæteris ferè contingit, minuatur. Laborant verò DD. in assignanda quantitate necessaria ad furtum mortale, debet enim esse notabilis pretij, neque omninò in indiuisibili consistit. Varias opiniones expendit Lessi. *lib. 2. c. 12. dub. 6.* Lugo *disp. 16. de iust. n. 22.* Sanch. *lib. 7. in Decalog. c. 20.* Layman. *tract. 3. cap. 1. lib. 3.*

Bonacin. & alij. Video tamen omnes in duobus conuenire. Primum est summam etiam minimè notabilem, si graue damnum inferat, non subduci sine peccato mortali, quamquam sapienter aduertit Lessi. cum Nauarr. *c. 17.* eiusmodi acceptionem non fore mortalem in specie furti, quia non accipitur res magni pretij, sed in genere iniustæ damnificationis, aut in specie illius peccati ad quod damnum sequutum pertinebit, vt ad periurium, si ob subreptam suam rem alter peierauit. Verùm non existimarem furtum illud posse dici periurium, nec furtum ad adulterandum, adulterium.

Alterum caput in quo conueniunt, est, summam notabilem non consistere in indiuisibili, quare attendendæ erunt variæ circunstantiæ personarum, diuitiarum, conditionum, cùm graue furtum respectu plebei, non censeatur semper tale respectu Principis. An vero ex pluribus furtis minutis fiat vnum graue, fusiùs disputauimus *in opere de vsuris lib. 1. cap. 7. art. 8. consectar. 1.* sicut & an per retentionem crescat continuò, & an iteretur per interruptionem, diximus 1. 2. vbi de multiplicitate peccatorum, & iterum dicemus *in nostra scientia canonica*; vbi etiam in vniuersum de leuitate & grauitate materiæ, ea qua crescit aut decrescit peccatum, trademus. De hac leuitate materiæ circa furtum, adi Lugo *disp. 16. de iust. tota sect. 3.*

ARTICVLVS II.

De obligationibus & actionibus ex furto, eiusque pœnis.

Quotuplex actio detur ex furto. 1.
Quomodo actio furti & condictio differant. ibid.
De vindicatione. 2.
Actio furti non competit soli domino. 3.
Corollaria ex ea regula vniuersali. 4. 5. 6. 7.
Exceptio. 8.
Aduersus quos competat actio furti. 9. 10.
Pœna furti ex XII. Tabul. 11. 12.
An furtum capite plecti possit. 12. 13.
An furtum permitti possit. 14.

EX omnibus furtis quæ enumerauimus *superiori art. num. 9.* certum est nasci actionem furti, condictionem furtiuam, & vindicationem, immò etiam actionem ad exhibendum, *l. si pro 7. §. 1. D. de condictione furtiua.* Et furti quidem actio, vt ibidem ait Vlpian. pœnam petit legitimam, condictio rem ipsam; vnde fit vt neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque cui furtum factum est, habet actionem furti, & condictionem, & vindicationem, habet & ad exhibendum actionem. Consentit *l. ancilla 12. C. de furtis.* Actio igitur furti siue manifesti, siue nec manifesti, merè pœnalis est, quia nihil nisi pœnam persequitur siue legitimam dupli in nocturnis, quam lex XII. Tabul. constituit, siue honorariam quadrupli, quam furto manifesto prætores introduxerunt, *§. ex maleficiis Institut. de action.* & *§. 1. Inst.* 1

de perpet. & temporal. action. Rem autem ipsam quæ furto subducta est, nunquam actio furti persequitur *l. qui vas 48. D. de furtis.* Condictio verò furtiua ex sui natura rei persequutoria est, neque nisi rem ipsam persequitur, & id quod interest, tanquam quidpiam rei furtiuæ cohærens, vt diximus *lib. superiori, cap. x. art. 1.* vbi de hac condictione disputauimus: pœnam verò nunquam persequitur, vt quæ nec pœnalis, neque famosa sit, vt dixit *cit. l. si pro, §. 1. D. de condict. furtiua.* Vlpian. & *l. cessat. 26. D. de obligat. & action.* Vnde fit vt cùm pœna nihil commune habeat cum rei persequutione, *l. si pignore 81. §. cum furti, D. de furtis,* actio furti per condictionem non consumatur, neque condictio per actionem furti, quod tamen intelligendum est de pœna legali aut honoraria, non verò conuentionali, quæ vel nuda contrahentium voluntate, vel iussu Prætoris interposita fuerit, illa enim non habetur pro pœna, sed pro rei persequutione, posita in vicem & taxationem eius quod interest, *l. vlt. D. de prætor. stipulat.* Quare si is qui iam rem habet, eiusmodi pœnam adhuc petat, doli mali actione repellendus erit, *l. apud Celsum 4. §. Labeo ait 7. D. de doli mali except.* Ex hac porrò inter actionem furti, & condictionem furtiuam differentia, sequitur & alia, quod quamuis furis hæredes conueniri nequeant actione furti, rectè tamen conuenientur condictione furtiua, *l. si porrè 7. §. 2. D. de condict. furtiua, & l. 1. D. de priuat. delict.* quia persecutio rei extra pœnam est.

2 Præter has duas actiones aduersus furem, datur quoque vindicatio, vt dicebat Vlpian. *§. 2. citato,* quod speciali iure, & singulari in furem odio inductum fuit, *§. sic itaque ille, Inst. de actionib.* Quamuis enim condictio & vindicatio, non possint eidem personæ pro eadem re conuenire ex regulis iuris, cùm vindicans dicat se dominum, qui autem condicit fateatur aduersarium esse dominum; vtraque tamen vt dicebam actio ista concessa est illi cui furtum factum est, diuersa tamen ratione: nam fur tenetur tantùm vindicatione, si rem furtiuam possideat: quare si dolo malo fecerit, vt non possideat, prius agendum erit contra eum ad exhibendum, vt res ab eo exhibita vindicari demùm possit, *l. 1. D. de priuat. delict.* condictione verò furtiua omninò tenetur, etsi rem furtiuam neque possideat neque exhibeat. Si tamen alterâ ex istis actionibus actor rem suam recuperauerit, altera actio tolletur, quia cùm vtraque actio detur ad recuperationem rei, re semel recuperata per vnam, altera inutilis & superflua manet, cùm eadam res bis recuperari nequeat. Vtra igitur vti velit actor eligere debet, an vindicatione, an condictione, *l. ancilla 12. C. de furtis, l. vlt. C. de noxalib. action. §. vlt. Instit. de action. quæ ex del. nasc.* dantur itaque hæ actiones alternatiuè, non cumulatiuè. Quod verò pertinet ad actionem ad exhibendum, ea quoque contra furem datur siue possideat, siue dolo malo desierit possidere, atque etiam contra hæredem, sed tanquam præparatoria vindicationis, & condictionis.

Ex his actionibus quæ aduersùs furem competunt sola nobis actio furti explicanda est: cum de condictione furtiua & de vindicatione, quæ nostro instituto sufficiunt, alibi diximus: quæra itaque in primis cuinam actio furti competat.

3 Resp. hanc actionem competere non modò rei subreptæ domino, sed etiam ei, cuius interest rem non subreptam fuisse, quamuis dominus ipse non sit. Hæc vniuersalissima Regula traditur à Iustiniano *§. furti autem, Inst. de obligat. quæ ex delict.* vbi ratio redditur, quia etiam domino non aliter competit, quàm si eius intersit, rem non perire; vnde infert Imperator creditorem cui pignus subreptum est, actione furti agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quàm in personam agere: adeo quidem vt quamuis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competat actio furti, atque huic vniuersali propositioni consentanea est *l. eius 10. & l. eum qui 14. §. si res. D. de furtis,* vbi *§. qualis,* ait omnibus quorum periculo res alienæ sunt, hanc actionem dari, veluti commodati, locati, pignorisve accepti. Et *§. an pater,* addit non cuicunque interierit rem non perire furti actionem habere, sed qui ob eam rem tenetur, quòd culpa eius res perierit: quare nec qui fideiussit pro eo cui commodata res perit, furti actionem habebit; nec pater cuius filio res commodata fuit. Quod autem dicitur furti actionem non competere domino nisi eius intersit, traditur etiam *l. itaque 12. D. de furtis.* datur tamen illi condictio, & non alteri non domino, licet eius intersit *l. 1. D. de condiction. furtiua.* Circa creditorem verò, cui subrepto sibi pignore actio furti competit, licet habeat idoneum debitorem, quod dixit etiam Vlpian. *l. 14. de furtis,* & Paul. *l. 15. D. eod.* obseruandum est id intelligendum de pignore ipso, non autem de re debitoris, quæ pignoris iure obligata non sit: etsi enim ex eius subductione minus idoneus fiat debitor, creditor tamen actionem furti non habebit: rei quoque dotalis nomine quæ periculo mulieris est, non mulier sed maritus furti actionem habet, quia vt scribit Caius *in l. interdum 49. D. de furtis,* interdum accidit vt non habeat furti actionem is cuius interest rem saluam esse. Deinde quoties plurium interest rem ablatam non esse, omnibus illis furti actionem dari, *frugibus,* inquit, *ex fundo subreptis, tam colonus quàm dominus furti agere potest.*

Ex hac vniuersalissima regula, illi soli cuius interest rem suam fuisse sublatam, competere actionem furti, colligit Iustinian. *Inst. citat.* Primò fulloni, & sarcinatori, qui polienda, aut sarcienda vestimenta certa mercede accepit, eaque furto amisit, actionem furti competere, non ipsi domino, quia nihil eius interest, cùm iudicio locati à fullone, & sarcinatore rem suam persequi possit. Idem traditur *l. itaque 12. & l. fullo 90. D. de furt.* Si tamen fullo locati actione liberetur à domino, carebit actione aduersus furem, quæ illi tantùm concedebatur vlciscendi doloris causâ, propter iniuriam, & damnum acceptum, nullum autem damnum sentit, si actione locati liberatus fuit; si fullo tamen soluendo non sit, ad dominum redibit actio furti, vt addit Iustinian. & Vlpian. *l. itaque 12. D. de furt.* nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est. Idem etiam continget, si in parte tantùm soluendo sit, quia nemo intelligitur soluendo esse, qui solidum præstare non potest, quod tamen *in l. vlt. C. de furt.* aliter dicitur, vbi Tribonianismum suspicatur Hotman. 4

Colligit secundò hoc iudiciū concedi bonæ fidei emptori, cui res subrepta est. Quod idem habet Vlpian. *in citata l. itaque,* vbi ait malæ fidei possessori furti actionem non dari, quamuis eius intersit rem non subripi, quippe cùm periculo eius sit, sed 5

sed cùm nemo ex improbitate sua actionem consequatur, ideò soli bonæ fidei possessori, non etiam malæ fidei, furti actio datur: quare Iauolenus, *in l. furtivam 74. D. de furt.* hunc ponit casum. *Furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam, cùm possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo & ego, & dominus furti agimus. Quæro quanta æstimatio pro vtroque fieri debet. Respondit, emptori duple, quanti eius interest, æstimari debet, domino autem duplo quanti ea mulier fuerit. nec nos monere debet, quod duobus pœna furti præstabitur: quippe cùm eiusdem rei nomine præstetur: emptori eius possessionis, domino ipsius proprietatis causa præstanda est.*

6 Ait tertiò Iustinian. surrepta re commodata, veteres, commodatario qui soluendo esset, non autem domino, furti actionem dedisse: idque habemus *l. eum qui 14. §. si res. D. de furtis.* & *l. vlt. C. eod.* quia cùm commodatarius cogatur actione commodati domino rem suam præstare, ac propterea nihil intersit domini rem suam subreptam non esse, & solius idcirco commodatarij intersit, dubitari non debet ei soli furti actionem concedendam esse: quare Hotman. suspicatur in illa *l. vlt. mox citata.* Iustinianum non scripsisse, *id penè concessum fuisse*, sed, *benè concessum*, cùm illud pro explorato sit *in D. de furt. l. si certe. 5. & in ll. sequent.* atque alibi ita sentiant Iurisconsulti, quorum illis locis responsa referuntur, aliquid tamen se hac in parte emendasse in suis decisionibus, ait Imperator; nam post priorem editionem Codicis, & Lampadij, & Orestis consulatum, leges quinquaginta tulit Imperator, quibus maximas quasque veterum Iurisconsultorum controuersias pro authoritate sua definiuit. In his illa fuit de qua agimus ex *l. vlt. C. de furt.* neque verè scripsit Tribonian. in hoc titulo Institutionum quem versamus, Iustinianum superiorem illam veterum regulam, quam hoc loco tradidimus, emendasse; non enim illa quidquam dubitationis habuit; eratque alia controuersia quæ decisa fuit ad Imperatore; nempe, an si furti tempore commodatarius soluendo esset, post verò fortunis minutus, migrate, & transire actio domini modò ad commodatarium, modò ad furem pro fortunarum ratione deberet, aut saltem posset. Respondetque Iustinianus, primò subrepta re commodata, posse dominum vel furem, vel commodatarium persequi, vtrumque non posse: quare licèt vtriusque actionis optionem habeat, vna tamen optata, non posse mutato consilio ad alteram redire. Ita *l. vlt. C. de furt.* ne si fortè facultates commodatarij mutarentur, actio furti transferenda diceretur. Secundò cùm dominus rem sublatam sciens commodatarium persequitur, huic aduersus furem, actio conceditur, quod *ead. l. vltim.* etiam habet; quia cùm commodatarius cogatur commodati actione rem aut eius æstimationem domino præstare, ratio postulat vt damnum illud sibi à fure illatum, ab ipso quoque fure repetat. Deindè qui optionem è duobus habet, dum vnum eligit, alterum aspernari & concedere videtur: quod si dominus nesciens rem subreptam fuisse, commodatarium persequitur, te comperta, nisi iam illam abstulerit, furem adoriri poterit, *l. vlt. C. de furt.* Si tamen à commodatario rei suæ æstimationem accepit, in furem agere non poterit, *ex citata l. vlt.* neque enim debet commodatarius cogi ad recipiendam pecuniam quam iam persoluit, eo quod non reperitur furem in quem agere, quo nimirum comperto, potest ab illo tem subreptam repetere, & sibi seruare, cùm eius æstimationem pridem persoluerit.

Ait quartò Imperator aduersus rei depositæ furem, non depositario, sed domino persecutionem concedi, quod & dixit Vlpian. *l. eum qui 14. §. is autem. D. de furt.* Quia depositarius non custodiam, sed fidem dumtaxat præstare cogitur, *§. præterea, Instit. quibus mod. re contrah. obligat.* Quid ergo illius interest, si dolo careat? Quod si dolo fecit, periculo quidem ipsius rei est; verùm non debet ex dolo suo furti actionem quærere. Si tamen custodiam aliquando depositarius haberet, vti in quibusdam casibus contingit, ei furti actio concedenda esset, vt *leg. 2. §. & generaliter, D. vi bonorum raptor.* 7

Ab hac vniuersalissima regula hactenus tradita, excipitur is cuius interest quidem rem non fuisse subreptam, sed non ex honesta causa interest, *l. manifestissimi 11. D. de furt.* & *l. quinimmò 12. §. 1. D. eod.* & *l. qui re 78. §. si quis alteri. D. eod.* vbi dicitur dominum posse agere cum fure, qui rem ipsius ab alio priore fure surripuit, furem autem priorem non posse, quia domini interfuit, non prioris furis vt id quod surreptum est saluum esset, vt optimè sentit. Secundò Mutius, quem eo loco refert & explicat Vlpian. quia licet intersit furis rem quam surripuit saluam esse, cùm conditione teneatur, tamen non habet actionem furti, nisi is cuius ex honesta causa interest, reiicitque Seruij sententiam, qui illi tribuebat actionem furti, si dominus non extaret, neque extiturus esset, cur enim tunc habebit actionem, & ex sua iniquitate lucrum faciet? Domino igitur competet actio cum vtroque illo fure, ita vt si cum vno inchoarit, duret tamen aduersus alterum. 8

Quæritur secundò aduersus quos competat, actio furti, estque vniuersalissima regula non dari nisi aduersùs furem ipsum, aut eos qui furto tenentur, de quibus diximus *art. superiori, n. 4.* Si tamen seruus furtum fecit aduersùs dominum, erit noxalis actio furti, *l. si cum 42. §. quamdiu. D. de furt.* & *l. si seruus 63. l. si quis 35. sub fin. D. eod.* Volo autem hunc seruum nondum esse manumissum, alioquin in ipsum datetur hæc actio, *l. si seruus 43. D. de furtis.* Si tamen ob id manumissus fuerit, ne dominus furti iudicio teneretur, tunc vterque nempè seruus, & dominus furto teneretur, *l. 43. citata.* 9

Aduersus impuberem, nisi pubertati sit proximus, non datur actio furti, *Instit. de obligat. quæ ex delict.* & *l. impubere 23. D. de furtis:* & *l. pupillum 3. D. de regul. iur.* quia tunc & furandi, & iniuriæ faciendæ capax est, vt dicebat Caius *in citata l. Pupillum.* Quod idem dicitur *l. sed etsi 5. §. & ideo. D. ad l. Aquiliam.* & *l. excipiuntur 14. D. ad Syllan.* quare pupillos criminaliter accusari leges permittunt, *l. 4. C. de auctorit. præst.* quæ quomodo conciliari possit, *cum l. 1. §. impubere, C. de falf. monet.* viderint Iurisconsulti. Agell. *lib. 11. cap. 18.* scribit lege XII. Tabul. constitutum fuisse, vt impuberes qui furtum fecissent arbitratu Prætoris, virgis cæderentur, noxamque à se factam sarcirent. Quis verò dicendus sit pubertati proximus, alibi inquiritur. 10

Quia verò actio furti pœnalis est, & solam pœnam consequitur, in eoque differt à conditione quæ rem persequitur, vt diximus, videndum est quænam sit illa pœna furto constituta à lege. Ordiamur ab antiquissimo iure quod de- 11

cemuiri in lege XII. Tabular. constituerunt. Sic verò refert Macrob. *lib.* 1. *cap.* 4. SI NOX FVRTVM FAXIT, AT IM ALIQVIS OCCISIT, IVRE CÆSVS ESTO: vbi Macrob. obseruat NOX pro *noctu*, & IM, pro *eum*, vsurpari. Id ipsum de fure refert Agell. *lib.* 11. *cap.* 18. nimirum Decemuiros permisisse occidi furem manifestum, & nocturnum; diurnum verò qui se telo cùm prehenderetur, deffenderet; quod & Cicero *in Miloniana* asseruit, ex eadem lege XII. Tabul. Vlpian. tamen *l. furem*, *D. ad l. Corneliam de sicariis*, id impunè fore ait, si ei parcere sine suo periculo non potuit. Et *in l.* 5. *D. ad l. Aquiliam*, si cùm dominus potuit furem apprehendere, maluit occidere, & Aquilia & Cornelia teneri: & *l.* 7. *D. de eo quod met. caus.* tunc demùm licere furem occidere si se telo defendat. Caius autem, *l. si pignore* 54. *D. de furt.* vult dominum id cum clamore testificari. Telum verò significat id omne quod mittitur manu, vt lapides, lignum, ferrum, *l.* 233. *D. de verb. sign.* quia tunc non vt fur tantùm, sed tanquam violentus occiditur, & vt ait August. *lib.* 11. *quæstion. in Exod.* *iam enim plus est quàm fur.* Cæterum quoad furem nocturnum idem constituit Plato *lib.* 9. *de legib.* νύκτωρ φῶρα εἰς οἰκίαν εἰσιόντα ἐπὶ κλοπῇ χρημάτων, ἐὰν κτείνῃ τις καθαρὸς ἔστω. Qui furem noctu furandi causa ingredientem interfecerit, extra culpam esto, quia nempe nocturni fures grassatorum numero habentur, neque tantum præcisè domino rei, sed indefinitè cuiuis nocturni furis occidendi potestas fiebat. Si verò fures neque nocturni essent, neque interdiu deprehensi sese cum telo defenderent, essent tamen manifesti, voluerunt Decemuiri, Agellio referente, liberos verberari, addicique ei cui furtum factum esset; seruos autem verberibus affici, & è saxo præcipitari; pueros impuberes prætoris arbitratu verberari, noxamque ab his factam sarciri. Vbi vides tria genera personarum quæ furtum commiserint distingui, liberorum, seruorum, & impuberum. Liberi fures manifesti, verberabantur, & addicebantur ei, cui furtum fecissent: quæ addictio infligebatur etiam iis, qui ciuiliter damnati, soluendo non essent, *ex ead. lege* XII. Tabularum, quod aliàs monuimus in opere de vsuris, vbi de pignore σωμάτων disputaremus. Hanc tamen addictionem furis liberi, in seruitutem ei cui factum fuit furtum, interpretarer de seruitute duratura, donec ei cui damnatus erat, aut solueret, aut satisfaceret: quæ fuit mens Platonis *lib.* 9. *de legib.* vbi constituit, vt omnes fures rem furtiuam, & alterum tantum reddant, quod vt statim dicam, legibus quoque Romanis sancitum fuit, vt qui non possit iudicatum facere, nexus addicatur ei, cui damnatus est, donec soluat, aut satisfaciat.

Serui fures deprehensi, verberibus cæsi, è saxo præcipitabantur; quæ tamen pœna deinde sublata fuit; nam Modestinus non posse quem sic damnari, vt de saxo præcipitetur, dixit *in l.* 15. *D. de pœnis.* De actione noxali propter furtum à seruo factum dicam *art.* 4. *sequenti.*

De pueris impuberibus furti damnatis arbitrio Prætoris castigandis, vt edicebat lex XII. Tabul. si modo sint pubertati proximi, & doli atque iniuriæ capaces, vti nuper monuimus, testatur etiam Plinius *lib.* 18. *cap.* 3. dum ex iisdem XII. Tabul. refert vt *si frugem aratro quæsitam pauerit, secueritve impubes, verberetur, & noxiam, duplionemve præstet.*

Atque hactenus de furtis manifestis, non manifestis imposuerunt eædem XII. Tabulæ dupli pœnam, eodem referente Agellio, testaturque Cato *in proœmio de re rustica*, maiorem furem dupli damnasse, & fœneratorem quadrupli. Quia verò legibus Portiis & Semproniis virgæ à ciuium Romanorum corporibus remotæ sunt, verisimile est leges XII. Tabul. quoad corporale istud furum supplicium desiisse, & in quadrupli pœnam commutatum fuisse, quæ pœna in Edictum perpetuum relata est, vt passim scribit Imperator §. 1. *Inst. de perpetuis action.* ita vt furis nec manifesti pœna dupli, manifesti quadrupli esset. 12

Plaut. *in Curculione.*

Ego quidem pro istac rem solui ab Trapezita meo.
Quam ego pecuniam quadruplicem abs te, & lenone auferam.

De pœna verò dupli idem Plaut. *in Pœnulo.*

Vbi is detulerit, tu eò quæsitum seruum aduenies tuum,
Cum pecunia. Ille negabit, Milphionem quæri censebit tuum,
Id duplicabit omne furtum, leno addicetur tibi.

Et inferiùs.

—— *Duplum pro furto mihi opus est.*

Leno. *Pery hercle.* Agorast. *Imò haud multò, post in ius veneris.*

Leno. *Quia egomet tibi me addico; quid prætere opus est?*
Verum obsecro te vt liceat simplum soluere
Trecentos Philippos, credo corradi potest,
Cras auctionem faciam. Agorast. *Tantisper quidem*
Vt sis apud me in lignea custodia.

Vides itaque furis non manifesti pœnam fuisse, vt duplum solueretur, & vt interea fur addictus, ac nexus seruiret. In manifesto autem furto longè alia erat addictio, nam damnatus cum omni sua familia, bonisque omnibus ei cui damnatus esset in perpetuam seruitutem addicebatur. Obserua denique ex Vlpiano *l. vlt. D. de furtis*, suo tempore plerumque furti nomine criminaliter agi solitum, non eo tamen minus si quis velit, ciuiliter agi posse, quod sic interpretatur Hotman. *in §. pœna manifesti. Inst. de obligat. quæ ex delict.* non vt possit vtroque iudicio agere, & apud præfectum vigilum pœnam criminalem, apud prætorem pecuniariam postulare, sed vt alterius electione, altera tollatur. Inde quæsitum fuit an qui criminaliter egerit, neque à magistratu obtinere potuit, vt in furem animaduerteret, & acerbiorem in eum sententiam pronuntiaret, quàm vti simplum, hoc est rem furtiuam redderet; postmodum apud prætorem agere possit actione furti, & ab illo pecuniariam pœnam exigere. Iulian. *l. interdum* 56. *D. de furtis*, id fieri posse negat: nam eo ipso quod fur ad præfectum vigilum eductus, in maioris pœnæ periculum vocatus est, pœnam pecuniariam consumptam esse dicebat. Addo ad extremum omnes istas actiones hodie in vsu non esse, quoniam hodie omnia iudicia extraordinaria sunt, & plerumque furti criminaliter agitur extra ordinem, *l. vlt. D. de furt.*

Atque hæc quidem ex antiquo iure Romano: quid verò Gentes aliæ sanxerunt, collegit Alexand. Neapolitan. *lib.* 6. *genial. cap.* 10. immane enim semper habitum fuit hoc crimen. 13

Quæri tamen potest an capite puniri iustè possit hoc crimen, quandoquidem etiam apud Romanos seruis furibus pœna à Decemuiris statuta fuerit vt cæsi verberibus è saxo deiicerentur, tandem sublata est,

est, vt monuimus, & seueriorem esse pœnam necis, neque furto irrogari posse dixit Scotus *in 4. distinct. 15. quæst. 3. litera H.* quia cùm solus Deus sit vitæ & necis dominus, nequit humana potestas decernere mortis supplicium, nisi iis criminibus, quæ Deus sic plecti voluit, quod de furto nullibi legimus. *Neque*, inquit, *de bulla descendente de cœlo, quidquam eiusmodi hactenus auditum est.* Ac proinde si furtum sit simplex, quamuis ratione materiæ, & nocumenti quod affert, grauissimum existat, morte puniri non poterit. Reiiciunt hanc Scoti opinionem Couarr. *lib. 2. variar. cap. 9. num. 7.* Acastro *lib. 1. de lege pœnali, cap. 6.* Medin. *quæst. 14. C. de restit.* & alij, idque à pluribus vsurpatum est, vt à Dracone Atheniensi constat; quia potestas quam Deus reipublicæ, & Principibus concessit, puniendi pœnis proportionata, & condigna crimine, non est restricta ad certum aliquod genus scelerum, sed infinita & illimitata est, prout æquitas, & bonum reipublicæ, atque grauitas sceleris punitionem postulabit, & non tantùm circa ea quæ Deus ipse morte plectenda esse sanciuit; vnde enim habet Scotus eam iustitiæ vindicis & punitiuæ limitationem, atque imminutam Principum in eius exercitio potestatem; an ex Scriptura, an ex aliqua bulla descendente de cœlo? Meliùs argueret Scotus ex improportione rei quæ subripitur à fure, & pœna quâ plectitur, dum capite luit, quandoquidem bona omnia fortunæ quæ subripiuntur, inferioris prorsus ordinis sunt, quàm vita, quæ furi tollitur. Verùm hinc sequeretur nullum prorsus delictum, & maleficium præter homicidium, plecti posse morte, quia omnia nocumenta, quæ cætera maleficia afferunt proximo, inferioris ordinis sunt comparata cum vita, qua delinquens in pœnam priuatur: quod etiam in honore & fama verum esse ostendemus inferiùs. Ad æstimandam igitur proportionem sceleris & supplicij, non est attendenda materia sola criminis, & comparanda cum materia pœnæ, siue cum bono, quo pœna reum priuat, sed attendenda est sceleris ipsius grauitas, quæ non ex sola eius materia, aut re in qua committitur, sed ex variis eius circumstantiis crescit, tantaque aliquando est, vt in communi, & æqua hominum æstimatione, nullo satis graui supplicio puniri queat, ideóque extremè puniri debeat, quod etiam supplicium quamuis extremum, aliquando augetur, & eripitur vita reo variis, exquisitisque tormentis; in furto autem aliquando ex variis eius circumstantiis, & ex incommodis quæ ex leuitate pœnæ in totam rempublicam deriuarentur, vt ex S. Ambrosio dicebamus, *art. superiori, num. 6.* tanta grauitas reperitur, vt meritò mortis pœna puniri possit & debeat.

14 Ad extremum, an furtum alicubi, ita permitti possit, vt omni culpa vacet, quod de Lacædæmoniis & Ægyptiis narrat Alexand. *lib. 6. genial. cap. 10.* Feratur itaque lex, qua liceat aliena malè custodita sibi sumere, ita tamen vt si quis in eo furto deprehendatur, puniatur etiam rei ablatæ restitutione, aut etiam dupli, vel quadrupli: negare videtur iustam fore hanc legem Anton. Augustin. *lib. 4. emendat. cap. 4.* dum ait furtum ita naturâ sua malum & probrum esse, vt nulla lege, aut licentia Principum possit honestari, alioquin & liceret matribus commisceri, quia apud Persas id licebat, & furtum bono animo fieri posset, quod *cap. 11. de regul. iuris in 6.* omnes negant. Denique quia naturâ sua furtum opponitur iustitiæ quæ est perpetua & constans voluntas suum cuique tribuendi, quod sanè non facit, qui alterum lædit, & suis rebus priuat. Verùm non negamus furtum naturæ sua esse malum, sed quærimus an quælibet alienæ rei contrectatio & acceptio sit furtum, eiusque malitiam habeat, & num Princeps possit aliquando ex iusta causa permittere vt quis alterius rem capiat, ipso etiam inuito, & renitente, sed irrationabiliter: cùm enim spectata rei natura æquè malum sit rem alienam retinere, atque illam capere, cur poterunt leges retentionem illam rei alienæ permittere, & non poterunt acceptionem? Atqui nobis certum est ex libro superiori, leges de præscriptionibus iustas, & æquas esse, & vbi res aliena legitimè præscripta fuit, etiamsi deinde appareat alienam esse, posse nihilominus à præscribente retineri tanquam suam, licèt antiquus dominus molestè ferat se illa priuatum esse, immò & illam aliquando iudicio persequatur, sed præscriptione repellitur, quia est irrationabiliter inuitus, & postulat rem amplius non suam, cùm propter grauissimas causas & bonum commune, lex eius rei dominium transtulerit in præscribentem, qui iam vt suam retinet, neque in ea retentione furtum committit, vti reuera committeret, si rem alienam absque illa præscriptione retineret. Quidni igitur si propter bonum commune, atque ad acuendam industriam in custodiendis suis rebus lex ferretur, qua permitterentur res indiligenter custoditæ capi, absque obligatione restituendi, ab illis qui illas absque vi & fraude caperent, modò in ipso facinore non deprehenderentur; iam in illa captione non esset furtum, neque peccatum contra iustitiam, neque dominus rei captæ, rationabiliter inuitus dici posset, neque deindè sequeretur, furtum formaliter cum iustitia naturali pugnans, non esse malum, sed eiusmodi acceptionem non esse tale furtum. Itaque tota disputatio instituenda esset de æquitate legis, quæ eiusmodi rerum alienarum incustoditarum acceptionem permitteret, & res illas pro reiectis & derelictis haberi vellet.

Restabat obligatio restitutionis ex furto; sed de ea diximus cap. de restitutione in vniuersum.

ARTICVLVS III.

De damno non iniuria, ad titul. *si quadrupes pauperiem fecerit*

Quid si vna quadrupes aliam concitarit. 16.
Quid si quis causam dedit damno. 17.
Quid si quadrupes suo corpore nocuerit. 18.
De pastu. 19. 20. 21.
Cui competat hac actio. 22.
Aduersus quos competat. 23.
Quando cesset hac actio. 24.

DAmnum non iniuria est, datum, vel factum ab animali iniuriæ faciendæ incapaci, & pro illo datur actio, si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, cuius est titulus, *in Instit. D. & C.* Est verò noxalis hæc actio, vti vel noxæ dedatur animal quod nocuit, vel eius dominus ad æstimationem damni illati condemnetur. Hæc actio primùm ex lege XII. Tabul. profecta est, vt testatur Vlpian. *l.* 1. *D. si quadrupes.* Et Iustinian. *in Instit. titulo eod.* Hanc legem Decemuiri ex Atheniensibus sumpsere, sic enim habet Plato *lib.* 1. *de legib.* ἐὰν ὑποζύγιον ἢ ἵππος, ἢ κύων, ἢ τῶν ἄλλων θρεμμάτων σίνηταί τι τῶν πέλας κατὰ ταὐτὰ ἐκτίνειν τὴν βλάβην; Si vel iumentorum, vel equus, vel canis, vel alia vlla quadrupes, & domesticum animal pauperiem faciat, damnum quod fecerit resarciatur. Refert quoque Plutarch. in Solone ipsum legem scripsisse de pauperie quadrupedum, ἔγραψε δὲ καὶ βλάβης τετραπόδων νόμον. Cuius legis caput de cane, qui quempiam momordisset adducit; de quo nos inferiùs iterum. Hanc legem post multò probarunt Salij, *l. Salica, titul.* 39. & Ripuas. *tit.* 4. & plurimæ aliæ leges municipales, siue consuetudines in Gallia, quas enumerat Mornac. *in l.* 1. §. *& cum etiam, D. si quadrupes.* Manifesta porrò est huius legis æquitas, cùm neque æquum sit me pauperiorem effici per tuam quadrupem, neque deteriorem fieri tuam conditionem, quàm quanti quadrupes tua est. Atque hæc vniuersalis ratio fuit inducendarum omnium actionum noxalium, §. *summa autem ratione, Instit. de noxalib. actionib. l. prætor ait,* §. 1. *D. de damno infecto.* Quod iterum monebimus inferiùs; nunc agimus de actione, si quadrupes, quæ noxalis etiam est, vt dixi.

2 Verba porrò huius legis consideranda sunt, nam nomen quadrupedis hoc loco ad solas pecudes pertinere, & non ad bestias propter earum natiuam feritatem monuit Vlpianus *l.* 1. §. 4. *D. si quadrupes.* Nam si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, competet actio vtilis, vt ait Paul. *in l.* 4. *D. eod.* quæ actio vtilis, non est directa, cùm non nascatur ex verbis legis, sed ex eius interpretatione. Loquuta verò est lex de quadrupedibus tantùm, quia rarius est, vt bipedes pauperiem faciant.

Obseruandum porrò est Iurisconsultos distinguere quatuor genera quadrupedum. Primum est pecudum, quæ dicuntur illæ quæ gregatim pascuntur, vt boues, equi, asini, muli, *l.* 2. §. 1. *D. ad l. Aquil.* & ex quæ collo, dorsóve domantur, vt apud Vlpian. *in regul. tit.* 19. Secundum est bestiarum quas à pecoribus separat Pompon. *l.* 8. §. *vlt. D. familia ercifcund.* Eæ verò sunt quæ naturalem feritatem & libertatem retinent, si enim alterum istorum desit, bestiæ non sunt; quare leo mansuetus non continetur bestiarum nomine, vt *l.* 1. §. *remouet, D. depositi.* vbi idem, de aliis bestiis dentatis mansuefactis traditur. Posse verò mansuefieri Leonem, habes apud Plinium *lib.* 8. *cap.* 16. de Hannone clarissimo Pœnorum Duce, qui primus leonem manu tractare, & ostendere mansuefactum *ausus est*, damnatusque illo argumento: quoniam nihil non persuasurus vir tam artificiosi ingenij videbatur, & malè credi libertas ei, cui in tantùm cessisset etiam feritas. Plutarch. in politicis, tradit eum in castris habuisse leonem σκευοφόρον, ideóque solum vertere coactum, quòd ad tyrannidem aspirare id argumento foret. Narrat Lampridius *cap.* 21. in Heliogabal. illum habuisse *leonem & leopardos, exarmatos in deliciis, quos edoctos per mansuetarios, subitò ad secundam & tertiam mensam iubebat accumbere ignorantibus cunctis, quod exarmati essent, ad pauorem, & ridiculum excitandum.* Similia habet *cap.* 25. cum ebriis amicis nocte inclusisse similes feras exarmatas, vt dum expergiscerentur terrerentur, vnde plures exanimati sunt. Præter naturalem feritatem debent bestiæ, naturalem quoque libertatem retinere. Quare *l.* 1. §. *in bestiis, D. si quadrupes*, si vrsus fugerit, & naturalem libertatem recuperarit, non poterit eius quondam dominus hac actione conueniri, quia is tantùm noxæ dedere potest, qui in sua potestate habet.

Tertium genus quadrupedum, sunt feræ alligatæ, quæ animi & voluptatis causa continentur, vt vrsus, leo, aper, aliaque similia animalia, vti habetur *l.* 40. *&* 41. *D. de ædilitio edicto.* Quamuis enim populari consuetudine ferarum, & bestiarum nomen promiscuum sit, vt *l.* 8. *D. familia ercifcund.* & apud Ciceronem pro Sexto Roscio; *Noluerunt feris corpus obiicere, ne bestiis quoque, quæ tantum scelus attigissent, immanioribus vterentur.* Et apud Agelli. *lib.* 5. *cap.* 14. Appion. *Multæ ibi sæuientes feræ magnitudine bestiarum excellentes*: ex subtilitate tamen iuris feras appellant, quæ feritatem genitalem siue natiuam feritatem, siue libertatem retinent. Bestias autem quæ & feritatem, & naturalem libertatem habens, quamuis ad breue tempus inclusæ sint, vt quæ cum bestiariis committuntur & aliquamdiu seruantur. Feræ porrò naturâ sanguinariæ sunt, & immanes. Oppian. θῆρας nominat φονέας, & Pindar. *in Nemeis* ἀνδροδάϊκτας θῆρας, inscias iuris feras; pauperiem quam faciunt confertim atque ex improuiso, ab iis fieri solere notat Nicandri Scholiastes, τὰς βλάβας τῶν φορδιτικῶν, ἀλαθαίων θηρῶν αμφολιτας, καὶ ἀθρόως βλαπτόντας διηγόρομαι. Grammatici passim feras nominari dicunt, quòd sine ratione ferantur, cùm hoc nomen Græcum faciat Eustath. in Homeri Iliad Αα. φὴρ quod Æoles dicunt pro θὴρ.

Quartum genus quadrupedum constituunt Iurisconsulti, canes, qui neque inter pecudes, neque inter bestias numerantur, quod probant *ex l.* 2. *& l. quemadmodum* 29. §. *hac actione, D. ad l. Aquiliam.* & apertè tradit Iustinian. §. 1. *Inst. de l. Aquilia.* vbi pecudum nomine eas intelligit propriè quæ gregatim pascuntur, non bestias, aut canes, iis tamen amouerat sues, quia gregatim pascūtur, & probat ex Homericis versibus, quos etiam Ælium marcianum in suis institutionibus retulisse ait. Nihilominus dubitatum, quæsitumque fuisse, an pecudum nomine sues contineri deberent, testatur Caius *l.* 2. *D. ad l. Aquil.* & *in l. legatis* 65. §. 4. *D. de legat.* 3. & quidē ita Labeonem rectè affirmasse. Cuius veteris dubitationis causam pauci proferunt, aut inquirunt. Aliqui apud Anton. Fabrum existimant illam petendam esse ex eo quod sues nullam nisi mortuæ vtilitatem afferant, quos optimè reiicit Faber, cùm & fœtuum vtilitas sufficiens sit, & pecudum ratio postulet tantùm vt gregatim pascantur, vti affirmabat Iustin. quod conuenire suibus, quæ suum habent subulcum, nemo nescit. Quare Hotman. existimauit inde ortam fuisse dubitationem istam

istam veteribus, quod licet sues gregatim pascantur, vt aliæ pecudes, non tamen, vt cæteræ gramine, & viridibus pabulis alantur, sed quod scribunt Varro, & Columella, glande, faba, hordeo, & cætero frumento indigeant, & si rure sint, caducis arborum baccis, aut effossis lumbricis & radiculis potius, quàm gramine vescantur: quia tamen gregatim pascuntur, à Cato, Labeone, & Marciano, pecudibus adnumerari. Quàm appositè verò adducti fuerint versus Homerici, non videt, cùm loquantur tantùm de glande, & aquis lutosis, quibus sues aluntur, non de gramine; monet enim Minerua *odyss.* 13. Vlyssem post longos errores in patriam reducem, vt priusquam ad vxorem, & procos inuocat, subulcum Eudemium adeat, à quo de rebus omnibus doceatur, reperturum illam ad fontem Arethusam, & coracis saxom assidentem suibus, vescentibus glande grata, & nigram aquam bibentibus, quæ pinguedinem alunt.

4 De elephantibus etiam & camelis, quæritur an pecudibus adnumerari debeant. Caius *l.* 2. *D. ad l. Aquil.* mixti cuiusdam generis facit: nam & iumentorum onera præstant, & ipsorum natura fera est. De elephantis perspicua res est, vide Lipsium de iis fusiùs disputantem. De camelis testatur Plinius *lib.* 8. *cap.* 18. *Camelos inter armenta pascit Oriens, iumentorum in his terris dorso funguntur, nec vltra assuetum procedunt spatium, nec plus instituto onere recipiunt.* Chrysostom. *homil.* 3. *in* 2. *ad Thessal.* ait illos vesci spinis, *ἀλόγων ἐστὶ τροφαὶ, αἱ ἄκανθαι κάμηλων*; & nullum esse in iumentis ita iracundum, & magis iniuriæ memor, narrari à peritis, *λέγεται γὰρ ὑπὸ τῶν τὰ τοιαῦτα εἰδότων μηδὲν εἶναι ἐν τοῖς κτήνεσιν οὕτω βαρύμηνι, καὶ δίδυμον, καὶ μνησίκακον ὡς ἡ κάμηλος.* Habeot igitur & genitalem ferociam, & etiam iumentorum & gregariorum animalium morem. Calcanea camelorum fuere cupediariis olim expetita, quod de Heliogabalo testatur Lamprid. *cap.* 20. ex Apicij imitatione.

5 His obseruatis venio ad legem XII. Tabul. de pauperie facta ab animali, quam Hotman. *lib.* 3. *antiq. Rom.* sic refert, *vt si cuius quadrupes pauperiem fecisset, quidve in alieno depasta esset, dominus damni æstimationem solueret, quadrupedemve noxæ dederet.* Quam legem bipartitam esse vides; agit enim de pauperie facta à quadrupede; deinde de pastu pecoris in alieno fundo.

6 Et quidem quoad pauperiem, quoties alicuius quadrupes alterius animal sine cuiuspiam culpa, vel occidit vel vulnerauit, datur actio noxalis aduersùs quadrupedis dominum, vt vel damnum sarciat, vel quadrupedem noxæ dedat. Dixi propter animal alterius cæsum vel vulneratum dari hanc actionem; quoniam pauperies non modò quadrupedibus, sed etiam seruis alienis infertur, vt cùm equus calce, vel bos cornu seruum alterius percussit, eique crus fregit, *l.* 1. *§.* 1. *&* 2. & *l. vlt. D. si quadrupes*, vt statim dicam; immò & ob hominem liberum percussum, hæc actio competet. Quamuis enim ea de re quondam dubitatum fuerit, quia damnum corpori libero illatum non recipit æstimationem, *l. vlt. D. de his qui deiecerunt*, placuit tandem vt operarum amissarum, sumptuúmve & curationum factarum nomine hæc actio daretur, *l.* 3. *D. si quadrupes*, *§. ob hominem, Instit. de obligat. quæ ex quasi delict. nasc.* & *l. vlt. D. de his qui deiecer.* & *l.* 2t. *D. eod.* Obserua porrò quod ait Caius in *citata l.* 3. non haberi rationem deformitatis, quæ manet ex inflicto vulnere, & *citato §. Instit.* probauit Imperator, quod ab Atheniensium sensu plurimùm aberat. Nam si quis alteri fœdum & inhonestum vulnus impegisset, vt in caput, faciem, manus, vel pedes, vnde corpus malè insignitum maneret, ex sententia Areopagitarum damnabatur abesse totum annum à loco vbi vulneratus degeret, ex Lysia, pro *Callia*: & Liuius deformitatem pro supplicio esse dixit; Cicero verò *lib.* 1. *de legib.* habere aliquid offensionis, cùm perinsignis fuerit, nisi causa aliqua vulnus honestarit, vt si pro republica, vel Principe susceptum fuerit. Vide Senec. *lib.* 5. *de benefic. cap. pen.* & Liuium *Decade* 5. *lib.* 5. Et sanè quædam sunt deformitates, quæ etiam ab initiatione sacrorum Ordinum remouent, de quibus fusiùs egimus in nostro tractatu de irregularitate. Verùm quidquid de ea Caij, & Iustiniani ratione sit, damnum tum impensarum curationis, tum operarum inde amissarum, fatendum erit à domino quadrupedis, in quo damno æstimando iudicum prudentia requiritur, quod monet idem Caius *l. vlt. D. de his qui deiecer.* attendendum maximè, si inde homo reddatur inutilis, æquumque foret vt quadam annua pensione mulctaretur qui vulnerauit, pro ratione illati damni, & vt ait Scholiastes Nicandri *καθόσον ἀσινόμενος ἐστιν ἡ πληγή*: quantum plaga & percussio debilitat, & infirmum facit; itaque iudicatum fuisse à suprema Curia aduersùm violentum nobilem, qui plebeium brachio altero mutilarat, refert Mornac. *ad l.* 3. *D. si quadrupes.*

Ad hanc verò actionem concedendam requiritur primò quadrupedem in alterius dominio ac possessione teneri, *l.* 3. *§. item feras. D. de adquirend. possess.* alioquin mures qui membranam testamentariam, aut chirographum, aliúdve pretiosum adrosissent, itemque mustellæ & vulpes in hunc numerum referrentur. Et sanè non possent hæc animalia noxæ dedi; quod tamen reo domino liberum esse debet. Neque alia ratio est propter quam in feris vbi suæ naturali libertati & feritati sunt permissæ, non valeat hæc actio, quàm quia non sunt in vllius dominio, & possessione. Secundò necessariò requiritur vt quadrupes, per se & non ex culpa alterius pauperiem fecerit, atque vt loquitur Iustinian. *Instit. si quadrupedes*, contra naturam mota fuerit. Quod idem voluisse Seruium refert Vlpian. *l.* 1. *D. si quadrupes.* Nempe huic actioni locum esse, *cùm commota feritate nocuit quadrupes*, & *quoties contra naturam fera mota est.* Porrò motus contra naturam dicitur in mansuetis animalibus, cùm nulla extrinsecùs oblata causa mouentur, vt cùm equus est mordax, aut calcitrosus, qui idcircò vitiosus appellatur à Labone apud Aul. Gell. *lib.* 4. *cap.* 2. secundùm naturam verò cùm causa oblata est extrinsecùs, vt si equus permulsus fuerit, aut bos rubeo panno incitatus, *l.* 50. *§. vlt. D. de furt.* quod ex Seneca *lib.* 3. *de ira cap.* 30. Theophilacto, Plutarcho *in Alexand.* & Ciceron. *de diuinatione*, confirmat Gotfred. *in l.* 50. *citatam.* 7

Hinc sequitur primò vt si genitalis sit feritas, hoc est natura, quomodo illam vocem vsurpauit Trebatius apud Aulum Gell. *lib.* 4. *cap.* 2. cùm dixit mulierem à principio in genitali sterilitate esse, cesset hæc actio; & Vlpian. *l.* 1. *D. si quadrupes*, negat in bestiis propter naturalem feritatem huic actioni locum esse. Quare si equus calcitrosus calce percusserit, si bos cornu petit, *κερατίνος* cornu petierit, si mulæ propter ferociam, & non feritate aliundè excitata noceant, dabitur hæc actio, quia domino imputari potest, quod talem quadrupem habuerit, nec per se aut per alium monuerit transeuntem de vitio suæ quadrupedis; 8

quia

quia equius est suam cuique quadrupedem tanquam domino nocere, quàm alteri, sicut & prodesse. Quoties igitur non erit generalis illa animalium feritas, sed particularis excitata, & commota, de damno illato tenebitur dominus. Quoties tamen culpa alterius concitata erit, & nocuerit, de damno iniuriæ agetur aduersus illum, qui sua culpâ causam dedit, & commouit quadrupedem, quare inquit Seruius *in l. 1. citata. Si propter loci iniquitatem, aut culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus euerterit, hac actio cessabit aduersùs dominum quadrupedis.* Sed vt dixi de damno iniuriæ agetur, quia damnum illud non contingit quadrupedis vitio, sed ex causa extrinseca, quæ ipsam quadrupedem inculpatam faceret, si capax culpæ foret, & si conueniri posset, non esset æquum eam teneri; neque igitur tunc etiam æquum erit dominum teneri, debetque omninò hoc casu eadem ratio esse quadrupedis, quæ hominis & domini, atque eadem quæ futura esset, si ipsa conueniretur. Cessabit igitur tunc hæc actio noxalis, & omninò recurrendum erit ad actionem damni iniuria, ex lege Aquilia, vel ad actionem subsidiariam in factum: nam qui occasionem damni præstat, damnum dare videtur, *l. qui occidit 30. §. in hac actione, iuncta l. qua actione 7. §. sed si quis plus iusto, D. ad l. Aquiliam.* Denique æquius est vt qui ex suo facto, & ex propria culpa tenetur, conueniatur actione præcisa, & absoluta, quamuis quadrupes, aut quid aliud damnum, cui sua culpa causam dedit, reipsa intulerit, quia ille damnum dedisse censetur, vti iam diximus, & fauet regula iuris, *l. is damnum dare 169. D. de regul. iuris.* Quare cùm actiones noxales non sint comparatæ nisi ex necessitate, eo casu, quo nulla alia actio competere poterat, vbi alia actio absoluta, & præcisa competere poterit, vti competit in nostro casu, actio ex lege Aquilia, vt diximus, ista *si quadrupes pauperiem fecerit*, cessabit omninò.

9 Hinc fit vt si equus dolone (sic enim legendum esse, non dolore, sapienter coniicit Hotman.) concitatus, calce percusserit, erit huic actioni locus, & qui illum percussit aut vulnerauit, tenebitur actione in factum, potius quàm lege Aquilia, quia ipse non suo corpore damnum dedit, vti tamen requiritur, *l. si quis fumo 49. D. ad legem Aquil.* & *§. vltim. Instit. de lege Aquilia.* Cæterum domini equus ad nihil tenebitur. Eadem de causa ait *glossa in eum §. 5. l. 1. D. si quadrupes*, teneri sessorem, si ipse equum concitauerit. Huc pertinet iudicium supremæ Curiæ Paris. ann. 1612. 8. Februar. relatum à Mornac. *in lege 1. D. si quadrup.* cùm enim conductitium equum, quis calcaribus foderet, isque restitans, calcibus obuiam muliercaulam vulnerasset, quærebatur an ille sessor de eo vulnere teneretur, aiebat enim culpam esse mangonis, qui illi restitatorem, & calcitrosum equum locasset, neque vitium aperuisset. Quia tamen constitit equum ex calcarium aculeo restitasse solùm, & ex eo dolore calces illisisse in obuiam mulierem; mulctauit eum Senatus XX. aureis aduersùs percussam mulierem. E contrario verò si qui equum permulsit, *& palpatus est*, ab eo calce percussus est, erit locus huic actioni, quia equus suo vitio, & feritate seipsum concitauit, cùm nulla fuerit culpa permulcentis, & palpantis, neque enim hac actione cuiuslibet alterius equi feritatem concitasset. De equorum insolentia etiam aduersùs dominos, adi Petrarcham *dialogo 31.*

Tertiò si canis quidem sua ferocia manus te- 10
nentis inuaserit, & damnum dederit, potueritque ab alio firmiùs teneri, aut si per illam viam duci non debuit, tenebitur de damno illato, ductor ille, & non dabitur actio *si quadrupes, l. 1. §. sed etsi canis, D. si quadrupes.* Quod si quis euitans magistratum in tabernam proximam se immiserit, ibique à cane feroce lædatur, non poterit agi canis nomine, nisi solutus esset, *l. 2. §. 1. D. eod.* quia nihil est in eo casu, quod domino canis possit imputari: quare ne in eum quidem actione vtili posse agi, existimat Anton. Faber *in hunc §.* sed læso tribuendum est qui se in tabernam immiserit, in qua canis ferox claudebatur, à quo morderi poterat. Obseruat autem Varro *lib. 1. de re rust.* canes interdum clausos, & catena vinctos, cum soluti fuerint, acriores fieri, quare si ferocem canem dominus soluerit, tenebitur si cui nocuerit, cùm illum debuerit continere, maximè cùm canis domesticis mansuetus, extraneis timendus omninò sit, & ferociat, Plutarch. *in Roman. qq.* ὀξυρὸς ἀλλοτρίοις, ἥμερος καὶ πρᾶος τοῖς συνήθεσι, quod elegans eius interpres Gallicus sic reddit, *Le chien de garde terrible aux estrangers, & doux à ceux de la maison.* Idcircò cauebant Ædiles *l. 40. 41. & 42.* (quæ in vnam compingi debent) *D. de ædilit. edict. ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, vrsum, pantheram, leonem, & generaliter aliudve quod noceret animal, siue soluta sint, siue ligata, & contineri vinculis, quominus damnum inferant non possint, qua vulgo iter fiat, ita habuisse velit, vt cuiquam nocere, damnumve dare possit.* Quare etiam priuatis ne in suis ædibus canes damnosos habeant, quà vulgò iter fit, nisi alligentur, interdiu, iuxta vias publicas etiam in vinculis habere prohibetur. Apud Petron. ad parietem cellæ ostiarij, canis catena vinctus, qui accedentes à limine terreret appictus erat, cum hac epigraphe, *caue, caue canem.* & Persi. *satyra 1.*

——Vide sis, ne maiorum tibi fortè,
Limina frigescant: sonat hîc de nare canina.
Littera, nimirum, *R.* quæ est ringentis & irritati canis.

Cauerat Solon. vt dominus canis qui momorderat, illum pro noxa daret alligatum numellæ ligneæ, quatuor cubitos oblongæ, ne scilicet ita nexus noceret. Erit verò iudicum arbitrari de culpa, vel non culpa domini circa damnum datum. Iudicium eiusmodi latum anno 1610. mense Nouembri Parisiis in Præfectura Comitis Stabuli, narrat Mornac. *in l. 1. D. si quadrup.* Cuius iudicij pars ipse fuit. Franciscanus Nouitius discerptus fuerat à canibus cuiusdam villici Bellouacensis, propè cuius villam transibat: ob eam rem villicus mancipatus carceri causam dixit, se canes reliquisse ad seruandam domum à prædonibus, cùm omnes domestici paræcianis Sacris interessent, domo ad secundum ferè lapidem dissita: quia tamen factum atrox erat, debebantque intra muros coerceri ferocissimi canes, ne transeuntibus nocerent, villicum, cuius aliundè perspecta erat innocentia, XL. solidis Parisiensib. eleemosinæ nomine erga Franciscanum Bellouacensium monasterium, mulctarunt iudices. Canes autem qui misellum discerpserant interfici in via publica iusserunt: quod ferè citra exemplum

plum contigisse existimat Mornac. nam licèt veteres animalia quibus aliqui ad scelus vsi fuerant, aut quæ nocuerant interfici voluerint, ipseque Deus bouem qui cornu percussisset virum aut mulierem, lapidibus obrui iussisset, & non comedi *Exod.* 21. quod August. *ibid. quæst.* 82. *&* 83. de omni pecore intelligit; idemque statuisset de iumento cum quo vir, mulierve coiuisset, vtrumque enim occidi præcepit, *Leuit.* 20. *v.* 15. *&* 16. & quoties vniuersalem ciuitatis hostilis destructionem imperauit, vt *Deut. cap.* 13. 16. & animalium cunctorum interfectionem comprehenderit, vt Iosue *cap.* 6. *vers.* 21. *boues quoque, & oues, & asinos in ore gladij interficite*: & Plinius dicat, se vidisse leones suspensos in Africa ex Platonis legibus, & de porcis in Burgundia testetur Vidus Papæ *quæst.* 238. de canibus id vix reperitur, nisi quidpiam valde insolitum contigisset: ait enim non ita pridem suspensum fuisse immanem molossum, vnà cum Castrodunensi muliere, quæ eo ad infandam venerem vtebatur. Verùm non meminit Mornac. annui illius supplicij, quo canes viui in furca Sambucca Romæ suspendebantur inter ædes Iuuentutis, & Summani, eo quod hoste Capitolium occupante non latrassent, teste Plinio *lib.* 29. *cap.* 4. additque Rhodigin. *cap.* 29. *lib.* 17. ex Græcis Scriptoribus in ea canum panegyri, canes verberibus cæsos, anseribus clarè vociferantibus, quibus etiam eo die sacrificabatur: quod ridet Ambros. *lib.* 5. *in hexahem. cap.* 13. *Dij tui dormiebant, & vigilabant anseres, ideóque illis diebus anseri sacrificas, non Ioui. Cedunt enim dij vestri anseribus, à quibus sciunt se esse defensos, ne & ipsi ab hoste caperentur.* Similia habet Augustin. *lib.* 2. *de ciuit. cap.* 21. Arnob. *lib.* 6. Et denique de anserum honore, & canum cruce Plutarch. *in lib. de fortuna Romanorum.* Non negarim tamen rariora fuisse canum supplicia, & neque Imperatores, neque Iurisconsultos quidquam in canes seueriùs statuisse, quæcumque ab illis pauperies facta fuerit, propter fidam sine dubio ipsorum custodiam, quos idcircò ad hominum commoditates generatos videri dixit Tull. & Strabo *lib.* 4. scribit iis in bellis Gallos vsos fuisse. De illo Ambros. *lib.* 6. *in hexahem.* Augustin. *libro de quantitate animæ, cap.* 26. de vestigiis rationis qua pollent, nullamque feram ipsis honoratiorem dixit Theocrit. idilio κβ. sed vt redeamus ad supplicium canis, qui hominem occidit, sic sancit lex Alemannica. *Si canis alienus hominem occiderit, medium vueregildum soluat dominus, et si totum vueregildum quærat, ostia omnia sua claudantur, ac per vnum ostium semper intret & exeat, & de illo liminare nouem pedes suspendatur, donec totus putrescat, & ibi putridus cadat.* Vuirgildus, qua voce vtitur capitul. Caroli Magni, *lib.* 4. *cap.* 13. 15. *&* 18. siue vueregildus, est Græcis ἀνταπόδοσιν, nobis reparatio ciuilis; ea voce vtitur quoque Romanum pœnitentiarium. Leges Edoardi Angli dicunt vueriuum, quod item dicunt leges Vuilielmi Normanni eiusdem Angliæ Regis, apud Rogerium Houedenum in Annalibus in Henrico II. Est itaque vueregildus, summa quæ propinquis præstatur luendi homicidij vel alterius criminis causâ; nam apud veteres Germanos certa pecuniæ summâ delicta æstimabantur, & ne ipsum quidem *homicidium morte luebatur, vt constat ex legibus Baiuuar. cap.* 1. *tit.* 7. *& cap.* 11. *tit.* 14. & apud Tacit. *lib. de moribus German.* vnde frequenter in illis legibus, reperimus hæc verba, *de vita compona.* Si canis igitur hominem occidisset, canis dominus vueregildum dimidium soluebat, aut si totum vueregildum aduersarij quærebant, canis suspendebatur ad limen ostij donec computresceret. Hactenus igitur de pauperie à canibus facta. Venio ad alias quadrupedes, atque etiam bestias & feras.

Quartò igitur sapienter ædilitio edicto cauetur, 11
ne quis canem, verrem, aprum, minorem vrsum, leonem, pantheram habeat, quà iter vulgo fit, alioqui si libero homini nocitum fuerit, quod bonum & æquum iudici videbitur, tanti dominus condemnabitur. Cæterarum rerum quanti damnum datum sit, dupli: ita Iustinian. *Instit. si quadrupes*, vbi additur præter has ædilitias actiones, eam quæ de pauperie est, eo casu locum habere: nunquam enim quoties diuersæ actiones præsertim pœnales de eadem re concurrunt, vna aliam consumit. Hæc porro prohibitio refertur *l.* 40. 41. *&* 42. *D. de ædilitio edicto.*

De cane iam diximus. De verre cùm nocere quoque possint verres obuiis, eadem fuit ratio prohibitionis: est autem verres porcus non castratus; castrati enim dicebantur è vetribus *maiales*, inquit Varro *lib.* 2. *de re rustica, cap.* 4. aliàs per vrbis vias Lutetiæ vagari permittebantur sues & verres, quod deinde prohibuit Rex 3. Kalend. Februar. anno 1350. quod postea Senatus innouauit 15. Kalend. Iunij ann. 1400. nam Philippus Ludouici Crassi filius, paulò ante viuo patre in Regem inunctus & salutatus, dum in suburbano Lutetiæ equitaret, equo fœminæ suis occursu pauefacto, tam graui ruina stratus est, vt paucis post horis expirarit ann. 1131. quæ omnia dabit Chopinus *lib.* 1. *de moribus Parisiens. titul.* 4. *num.* 14. Illud tamen Regium edictum, & Senatus interdictum excipiebat XII. porcos Xenodochij Antoniani κωδωνοφόρους, propter appensas campanulas, illis enim vagari per vrbem licebat, sed tandem anno 1562. prohibita fuit lutosa illa spurcities, tum occasione adultæ pestis, tum quod errantem infantulum discerpsissent, quod narrat Ioann. Lucius *lib.* 6. *tit.* 7. *placitor. Curiæ.*

De lupis cùm feri & noxij sint, mirum non est 12
cauisse ædiles ne in viis publicis occurrerent: quanta verò sollicitudo fuerit in Gallia in capiendis lupis, & de salario eorum qui cepissent de maiore lycodiocta, de rescriptis regiis, quæ vocant *Lettres de louueterie*, plura dabit Mornac. *ad l.* 42. *D. de ædilitio edicto*, vbi etiam obseruat ex Apollonij Scholiaste, capitale fuisse Athenis lupum occidere.

De vrso, panthera, leone, & aliis eiusmo- 13
di bestiis, ac feris non alendis nisi in locis clausis, siue caueis ex quibus egredi non possint, siue grandioribus syluarum septis ad viuaria ferarum, & therattophia comparata, quæ nos *parcs* vocamus; non est quod agamus hoc loco.

Quintò sequitur ex nostra propositione vni- 14
uersali, quod si vrsus aut alia fera fugerit & nocuerit, eius quondam dominus non possit conueniri; quia desinit esse dominus, vbi fera euasit, quare si feram occidi, meum erit eius corpus *l.* 1. *§. in bestiis* 8. *D. si quadrupes.* Et sanè cùm dominus iste non sit amplius dominus, quando fera facit pauperiem, quo iure conuenietur? non est autem dominus vbi cessat feram habere in sua potestate, illaque erit primi occupantis,

cupantis, *leg. 3. §. siu autem. D. de acquir. rerum domin. & §. fera, Instit. de rerum diuision.* in eoque differunt feræ a mansuetioribus animalibus, quæ aut reuertendi aut remanendi consuetudinem habent, & vbi euaserunt, facilè redeunt in nostram potestatem, neque fiunt primi occupantis, vt feræ quæ ab ipso occidente occupantur, saltem quoad corpus, quod proinde fit occidentis, vt patet in venatione, de qua aliquid dicemus, vbi de dominio, nam dominium ferarum in sola possessione naturali consistit; vnde sequitur & alia euidens ratio propter quam in hoc casu noxalis actio aduersus feræ quondam dominum, dari non possit, cùm enim noxæ dedere, si quis non habeat in potestate quod dedendum est, non possit; vrsum autem aliamve feram quæ aufugit, in potestate non habeam, illaque suam naturalem libertatem receperit, non potest dari noxalis actio aduersum me; dabitur tamen actio vtilis. Et præterea si in mea fuit potestate fera, sed non benè custodita, dabitur & noxalis, & ædilitia, nisi vt statim dicam culpa fuit eius qui damnum passus est.

15 Sextò si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit hæc actio, inquit Vlpian. *lege 1. §. 4. D. si quadrupes*, quia fera non est commota ex sua naturali feritate, sic qui irritauit canes obuios, si illis noceant, non tenebitur dominus canum, immò neque custos, vt ait Paul. *lib. 1. sentent. titul. 17.* An verò qui instigauit teneatur Aquilia, vel qui canem tenuit, dubitatum est, nam instigatorem Aquiliæ damnat Proculus, Iulianus verò eum qui tenuit, & effecit vt morderet. Quod si non tenuit, in factum agendum esse, *l. 11. §. ad l. Aquiliam.*

Verùm quid censendum erit, si non facto alterius, sed eius dolo quadrupes tua mihi nocuerit, an cessabit actio ista, *si quadrupes*; existimat Anton. Fab. *in lege 1. §. 4. D. si quadrupes*, non cessaturam hanc actionem, sed addendam actionem de dolo in dolosum *l. & eleganter 7. §. si quadrupes, D. de dolo:* vbi Vlpian. addit, si noxæ deditio sit sequuta, non dari actionem de dolo, nec in id quod excedit. Supponimus hunc dolum non fuisse in aliqua actione, sed in eo quod per fraudem omiserit quis id quod meum damnum impedire poterat, idque omninò omisit, vt mihi noceret. Tunc autem neque ille commouit quadrupedem, neque quidquam egit, ex quo facto quadrupedis causa positiua dici possit, & illam liberare à culpa si culpæ capax foret.

16 Septimò si vna quadrupes aliam concitauit, vt damnum daret, eius quæ concitauit nomine agendum erit, *lege 1. citata. §. etsi alia, D. si quadrupes*; quia sicut in hominibus, ita & in pecudibus, ea quæ damni occasionem dat, dare videatur, neque maior ratio est, cur in quadrupedem ab alia concitatam agatur, quàm si ab homine concitata fuisset, quo casu diximus cessare hanc actionem.

Hinc octauò si boues aut arietes inter se commiserint, hoc est cornibus pugnarint, & alter occisus est, voluit Quintus Mucius cessare hanc actionem, si is qui occisus est aut læsus, aggressus sit, si verò qui non prouocarat, petierit, locum esse huic actioni, & aut damnum esse sarciendum à domino occidentis, aut noxæ dedendum hunc aggressorem, qui damnum dedit aut pauperiem fecit domino, cuius quadrupes, vel occisa vel læsa fuit; & cùm vitæ ac proprij corporis tuitio naturalis sit, licuit quadrupedi prouocatæ se tueri: quare si naturali illa tuitione, se impetentem occidit, iure naturali occidit, neque ex eo capite damnum quod iustè quodammodo intulit, sarcire tenebitur eius dominus, aut quadrupedem innoxiam, noxæ dedere. Obseruat denique Mornac. *in hunc §.* eam legem fore perpetuam, vt quoties agitur de occiso, aut vulnerato, semper quæratur, quis primus prouocauerit, & aggressus sit, vt in eum cadat condemnatio.

Nonò quoties quis damno quod à quadrupede patitur, causam dedit, & maximè sua culpa, non habet hanc actionem contra quadrupedis dominum, sicut neque contra ipsam quadrupedem haberet, si conueniri posset, quod nuper monuimus de eo qui equum dolone percussit, & ab eo læsus est. Si verò culpa eius non fuit, quia neque præuidere potuit, neque debuit, ob id ex quo commota est feritas quadrupedis, dabitur actio; quo iure respondit Alfen. *in l. vlt. D. si quadrupes.* Agasonem cui mula calcibus crus fregit, cum olfecisset equum quem ille Agaso in tabernam duxerat, potuisse cum domino mulæ agere; cùm neque admonitus esset ab illo, neque eum casum præuidere potuisset; cùm tamen culpa fuisse Agasonis videatur, quare Alfeni responsum non est mihi certum. 17

Decimò siue quadrupes suo corpore pauperiem fecerit, siue per aliam rem quam tetigit, vt si plaustro vel re deiecta quempiam obtriuit, dabitur hæc actio *leg. 1. cit.* quia alioquin de ea pauperie nulla daretur actio, cùm subsidiaria in factum, quæ sola assignari posset, dari nequeat hoc casu, quia actio in factum datur tantùm ex facto hominis, & non quadrupedis, nam quod à quadrupede factum est, à domino factum esse videri non potest. Ideóque lex XII. Tabular. actionem de qua agimus, induxit, quia alioquin nulla actio quadrupedis nomine competere posset, nequidem in factum; quod nuper quoque monuimus. 18

Hactenus egimus de prima parte legis istius XII. Tabular. nempe de pauperie à quadrupede facta. Sequitur de pastu. Si quadrupes in alieno fundo pacta sit; nam pro eo pastu dominum ad damni æstimationem, aut ad noxæ dedendam quadrupedem damnat lex, vti initio retulimus, quod manifestè colligimus ex Vlpian. *l. qui seruandarum 14. §. vlt. D. de præscrip. verb. Si glans ex arbore tua in fundum meum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, agi non potest, neque ex lege XII. Tabul. de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque de damno iniuria. In factum itaque erit agendum.* Fuit igitur à Decemuiris scripta lex de iis quæ in alieno pascerentur: quare Pomponius scribit *in leg. Quintus 39. §. 1. D. ad l. Aquil.* qui alienum pecus in suo agro deprehendit, illud expellere debere, quomodo si suum deprehendisset, non occidendo scilicet, aut mutilando aut alia ratione lædendo, *quoniam si quod ex ea re damnum cœpit, habet proprias actiones*, ex lege XII. Tabul. vti omnes passim interpretantur. Denique Paul. *lib. 1. sent. tit. 17.* si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, vt aut damni æstimationem subeat, aut quadrupedem dedat: quod etiam lege Pesolonia de cane cauetur: huius legis nulla sit alibi mentio. Vides igitur in lege XII. Tabul. aliud fuisse caput de damno & pauperie à quadrupede facta, aliud de pastione in alieno agro, & ratione vtriusque datam fuisse noxalem actionem: quare si quadrupes in alienum agrum ingressa fruges perdiderit, segetes aut vuas obtriuerit, agetur de pauperie, si autem in alieno prato depasta sit, agetur de pastu. 19

Quoad

20 Quoad pastum igitur distinguendum est, vel enim pecus in meo proprio fundo fruges alienas depastum est, vel in alieno agro. Si primum contingat, datur actio in fundum, vt dicitur *in l. qui seruandarũ 14. §. si glans. D. de præscriptis verb.* vbi Aristo scribit, si glans ex arbore tua in meum fundum decidat, eamque immisso pecore depascam, non occurrere legitimam actionem neque ex l. XII. Tabular. de pastu pecoris, cùm in alieno non pascatur; neque de pauperie, neque damni iniuriæ; ac proindè non relinqui nisi actionem in factum. Si quæ enim alia competere posset, esset actio prætoria ad exhibendum. Verùm cùm glandem depastam exhibere non possim, sicut neque illam aut possidere, aut restituere; suppono enim nihil à me in ea factum esse dolo malo, dolus enim meus facit vt pro possessore haberi debeam, cùm dolo malo desij possidere, quia dolus pro possessione est, *l. qui dolo 181. D. de regul. iur.* Superest igitur sola actio subsidiaria in factum. Illam verò concedendam esse constat; quia non potest negari actio iustè rem suam repetenti. Atqui glans quæ ex arbore tua decidit in meum fundum, nunquam tua esse desiit, etiamsi eam collegerim, ita vt si pati nollem te intra proximum triduum glandem illam colligere, tibi teneri deberem interdicto de glande legenda, quod eo nomine propositum est à Prætore *l. vn. D. de glande legenda.* Glandis porrò nomen ad omnes arborum fructus porrigitur; vide Cuiaci. *in citatum titul. de glande legenda.* περὶ τῶν ἀκροδρύων, ἢ τῶν ἀκρίδων: & Lexicon Stephani à Cuiacio dissentientis in voce ἀκρίς.

21 Difficultas porrò dari potest, an si ego non immisi pecus meum ad depascendam glandem tuam quæ ex arbore tua in meum fundum decidit, ab eo tamen depasta est, quid facto sit opus: nam non poterit dari in factum actio contra me, qui nihil fecerim; talis siquidem actio non datur, nisi ex facto aliquo nascatur. Accursius dat actionem de pauperie eo casu, quod ex hactenus dictis reiicitur, & ex ipsa lege XII. Tabul. Castrensis concedit actionem vtilem de pauperie, & non directam, si nulla in eo culpa mea interuenerit, nam si culpa mea fuerit aliqua, quòd, v.g. non adhibuerim exactam diligentiam in custodiendo meo pecore, erit damnum iniuria, & dabitur actio ex l. Aquilia *l. Aquilia 44. D. ad l. Aquiliam.* tunc autem non erit facultas noxæ dedendi pecus, quia ei qui in culpa est, nunquã eiusmodi facultas permittitur, *ex l. 3. 4. & passim. D. de actionib. noxalib.* Denique dari poterit actio in factum, quod malè quidam negant, quia illa actio potest etiam cum actione damni iniuriæ consistere, vt *in l. si seruum 27. §. si quis de manu 21. in fin. D. ad l. Aquiliam.* quia is censetur malè fecisse, qui nõ fecit quod facere debuit, *l. qui non facit 121. D. de regul. iur.* Et actiones in factũ aliquando nascuntur ex non facto, & ex omissione facti debiti. Deinde quando pecus tuum in agro alieno pastum est, datur actio de pastu ex l. XII. Tabul. eadem quæ de pauperie, & eodem modo quo fuit hactenus explicata.

22 Competit hæc actio non solùm domino rei in qua pauperies facta est, sed etiam ei cuius interest, *l. 2. D. si quadrupes*; vbi Paulus affert exemplum commodatarij & fullonis, qui cùm teneantur rem commodatam, aut vestimenta polienda quæ acceperunt, restituere, in iis damnum pati possunt, quo sanè tenebuntur, ac proinde pauperies in iis facta ad illos pertinet.

Competit quoque hæredibus & successoribus, atque etiam aduersùs hæredes & successores, non iure successionis, sed quatenus domini sunt vel rei in qua pauperies facta est, vel quadrupedis quæ pauperiem fecit, *l. 1. §. vlt. D. si quadrupes.* Quod idem contingit in omnibus actionibus noxalibus quæ non dantur contra hæredes iure successionis, sed dominij, *l. penult. §. vlt. D. de noxalib. action.* Præterea in actione ad exhibendum, *l. de eo 12. §. vlt. D. ad exhibendum.* & denique in omnibus actionibus in rem, quia non datur nisi contra possessorem. In nostro verò casu cùm dominus quadrupedis nunquam fiat ditior ex damno & pauperie quam eius quadrupes alteri fecit, non debet dari in eius successorem, nisi quatenus sit dominus illius quadrupedis.

23 Quia, vt dicitur *in citata l. 1. §. 10. D. si quadrupes.* cùm noxa etiam in quadrupedibus caput sequatur, non potest hæc actio competere nisi aduersùs dominum, cuius est pecus, siue eius etiam fuerit cùm noceret, siue alterius; quia solus possessor noxæ dedere potest: cùm plurium dominorum est animal quod nocuit, aduersùs quemque illorum in solidum dabitur noxalis actio, *l. 1. §. si commune. D. si quadrupes.* quod monuimus alibi; ita tamen vt si conuentus damnetur, habeat actionem, vt quidquid sociorum nomine contulerit, recuperare possit.

24 Cessat & extinguitur hæc actio si animal quod nocuit decesserit ante litem contestatam *l. 1. §. plures*, quia nullum corpus est, quod pro noxa dedi possit: nam, vti nuper monuimus, animal viuum noxæ tradi debet, non tamen liberatur dominus quadrupedis mortuæ, sed in illum dabitur actio vtilis. Quod si animal illud ab alio fuerit occisum post litem contestatam, cogetur dominus cui competit actio damni iniuriæ aduersus occisorem *ex l. Aquilia*, vel damni æstimationem tradere, vel actionem legis Aquiliæ in vicem quandam animalis dedere, ideóque perseuerat actio noxalis, aut aliquod quod animalis loco noxæ dedatur. Sicut igitur viuente quadrupede cogeretur dominus, vel illã noxæ dedere, vel damni æstimationem soluere; ita in nostro casu vel idem damnum æstimatum reparabit, vel actionem Aquiliæ in vicem quadrupedis occisæ cedere noxæ debebit, vnde fiet, vt actor omninò totam damni sibi illati æstimationem accipiat, siue à domino quadrupedis, siue ab eo qui ipsam post litem contestatam occidit.

Ad extremum pro aliis animantibus non quadrupedibus quæ damnum intulerint, pro quibus non datur actio noxalis, dari vtilem nuper diximus, ex *l. pen. D. si quadrupes.*

ARTICVLVS IV.

De damno iniuria *ad l. Aquiliam.*

Status quæstionis. 1.
Quænam sit lex Aquilia. 2.
Primum caput legis Aquiliæ de occisione serui alieni. ibid.
Et quadrupedis pecudis. 3.
Quinam ex eo capite teneantur lege Aquilia. 4.
Quinam ex eo capite non teneantur. 5.

Secundum caput legis Aquilia.6.

De damnis in aliis rebus quam seruis, & quadrupedibus pecudibus.7.

Primum damnum in adibus, parietibus, & villis. ibid.

Secundum damnum in fundo, sylua, & segete.8

Tertium damnum in frumento, & vino.9.

Quartum damnum in naue, aqua, aquaductu. 10

Quintum damnum in tabulis, & instrumentis. 11.

*Sextum damnum in cateris rebus.*12.

Casus in quibus hac actio non datur, sed alia quapiam. 13.

Quibus competat hac actio. 14.

*Aduersus quos detur.*15.

*Quid & quantum in hac actione veniat.*16.

De aliis actionibus qua dantur loco Aquilia. 17.

DIstinximus *cap.*1. huius libri, *articulo* 2. duplex damnum, quorum vnum infertur sine culpa inferentis, cùm qui illud infert non sit capax culpæ committendæ, & ius aliquod violandi. Aliud damnum infertur culpâ & damno hominis illud inferentis, ac proinde nullo iure, & idcircò dicitur damnum iniuria: generaliter siquidem iniuria dicitur, quod non iure fit, vt monet Imperator, §. *generaliter. Inst.de iniur.* cuius generalis iniuriæ species deinde ibidem assignat, nimirum *ὕβριν*, contumeliam à contemnendo dictam. Deinde culpam quam Græci *ἔγκλημα* vocant, denique iniquitaté & iniustitiam *ἀνομίαν ἢ ἀδικίαν*, vt cùm Prætor, aut Iudex non iure contra aliquem pronuntiat. Itaque tres sunt ex Iustiniano species iniuriatum; contumelia, culpa, iniustitia. Ad secundam speciem, siue culpam refert damnum iniuria, de quo in lege Aquilia, siue illud cum contumelia, siue cum iniustitia fiat, siue non, quia cùm culpa fiat, non iure, ac proinde iniuria est ex generali iniuriæ significatione, quam tradidit etiam Vlp. *l.*1. *D. de iniuriis*, & Paul. *tract. singulari de iniuriis, in collectaneis. tit.*2. & *in l. Aquilia* iniuriæ voce, culpa, intelligitur, *l.*1. *D. ad l. Aquil.* quamquam in ea lege non modò culpa, sed multò magis dolus iniuriæ nomine contineatur. Hæc porro iniuriæ diuisio non videtur accurata & ad Logicæ leges, quare etiam ipsi Iurisconsulti alias sæpius assignarunt, apud quos bipartitam esse diuisionem existimauit Hotman. *in Instit. de iniuriis*, vt alia bonis inferatur, alia dignitati, eóque pertinet iniuriæ dafinitio tradita ab Authore ad Herenn. apud Ciceron. *Iniuria est qua aut pulsatione corpus, aut conuitio aures, aut turpitudine vitam alicuius violat.* Hinc triplex illa iniuria, de qua lex Cornelia lata est, vna quæ corpori, altera quæ auribus, tertia quæ dignitati alicuius infertur, quas tamen omnes species vno contumeliæ nomine designauit Iustinianus; neque istæ species ita distinctæ sunt, vt sæpiùs in eundem actum & facinus non incurrant: nam si quis in domini contumeliam alieno seruo nasum, aut aures amputet, iniuria simul & bonis & dignitati infertur, & contumeliæ iniuria miscebitur. Vnde Pacuu. in Peribœa apud Non. *Patior facilè iniuriam si vacua à Contumelia.* Paul. *in collectaneis. Iniuria fit vel in corpore dum cadimur, vel verbis dum conuitium, vel dum dignitas laditur, vt cùm matrona comites abducuntur.* De contumelia egimus superioribus capitibus vbi de iniuriis corpori, vel famæ & dignitati alterius illatis disputatum est, sequitur vt agamus de damnis quæ propriè significant rei alienæ corruptionem, & deteriorationem, vti dicebamus *cap.*1. *art.*2. Damnum vero illud vel infertur sine culpa, quia illud inferens eius capax non est, vt quadrupes, de eo disputatum est ait culo proximo, vbi explicuimus *l. si quadrupes:* restat agamus de damno quod fit cum culpa & dolo illud inferentis, diciturque damnum iniuria; quæ est præcisa locutio pro, damni iniuria dati. Sic Tull. *pro Quinto Roscio; Lite contestata iudicio damni iniuria constituto:* &, *Cùm lis contestata cum Flauio damni iniuria esset.* Fortassis etiam posteriores Iurisconsulti dixerunt damnum iniuriæ, pro ex iniuria, sicut damnum incendij, naufragij, pro ex incendio, vel naufragio. Sic actio familiæ erciscundæ, finium regundorum. Verùm hæc disputatio grammatica, leuis admodum momenti est: vnum tamen obiici potest, cur furtum, de quo diximus *art.*1. distinguamus à damno iniuria dato, cùm nemo furari, aut rapere possit, nisi damnum iniuria inferendo. Respondet Hotman. & alij, damni nomine hoc loco intelligi ea damna quæ proprium nomen non habent, quale tamen habent furtum, & rapinæ. Deinde quia furtum & rapina sine fraude & dolo fieri nequeunt; hæc autem damna etiam optimo animo ac studio afferuntur, etiamsi aliqua culpa adfuerit. Denique quia, vti *c.*1. obseruauimus *art.*2. furtum & rapina dicunt rei alienæ amotionem, damnum verò solam corruptionem, vel deteriorationem, quamuis in vniuersum damnũ sit quæcunque patrimonij diminutio, *l.*3. *D. de damno infecto.*

2 De damno igitur iniuria dato legem tulit C. Aquilius Gallus, Tribunus plebis, quam populus Romanus rogatus probauit; vnde & plebiscitum eam nominat, quod aliàs monuimus, Vlp. *l.*1. *D. ad l. Aquiliam.* Quis verò fuerit hic Aquilius, & quo tempore legem illam tulerit, non constat. Fuit autem huiusmodi hæc lex, vti refert Hotman. *lib. de Roman. legib. Qui seruum, seruamve, alienum, alienamve, quadrupedemve pecudem iniuria occiderit: quanti id eo anno plurimi fuit, tantum as dare domino, damnas esto. Caterarum rerum prater hominem, & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod vsserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum as domino dare, damnas esto.* Huius legis videtur meminisse Cicero in Bruto; *Atque eodem tempore accusator de plebe L. Casidenus fuit, quem ego audiui iam senem cùm à L. Habetio mulctam l. Aquilia de iustitia petuisset:* vbi legendum omninò videtur, *damni iniuria*, non, *de iustitia.*

3 Hanc legem bipartitam facere possumus. Prima pars agit de occisione alieni serui, vel pecudis quadrupedis. Secunda seruorum, pecudúmve vulnera, cæterorumque animantium cædes & detrimenta quibusvis in rebus quoquo modo facta vindicat.

Quod igitur attinet ad primũ caput, quicunque alienum seruum, alienamve quadrupedem pecudé iniuria occiderit, tenebitur hac lege, & aduersùs eum agetur actione legis Aquiliæ, vt damnetur ad subeundam pœnã quam ea imponit, de qua statim. Est verò in primis obseruandũ cũ Caio *l.*2. *D. ad l. Aquil.* seruos & quadrupedes exęquari, cũ enim serui nõ minus in patrimonio nostro sint, quàm pecudes, vbi de patrimonij dãno, & diminutione agitur, tã enim
finitũ non est in vtrisque parẽ rationem institui, tã

enim

enim opes nostræ vnius seruuli morte minuuntur, quàm equi; immò & minus aliquando serui vilioris interitu, quàm equi generosioris, quare serui & quadrupedis occisio æquali pœna plectuntur hac lege. Deinde iure ciuili serui pro nullis habentur potius, quàm pro mortuis *l. quod attinet* 32. *D. de regul. iuris*, quia non habent caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. & l. 4. D. de capite minut.* non malè igitur quadrupedibus æquantur. Hæc vero cædes facta esse debuit iniuria, siue nullo iure, hoc est, vt ait Vlpian. *l. 5. §. 1. D. ad l. Aquil.* sua culpa, etiamsi nocere noluerit, quia nempe non cauit, quod cauere debuit, & potuit. Debuit igitur datum esse damnum, & cum iniuria, siue culpa dantis, vt explicat ipse Vlpian. *l. si quis* 49. *D. eod.* Sufficit porrò culpa etiam leuissima, quod disertè affirmat Vlpianus *l. 44. D. eod.* propter necessitatem enim huius legis, culpam, quam illa requirebat, etiam leuissimam sunt interpretati prudentes iuris, ex quorum sine dubio mente loquutus est Vlpian. Neque caret ratione hæc interpretatio; cùm enim quæcunque culpa extiterit, semper verum sit damnum datum esse iniuria, & culpa alterius, quod proinde debet æstimari, quatenus alicui nocitum fuerit; iustitiæ enim ratio non ex quantitate, sed ex suis regulis æstimanda est: nam quod aliis vilissimum videtur, aliis pretiosissimum est, inquit *Neu. 63.* quamquam huic regulæ temperamentum aliquod adhibendum esse moneat, & afferat Tiraq. *de pœnis temperand. causa 14. & 15.* Verùm quod attinet ad l. Aquiliam de qua disputamus modò, ea non exigit nisi culpam leuissimam, neque saltem leuem requirit, quare Antonius Faber in hanc *l. 44.* retractauit quæ dixerat *decade 76. in errore 7.* in lege Aquilia non æstimari culpam leuissimam, quia hic locus tunc illi non occurrebat, qui est in toto iure singularis, ait tamen excipiendam esse causam *l. liber homo* 54. *D. de acquir. rer. domin.* nam si liber homo mihi seruiens damnum dederit, culpam ab eo debeo exigere grauiorem, neque tam leuem, quàm ab extraneo.

His obseruatis facilè fuerit definire quonam ratione serui alieni, vel quadrupedis occisi, teneantur Aquilia, quive non teneantur.

Tenetur primò is qui seruum, ancillam, vel quadrupedem alienam iniuria, & sua culpa cæcidit, *l. si seruus 3. D. ad l. Aquil. & Instit. de lege Aquilia.*

Secundò si obstetrix medicamentum dedit quo ancilla perit, quod ita distinguit Labeo *l. 9. D. ad l. Aquil.* vt velit illam suis manibus dedisse tale medicamentum, nam si dederit mulieri, vt illud ancillæ offerret, non occidit, sed mortis causam præbuit, quod non sufficit vt sit locus Aquiliæ *l. qua actione 7. §. Celsus. D. eod.* qua eadem de causa dixit Celsus *§. citato*, non teneri Aquilia qui gladium furenti porrexit. In vtroque tamen casu dabitur actio in factum, ne deficientibus verbis legis Aquiliæ, quod inde sequitur, deficiat eius actio, & proinde crimina maneant impunita, ideò dabitur actio in factum: in lege autem Cornelia *de sicariis*, nihil interest an quis occiderit, aut mortis causam præbuerit, effectu sequuto, *l. nihil 15. D. de sicariis.* Porrò de obstetricum mendaciis, perfidia, maleuolentia, & fraudibus, ac malis artibus, & inscitia, vide *cap. si quælibet* 22. *quæst.* 2. Ambros. *lib. 8. epist.* 68. August. *lib.* 1. *cap.* 18. *de ciuit.* Cuiac. *lib.* 17. *obseruat. cap.* 27. De poculis verò & medicamentis ad procurandum aborsum, siue fœtus animatus, siue inanimatus sit, Græci dicunt *παιδίον ἐξεικονισμένον*, effigiatum, vel *ἀκατέργαστον* imperfectum, nondumque animal, vti obseruat Cuiac. *lib. 19. obseruat. cap. 9.* diximus vbi de homicidio, illud enim vtroque casu reperitur; saltem vt loquitur Tertullian. præfestinatum. Eòdem referebam *libidinosas crudelitates, & libidines crudeles quas sibi indulgent, & ipsi coniuges, vt sterilitatis venena procurent*, vt loquitur August. *lib. 1. de nuptiis, c. 15.* Hæc medicamenta, quibus fœtus in vtero necantur & abiguntur, Synod. Ancyrana. *can.* 21. nominat *φθόρια*, corruptiua, dicuntur quoque *ἐκβόλια*, à Dioscorid. *lib. 2. cap. 80.* *ἐκβάλλειν τῶν ἐμβρύων τεθνηκότων.* Idem *lib. 5. cap. 59.* meminit cuiusdam vini abortiui: *φθόριος ἐμβρύων οἶνος*, & Plin. *lib.* 14. *c.* 16. de vino scammonite; *Hoc vinum phthorium vocant, quoniam abortus facit.* Hæc verò medicamenta & vina sæpius propinari solent ope obstetricum, sunt enim, vt loquitur Dioscorid. *lib. 4. cap.* 180. *ἐκβολίοις χρώμεναι*, veneficiis vtentes, quibus abortum faciant. Illarum industria vsam fuisse Eusebiam reginam aduersus Helenam sororem Constantij, Iuliani Cæsaris coniugem, scribit Ammian. *lib.* 16. vt semper illa immaturum partum abiiceceret. Aliis quoque fraudibus vtuntur, nam cùm Helena marem genuisset in Galliis, mercede corrupta obstetrix, vmbilicum plus æquo præsecuit. Addunt, & alias fraudes vt infantem sanguinolentum, & prodeuntem enecent; sed de his abortionis poculis, vide quæ diximus *in lib. de irregularitate, c. 4. q. 1. consectar. 2.* & Expilliæum *in suis arrestis*, c. 4. Certum est has obstetrices quæ eiusmodi pocula propinant, ex quibus vel mulier, vel fœtus perierit, teneri lege Aquilia, vti diximus.

Tertiò idem dicitur de eo qui per vim, vel suasu alicui medicamentum infudit vel ore, vel clystere, vel malo veneno vnxit, *l. 9. §. si quis per. D. ad l. Aquil.* quod idem côtingit si medicus medicamento perperam fuerit vsus, & seruus mortuus fuerit, *l. 8. D. eod.* vt & si seruum imperitè secuit, vel si peritè secuit, sed curationem reliquit, vnde obiit, *l. 8. cit.* Quam verò periculosa sit ægrotis medicorum tum imperitia, tum negligentia, pluribus illustrat Mornac. *in l. illicitas 6. §. sicuti. D. de officio præsidis*: & *l. 7. §. si medicus*, & *l. 8.* & *l. 9. §. si quis per vim. D ad l. Aquil.* vt mirum non sit eos si quid ex ea causa peccarint, puniri, & si mortem alicui crearint teneri lege Aquilia. Plura etiam Senatusconsulta in imperitos eiusmodi Medicos, Chirurgos, & Agyrtas Compitales, adducit, sufficiat illud Plinij *lib. 29. c. 1. fin. In hac artium sola euenit, vt cuique medicum se professo statim credatur, cùm sit periculum in nullo mendacio maius: non tamen illud intuemur: adeo blanda est sperandi pro se cuique dulcedo. Nulla præterea lex quæ puniat inscitiam capitalem, nullum exemplum vindictæ. Discunt periculis nostris, & experimenta per mortem agunt: medico tantum hominem occidisse impunitas summa est.*

Quartò si quis id quod sustinet, dimittit, eoque seruus alienus, vel quadrupes occidatur, tenetur Aquilia *l. si plagis 52. §. in cliuo.*

Quintò si de ponte vel ripa seruum alienum aut quadrupedem præcipitauit, si puerum saxo illisit *l. 7. §. sed si quis, D. ad l. Aquil.*

Sextò qui foueas ad capiendas feras & bestias fecerit, in quas seruus, vel quadrupes incidit, & perit, reus est legis Aquiliæ nisi fecerit in iis locis in quibus fieri solent, aut denuntiatum fuerit vt præcauerent, aut seruus id scire, aut præcauere potuerit, *l. qui foueas, D. ad l. Aquil.*

Septimò si laqueos posuit in quos vicini pecus incidit, *l. quemadmodum 29. D. eod.*

Octauò si pecus alienum fugauit, vt præcipitaretur, *l. nam si 5. D. de furtis.* & *§. cæterum. Inst. de lege Aquilia.*

Nonò si pecus alienum plus iusto onerauit vt rumperetur, *l. si pecus 27. §. etsi mulum. D. eod.*

Decimò si quis plus iusto oneratus onus in seruũ alienum excussit, eumque occidit, vel lapsus seruum onere oppressit, vel ex iniquo pondere, vel quia per lubricum negligentius incedebat, *l. qua actione 7. §. sed & si quis, D. ad l. Aquiliam.* atque hi omnes rei cædis alieni serui, aut quarupedis, quam sua imperitia, negligentia, aliave aliqua culpa causarunt, lege Aquilia tenentur.

Vndecimò qui impetum equi vel muli propter imperitiam, vel infirmitatem retinere non potest, seruum, vel equum alterius oppressit, reus est Aquiliæ, *l. idem iuris 8. §. mulionem. D. de lege Aquilia. §. impetit. Inst. eod. tit.* Porrò interest an seruus anniculus, aut grandior sit occisus. *l. Neratius 23. §. si infans. D. ad l. Aquil.* an seruus valens, an debilis, & ægrotus, etiam leui percussione perierit, *l. 7. §. sed et si quis. D. eod.* an seruus hæreditarius, vel alius quispiam, *l. liber homo 13. §. si seruus. D. eod.*

Duodecimò si protectum meum, quod nullo iure habebam supra domum tuam, rescidisti, agam tecum Aquilia, quia debuisses prius mecum de hoc iure agere, & æquum non est me damnum pati rescissis à te meis tignis, *l. quemadmodum 29. §. 1. D. ad l. Aquil.* secus erit in intercisione aquæductus, qui per alienam domum citra seruitutem ducitur; poteris enim illum intercidere, ex Diui Seueri rescripto.

Decimotertiò si equa prægnans pascens in alieno, vehementius eam abegit, illaque fœtum eiecit, qui expulit tenetur Aquilia, quia equam eiiciendo rupit, qui enim pecus alienum in suo fundo offendit, debet & eodem modo expellere atque si suum deprehendisset, & abigere sine damno, atque dominum monere vt illud recipiat, *l. Quintus 39. D. eod.* idem dicendum de apibus meis quæ ad tuas aduolarunt, si tu cum damno meo eas excusseris, *l. si seruus 27. §. si cùm apes.*

5 E contrario verò non tenetur primò qui sui defendendi causâ occidit, *§. iniuria, Inst. de lege Aquilia. l. itaque 4. D. ad l. Aquil. l. scientiam 45. §. qui cùm aliter, D. ad l. Aquil.* Sic qui latronem insidiantem occidit, qui gladio se petentem, modò tamen eum à quo petebatur, occidat, & non alium quempiam, vt si dum lapidem in aduersarium iacit, alium quempiam prætereuntem percutiat, & id faciat defendendi, non vlciscendi sui causa, vt aie eadem *l. 45.*

Secundò qui seruum alienum in adulterio deprehensum occiderit, *l. qui occidit 30. D. ad legem Aquil.* nam per *l. Iuliam de adulteriis*, id licet marito, *l. marito 24. D. de adulter.* Quod verò fit lege permittente; extra iniuriam & culpam est, cùm iuris executio non habeat iniuriam, *l. iniuriarum 13. §. 1. D. de iniuriis.*

Tertiò magistratus qui aduersùs resistentem violentius aliquid egerit, non tenetur Aquilia, *l. quemadmodum 29. §. pen. D. eod.* nam licèt magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, possint Aquilia teneri, vt ait *§. cit.* vt si pignori pecudes cepit, & fame eas necauit, cùm non passus est eis cibaria ministrari, datur in illum actio in factum, & si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege cepit, resque tritas & corruptas reddit, tenebitur Aquilia, quia licèt sine culpa pignora vel detrita, vel amissa fuerint, sua tamen culpa pignora cepit; eaque culpa causa est ob quam deinde deperdita, vel corrupta fuerint. Similiaque alia exempla possent afferri, quorum omnium illa ratio est, quòd nefas sit magistratibus, qui cum imperio sunt, quidpiam iniuriosè facere, ne vnde iura nascuntur, inde sumatur iniuriarum occasio, *l. magistratibus 32. D. de iniuriis, & l. meminerint 6. C. vnde vi.* Licet tamen illi vim allatam ab eo qui eius imperio resistit, alia vi repellere, & iniuriam quam patitur, propulsare; sapienter enim Paul. *in l. quod reipublicæ 33. D. de iniuriis. Quod reipublicæ vindicandæ causa secundùm bonos mores fit, etiamsi ad contumeliam alicuius pertinet; quia tamen ex mente magistratus facit non vt iniuriam faciat, sed ad vindictam maiestatis publicæ respiciat, actione iniuriarum non tenetur.* Idem dicimus de actione legis Aquiliæ, qua non tenetur dum sibi resistentem repellit violentiùs, & cadit.

Quartò qui casu occidit, sed sine dolo & culpa, non tenetur Aquilia, *§. iniuria. Inst. de lege Aquil.* vnde colliges quid in casibus singolaribus sentiendum sit. Primò si quis dum iaculo ludit, aut exercetur, traiecerit seruum tuum, distinguendum est; nam si miles dum exercetur in campo id præstiterit, non tenetur Aquilia, secus si in alio loco id fecerit, quia debuit cogitare periculum prætereuntium. Vlpian. *l. item si 9. in fin. D. eod.* & in primo casu non debuit seruus per iaculatorium campum transire, suæque imprudentiæ suam cædem tribuere debet, si tamen quis data opera in eum iaculatus sit, tenebitur Aquilia, quia tunc culpabiliter, & iniuria occidit. Deinde si alios quispiam quàm miles in loco militum exercitationi constituto iaculans, seruum occidit, tenetur, v.g. studiosus aliquis in eum locum vbi milites ferreis fistulis exercendi se causa vti consueuerunt, fistulam quoque ferream experiundi causa detulit, & explosit, atque casu præsentem seruulum occidit, reus erit, quia sua culpa occidit, & seruo tribui non potest quod sibi non cauerit in eo loco in quo neminem, à quo talia pericula nascuntur, videsat.

Secundò sutor seruum tuum docebat, & quod grauiùs in faciendo opere peccasset, formâ calcei caput eius percutere cœpit, & casu cùm puer caput obuertisset, tempus eius attigit & puerum occidit: quæritur an sutor reus sit, & an sua culpa occiderit, quia culpa est non cauere quod caueri debuit, ac potuit. Atqui sutor cauere non potuit, quominus, cùm alteram capitis partem peteret, illam puer obuerteret. Aliunde tamen videtur sutor cauere potuisse ne id accideret, si alterum membrum quàm caput percussisset. Itaque tota difficultas erit, an culpa sit, non præuidere posse aliquid facile præter opinionem accidere. Ibi Hotman. *in citat. §. iniuria. Inst. de lege Aquilia*, obseruat quandam Iurisconsultorum acutam, & fugacem, vti appellat, subtilitatem, ponunt enim medium aliquod inter iustũ & iniustum, quia quidpiam neque iustum est, quia illud ius, & leges non præscribunt: neque iniustum, quia non prohibetur à lege; quia tamen magis ab iniusto remotum est, propius ad ius accedit, cùm ius non sit tantum quod leges iubent, sed etiam quod non vetant. Hæc igitur cædes de qua loquimur, neque iusta est, neque iniusta, ac proinde non punitur.

Tertiò de putatore qui deiecto ramo ex arbore seruũ transeuntẽ occidit; Respõdet Imperator, si ramũ ex arbore secundum viam publicam deiicit, nisi

procla

proclamauerit, damnum præstat & culpabilis est, teneturque Aquilia, quod etiam dixit Paulus *l. si putator* 31. *D. ad legem Aquil.* Si autem putator proclamauit, neque alter curauit cauere, aut si seorsum & à via, vt in medio fundo sedebat, licèt non proclamauerit, extra culpam est, quia eo loco sedebat in quo nulli extraneo ius fuerat versandi, inquit Imperator.

Quartò cùm quidam pila luderet, eam vehementius percussam in tonsoris manum impulit, & sic serui qui tondebatur gula præcisa est, de hoc casu egimus alias, & distinximus, vt distinguitur *in l. Mela* 11. *D. eod.* Si enim tonsor tondebat vbi ex consuetudine ludebatur, aut vbi frequens transitus erat, culpa tonsoris erit, quamquam & queri de sa debet qui tonsori in periculoso loco sellam habenti se commisit, ludentis etiam culpa est si lusit in eo loco vbi non erat consuetum.

Quintò complures pila ludunt, & ex illis vnus seruulum, cùm pilam excipere conaretur, impulit & prostrauit, quo casu sibi crus fregit. Respondit Alphenus non posse agi lege Aquilia aduersùs eum qui seruum impulerat, quia casu magis quàm culpa id totum factum erat, *l. si plagis* 52. *§. fin. D. ad legem Aquil.*

Sextò in colluctatione & pancratio si pugil vnus alium occiderit, quia certamen fit gloriæ, non iniuriæ causa, non habet locum Aquilia, nisi vel cedentem vulnerauerit, aut si non in certamine letuum occiderit, *l. qua actione* 7. *§. si in colluctatione. D. eod.* de periculosis huiusmodi agonibus, & hastiludiis, vide Mornac. *in hanc legem*, nósque *lib.* 4. *cap. de ludis*, nonnulla obseruauimus. In illo verò §. *citato*, excipiuntur serui quorum occisio, culpabilis erit, quia in illo certamine non solent serui ludere, nisi id faciant committente domino, qui seruo suo quodammodo vices suas committit. Quàm vero imperite ex istis colligunt nonnulli duellorum æquitatem, eaque Romanis probata fuisse, docent Mornac. & Anton. Fab. *in hanc legem.*

Septimò tabernarius in semita noctu lucernam supra lapidem posuerat, quam quidam præteriens sustulit, quem consequutus tabernarius fugientem retinuit, vt lucernã redderet, illeque flagello, quem manu gestabat, in quo erat dolon, tabernarium verberare cœpit, ortaq; maiore rixa, tabernarius ei oculum effodit, consultus Alphenus respondit culpam esse penes eũ qui prior flagello percussit, & nõ penes tabernariũ qui proinde lege Aquilia minimè tenebatur, *l. si ex plagis* 52. *§.* 1. *D. ad legẽ Aquiliã.*

Octauò cùm duo stramenta ardentia transilirent, concurrerunt, ambóque ceciderunt, quorum vnus flamma combustus est; nihil eo nomine potest agi, si non constat vter ab alio euersus sit, *l. scientiã* 45. *§. cùm stramenta, D. ad legem Aquil.* Et sanè quoties nihil sine captione inuestigari potest, semper eligendũ est, quod minimum habet iniquitatis, *l. quoties nihil* 200. *D. de regul. iur.* Minus auté iniquum est nocenté absolui, vel impunitũ remanere, quàm innocentem damnari, *l.* 5. *D. de pœnis.*

Nonò si quis per errorem venenum pro medicamento, & gladium furenti porrexit, quia is non occidit, sed causam mortis dedit, nõ tenetur Aquilia, sed actione in factum, vt ait Celsus *l. qua actione* 7. *§. celsus. D. ad l. Aquil.*

Decimò si quis non mortiferẽ vulnerauit alium qui deinde casu fortuito periit, aut sua negligentia, nõ datur actio Aquil. *l. hinc scriptura* 15. *§. si seruus. D. ad legẽ Aquil.* & *l. qui occidit* 30. *§. fin. D. eod.*

Atque hactenus explicatum habemus primum 6
caput legis Aquiliæ de cæde serui alieni, vel quadrupedis. Secundum caput, vt monet Vlpian. *l.* 5. non constat: superest igitur tertium caput quod est, de damno dato in seruo alieno, vel quadrupede, atque in aliis omnibus rebus alterius, quas corrumpimus, vel deteriores reddimus, aut etiam destruimus, si enim hæc omnia iniuriâ, & cum culpa fiant, dabitur actio legis Aquiliæ.

Primò igitur qui seruum alienum, aut eam quadrupedẽ, quæ in pecudum numero est, vulnerauit, atque etiam iniuria occidit, reus est Aquiliæ, *§. capite tertio, Inst. de lege Aquilia.* Itaque non modo seruorum & pecodum vulnera, sed etiam reliquarum bestiarum occisiones, & cætera omnia damna continentur hoc capite, vt habet *§. citatus*, & *l.* 29. *§. ex hoc. D. eod.*

Secundò, si hominem non occideris, vel pecudem, sed vsseris, fregeris, ruperis, teneberis lege Aquilia *l. si seruus* 27. *§. si quis igitur. D. ad legem Aquiliam.*

Tertiò, si quis ancillam immaturam stuprauit, *l. si stuprum* 25. *fin. D. de iniuriis.*

Quartò si ancilla, vel equa pugno percussa eiecerit, fœtũ scilicet, *l.* 27. *§. si mulier. D. ad l. Aquil.*

Quintò si boues alienos in angustum locum coëgisti, indeque factum vt eiecerint, *l. boues* 53. *D. eod. l. Quintus Mutius* 39 *D. eod.*

Sextò si puerum alienum saxo allisit, *l. qua actione* 7. *§. sed si quis de ponte. D. eod.*

Septimò si canem quis irritauit vt alium morderet, *l. item Mela* 11. *§. item cum eo. D. eod.* atque hanc actionem concedit Proculus, quamuis non tenuerit eum in quem canem irritauit. Negat Iulianus si non tenuit, sed vult in factũ agendũ esse.

Quoad damna in cæteris rebus iniuria, quamuis sine dolo, & culpa lata, non tamen sine culpa aliqua, modò explicato, diuersa omnino sunt pro diuersitate rerum in quibus nocere possumus aliis. Pauca quædam summa capita enumerabimus, primum genus est eorum quæ in ædibus, parietibus, & villis patimur.

Primò igitur si quis domum, vel villam alienam 7
incenderit, *l.* 2. *C. de lege Aquilia.* Secundò si eius domus, aut villæ aquam aliò deriuaueris, *l.* 2. *cit.* Tertiò si arbustum meum incenderis, *l. si seruus* 27. *§. item si arbustum. D. ad l. Aquil.* & *§. si quis insulam. ead. l.* vbi additur quod si ignis ad insulam vicini peruenerit, teneberis & vicino, & mihi Aquilia. Consentit *l. qui occidit* 30. *§. in hac actione. D. eod.* Quartò si quis ædificij mei fores effregeris, aut ipsum ædificium diruerit, *l.* 27. *§. si quis ædificij. D. ad l. Aquil.* Quod verum quoque erit si quis diruta aliena domo, in eo loco balnea extruxit, *l. qui domum* 50. *D. eod.* Quintò si perquirendis metallis, vel marmoribus mearum ædium fundamenta labefactaueris, *l. quosdam* 6. *C. de Metallariis:* licebat tamen eruere è priuatorum locis, hac lege, vt decima fisco, decima locorum domino præstaretur, reliquum sibi haberet fossor ἐνὴ κότον. ita *l.* 3. *C. eod.* & *l.* 11. *C. Theodos. eod. titulo*, nõ tamen sub alienis ædificiis effodere permittebatur *citata l. quosdam.* Sextò qui idoneum parietem sustulit, vnde domus ruina, vel vitium sequutum est, *l. scientiam* 45. *§. fin. D. ad l. Aquil.* non tamen si tuæ ædes ruinosæ in meas inciderint, quia nulla culpa tua est, teneberis Aquilia, *l. euenit* 6. *D. de damno infecto.*

Secundum genus damnorum datur in fundo, sylua, & segete. Primò igitur qui ignem in alienam

sylnam immiserit, vel eam exciderit, dabitur in illum actio legis Aquiliæ, *l. 1. C. de lege Aquilia*, sicut etiam si arbustum incenderit, *l. servum 27. §. item si arbustum, D. ad legem Aquiliam.*

Secundò si lolium, vel auenam iniecit in segetem quo eam inquinaret, *l. 27. citata. §. inquit lex.*

Tertiò si oliuam decerpsit, segetemve, sylnamve desecuit, vel alios fructus & arbores *l. 17. citata. §. si oliuam*; vbi tamen requiritur vt oliua & seges sint immaturæ, vuæ verò crudæ, nam si maturæ sunt, cessat Aquilia, nulla enim tunc tibi fit iniuria, cùm etiam impensas ad oliuarum, segetis, & vuarum collectionem necessarias tibi donauerit, quod si hæc omnia iam decerpta & collecta interceperit, furti tenebitur. Idem dicendum est circa sylnam cædnam, nam si immaturam defregit, tenetur Aquilia: si maturam intercepit, furti reus erit, sicut si arbores cæsas sustulit. Denique si vuas maturas proiecit vt effunderentur, legis Aquiliæ actione conueniemr. Ratio omnium istorum est, quia damnum infertur cùm subtrahitur spes oliuarum, segetum, & vuarum maturatum, quamuis enim multis ex causis spes illa fallere possit, illud tamen certum est fieri non posse vt oliuæ, segetes, & vuæ decisæ ante maturitatem, deinde maturescant, & fructum speratum reddant; spes autem in lege Aquilia venit in æstimationem, *l. Neratius 23. D. eod.* idem dicitur de saliceto, *ead. l. 27. §. 27.*

Quartò si quis fructus alienos depauit, poteris aduersùs eum agere lege Aquilia, *l. vlt. C. de lege Aquilia*; quamquam & hoc casu detur actio in factum *l. qui seruandarum 14. §. fin. D. de præscript. verb.* & actio quoque ad exhibendum, *l. Iulianus 9. §. glans. D. ad exibendum.*

9 Tertium damnum datur in frumento, & vino. Primò si quis vinum alienum conspurcauit, effudit, acetum fecit, aut alio modo vitiauit, *l. si seruus 27. §. cum eo planè, D. ad legem Aquiliam.* quamquam & eadem *l. §. fin.* datur actio in factum ex Labeone in tectorem qui lacum vino plenum curandum & incrustandum conduxit, & eum pertudit, ita vt vinum sit effusum; quia vinum non est effusum nisi vitiò cisternæ percusæ, & malè incrustatæ, actio vero legis Aquiliæ requirit damnum immediatum, & datum corpore.

Secundò si quis milium, vel frumentum alienum in flumen effuderit, *citata l. 27. § item si quis milium.*

Tertiò si quis alieno vino vel oleo quidpiam immiscuit quo corruptum sit, *l. 27. § cum eo planè, & §. capite tertio, Inst. de lege Aquilia*: v. g. si frumento arenam miscuit, *l. 27. §. si quis frumento.*

Quartò qui frumentum aut vinum alienum consumpsit, datur in eum vtilis actio, non legis Aquiliæ, cuius tertium caput non est de quolibet damno iniuria dato, sed de vsto, fracto & rupto, in quibus non continetur quod consumptum est, ideoque ad vtilem actionem recurrendum est, *l. qui occidit 30. §. 2. D. ad l. Aquil.*

10 Quartò damnum datur in naue, aqua, & aquæductu. Primò si quis aquam aliò deriuauit, *l. 1. C. de lege Aquilia.*

Secundò si aquæductum meum diruisti, licèt cœmenta diruta mea sint, quia tamen terra per quam aquam duco, mea non est, melius est dicere actionem vtilem dandam, quàm actionem legis Aquiliæ, inquit *lex si seruus 27. §. si quis aquæductum. D. ad legem Aquil.* quia legis Aquiliæ actio non datur nisi domino, in eius igitur locum danda est vtilis.

Tertiò, si funem quo religata erat nauis præcideris, teneris Aquilia, *l. quemadmodum 29. §. 1. D. eod.* nisi fortassis aliter se explicare non potuit, vt si nauis vi ventorum impulsa sit in funes anchoratarum alterius, neque explicare eas naues nisi præcisis funibus licet; quod idem dicendum, si nauis in retia piscatorum incidit, culpa nautarum, lege Aquilia vrendum. Non fiet tamen æstimatio damni, nisi ob retia, non verò piscium, qui capiendi erant, cùm ea captura incerta foret. Quod idem in venatoribus & aucupibus dicendum *citata l. quemadmodum. §. item Labeo.*

Quartò si nauis nauem contra se venientem obruit vel in gubernatorē, vel in ductorem, actionem iniuriæ concedit Alfenus, si tanta vis naui facta sit vt non potuerit temperari, nulla in dominum erit actio, si culpa nautarum id actum, dabitur Aquiliæ, *l. quemadmodum 29. §. si nauis. D. ad l. Aquil.*

Quintò si nauis in scaphā alterius impacta, damnum illi dederit, & culpā nautarum id acciderit, cum illis lege Aquilia agendum esse putat Proculus. Verùm si rupto fune, cùm à nullo nauis regeretur, id contigit; non erit cum domino agendum, *l. & §. citatis.*

Sextò si quis nauem venalitiarum mercium perforauit, cum eo erit actio Aquiliæ, quasi ruperit, inquit Viuianus *l. si seruus 27. §. si nauem. D. ad l. Aquil.*

Quintò damnum datur in tabulis & instrumentis. Primò si quis testamentum deleuit, datur actio ista hæredi & legatariis, quorum interest, ipsis enim testamenta sunt veluti chirographa, testatori autem non datur hæc actio, quia ipsius nullum damnum est, cùm si velit, aliud condere possit, & si decesserit, damni æstimatio fieri nequeat, *l. si testamentum 41. D. ad l. Aquiliam. l. qui tabulas 42. D. eod.* 11

Secundò qui chirographū alicuius, aut cautionē deleuit, vel corrupit, tenetur Aquilia, *l. si quis, citata. l. qui tabulas 27. §. fin. & quatuor legibus sequentibus. D. de furtis. l. quidam 32. §. de lege Aquilia. D. eod. l. argentarius 10. § fin. D. de edendo*, nisi tamen conditio debiti, de quo scriptum erat chirographum, defecerit, *l. in lege 40. D. ad l. Aquil.*

Sextò denique in aliis ferè rebus damnum iniuria datum *ex l. Aquilia* punitur. Primò in vniuersum si quid vstum, ruptum, vel fractum sit: aut quopiam alio modo deterius factum: eatque illud caput tertium legis Aquiliæ *Instit. de lege Aquil. §. capite tertio*, & *l. si seruus 27. D. ad l. Aquil.* vbi quid ruptum sit, pluribus exponitur. 12

Secundò si quis vestimenta aliena sciderit, vel inquinarit, *citata l. 27. §. si quis vestimenta.*

Tertiò si quis alicui de manu nummos excusserit, vt perirent, *l. 15. §. si quis de manu.*

Quartò si alienas merces in mare proiecerit, si sine causa fecerit, dabitur actio in factum, si dolo fecerit, actio de dolo, *l. qui seruandarum 14. D. de præscriptis verbis.*

Quintò si calicem argenteum alienum in profundum abiecerit damni causā, & non lucrifaciendi, neque furti, neque damni iniuria, dabitur actio, ex Pomponio *lib. 14. ad Sabin.* Sed in factum agetur, *l. qui fernand. 14. D. de præscript. verb.*

Sextò si lapis ex plaustro cecidit, & quid ruperit, vel fregerit, plaustrarius qui malè composuit lapides, ideoque lapsi sunt, Aquilia tenebitur, *l. si seruus 27. §. si ex plaustro. D. ad l. Aquil.*

Septimo

Septimò si in re mariti vxor damnum dederit, tenebitur Aquilia. *l mulier. 56. D.ad l.Aquil.* vt si margaritas extricatas quas ei maritus in vsum dederat, illo inscio perfurauit vt illis in linea vteretur, siue diuerterit, siue adhuc nupta maneat, *l. si seruus 27.§. si cum maritus. D. eod.*

Denique qui causam & occasionem damni sua culpa dedit, tenetur Aquilia, *l qui occidit 30. §. hac actione. D. ad l. Aquil.* & alibi.

13 Quamuis autem ex damno iniuria dato agatur actione legis Aquiliæ, & non alia ordinariè, sunt tamen aliqui casus in quibus ex damno etiam iniuria dato, non datur hæc actio, sed alia quæpiam: nam primò si furiosus, aut infans damnum dederit, non datur hæc actio, cùm in illis nulla culpa fuerit, *l. sed etsi 5.§.& ideò. D.ad l. Aquil.* secus in impubere si iam iniuriæ faciendæ sit capax, quia tunc & furti tenetur, quæ est ratiocinatio Labeonis *l. sed etsi, citata.* Idem dic de quadrupede, quæ, vt monui, damnum iniuria dare nequit, vt diximus superiori articulo.

Secundò si dominus seruo suo damnum dederit, non datur hæc actio, cùm nulla inter seruum, & dominũ actio subsistat, nisi fortassis quispiam alius in eo seruo vsumfructum habeat, *l. sed etsi 12. D. ad l. Aquil.* dabitur enim in dominum actio pro proportione vsusfructus, vt etiam pars annui in æstimationem veniat, quia nondum vsusfructus fuit vsufructuarij. In eodem casu cæsi serui à suo domino, is bonæ fidei possessori, vel ei qui pignori accepit, in factum actione tenebitur, *l. si dominus 17. D. eod.* dabitur quoque Aquilia si quis communem seruum occiderit, aut vulnerauerit pro ea parte pro qua dominus agit, *l. sed etsi 19. & l. 10. D. eod.* & denique si hæres seruum alij legatum occiderit, *l. quod si 14. D. ad l. Aquil.*

Tertiò legis Aquiliæ actio competit debitori, cùm reus stipulandi ante moram promissum animal vulnerauit. Quod si post moram promissoris, is qui fuerat, occiderit, debitor liberatur, lege autem Aquilia non rectè experietur, quia creditor sibi potiùs quàm alij iniuriam fecisse videtur, *l. legis Aquiliæ 54. D. eod.* & *l. Stichus 55. D eod.*

Quartò si seruus communis, vnius domini seruum occiderit, legi Aquiliæ locus erit aduersùs alterum dominum, si eius voluntate seruus fecit, quod si non eius voluntate fecit, cessabit noxalis actio, *l. si seruus 17. §. 1. D. ad l. Aquil.* quia quod seruus mandante & volente domino facit, videtur ipse dominus facere *l. 1. §. 27. D. de vi, & vi armat.* neque tunc debet esse actio noxalis, vt dominus seruum noxæ dedendo liberetur, cùm ipse magis deliquerit quàm seruus qui parêre habuit necesse. Si verò seruus sua voluntate egerit, cessabit actio noxalis, primò quia non debet esse in potestate serui communis, vt seruiat ei cui voluerit ex dominis: hoc autem esset si propter delictum serui, dominus innocens cogeretur eum noxæ dedere socio: quæ ratio non valet in seruo non communi, *§. summa, Inst. de noxal. action.* Secundò quia seruo communi delinquente vnusquisque dominorum conueniri potest actione noxali; ergo non potest eadem actione noxali contra socium agere, sed communi diuidundo, *l. cum seruus 41. D. de noxal act.* Hæc tamen actio communi diuidundo, erit tunc noxalis quoad effectum, quem eundem habebit *l. si seruus 16. D. de furtis.*

Quintò si res non fuit deterior, neque pretio vilior facta; vt in seruo contingit, qui læsus, eiusdem pretij manebit, cessabit Aquilia, sed iniuriarum erit agendum, sumptus tamen ad sanandum facti damnum continebit, cuius ratione dabitur Aquilia, *l. si seruus 27. §. erupisse. D. ad l. Aquil.* Idem dic de eo qui puerum castrauit vt pretiosiorem faceret, actione enim iniuriarum, non Aquilia teneri scribit Viuianus *ad d.l. 27.§. & si puerum:* & si seruus vulneratus, iam sanatus sit, non datur Aquilia, *l. scientiam 45. § lege. D. ad l. Aquil.*

Sextò vbi semel Aquilia actum est, iterum agi non poterit, nisi, vel alius priùs egerit *l. si seruus 27. §. inquit lex. D. ad l. Aquil.* vel cum alio fuerit actum, *l. item Mela 11.§. sed si plures, D. eod.* vel alia ex causa & facto prius actum, v. g. quia vulnerauerat, nunc verò agitur quia occidit, *l. illud quæsitum 32. §. fui. l. si vulnerata 46. l. si seruo 48. D. eod.* Vbi etiam pluribus actionibus licet agere, v. g. Aquilia, & pignoratitia, alterutram eligere debet, & ipsâ esse contentus, *l. sed etsi 17. D ad l. Aquil. l. si seruus 27.§. Proculus, D. eod l apud Labeonem. 15. §. si quis seruo. D. de iniuriis. l sed si 17. §. seruus meus. D. de iniuriis. l. 2. §. item quæsitum. D. de priuatis delictis.*

Actio legis Aquiliæ competit primò hæredi eius qui damnum passus est, non tamen in hæredem eius qui damnum intulit, quia cùm sit pœnalis, non transit in hæredem nisi fortassis ex damno quod intulit eius decessor, factus fuerit ditior, *l. Neratius 23. §. hanc actionem, D. ad l. Aquil.* neque quidquam obest quod damnum datum, post mortem defuncti datum sit, modo id contigerit ante aditam hæreditatem, *l. ob id 43. D. eod.* 14

Secundò, competit, hæc actio legatario si in re sibi legata damnum datum sit, *l. 13. § fin. D. eod.* vbi id ostenditur in seruo legato ac occiso post aditam hæreditatem, nisi hic legatarius repudiarit legatum, tunc enim competet hæredi. Si tamen ea res duobus fuerit legata, vno enim repudiante legatum Aquilia competet alteri legatario in solidum, & non hæredi, *l. si dominus 27. D. eod. l. Titio 34. cum duabus sequentib. D. eod.*

Tertiò domino rei in qua damnum datum est, actio Aquiliæ competit, & non alteri, *l. item Mela 11. l. liber homo 13. §. fugitiui. D. ad l. Aquil.* quod intelligendum quoque de damno facto vsufructuario & vsuario, *l. 11. §. fin. l. sed etsi 32. D. eod.* & *l. locum autem 17. §. fin. D. de vsufruct.* possessori etiam bonæ fidei datur ista actio, *l. 11. citata. § sed & si seruus. D. ad l. Aquil.* Inquilino quoque cui insula exusta data fuerat inhabitanda, *l. si seruus 27. §. si quis insulam. D. ad l. Aquil.* vbi quoque *§. inquit lex,* colono cui fundus fuerat locatus, datur hæc actio; atque etiam creditori, cùm damnum datum fuit in re ipsi pignori obligata, *l. qui occidit 30. §. 1. D. ad l. Aquil.* non tamen nisi ad modum sui debiti. Quod autem ad id quod debitum exceder, erit debitoris ea actio, quare non competit simpliciter, & absolutè creditori, sed duntaxat cùm debitor soluendo non erit, aut à principali actione tempore fuerit exclusus, vel si debitor iis damnum dederit in re pignori obligata, *l. si domino 17. D. eod.*

Datur hæc actio Aquilia duntaxat aduersùs eos qui damnum dederant, & non aduersus alium quempiam: quare non datur aduersùs hæredes, aut successores damnificantis, vti iam monui, *ex l. Neratius 25. D ad l. Aquil.* nomine verò eius intelligo etiam eum qui impulit ad hoc damnum, *l. qua actione 7. § proinde si quis. D. ad l. Aquil.* vel qui iussit & iubere potuit, *l. liber homo 37. D. eod. l. in damnum 130. D. de regul. iuris.* qui opem tulit, 15

nam vnà cum eo cui opem dedit, tenetur, *l. 11. §. si alius. D. ad l. Aquiliam.*

Secundò datur haec actio aduersùs dominum, cuius seruus ipso sciente & non inuito, damnum dedit, *l. si seruus 27. §. 1. l. in lege 44. cum l. seq. D. eod.*

Tertiò si plures damnum dederint, omnes simul tenentur Aquilia, vt si plures trabem deiecerint, & hominem oppresserint, *l. item Mela 11. § plures. D. ad l. Aquil.* difficultas tamen est an vterque eorum damni dati causa fuerit, an verò alter duntaxat, & quis eorum, vt dum vnus quidem ignem subiecit fomiti, alter malè custodiuit, qua de quæstione *l. 27. §. si fornicarius, D. eod.* Fornicarius enim seruus coloni ad fornacem obdormiuit, & villa exusta est, an colonus tenetur qui in seruis eligendis negligens fuit, an cōductor tenetur de culpa serui. Vnus ignem fornaci subiecit, alter malè custodiuit, aut ad fornacem obdormiuit. Eadem instituitur quæstio de duobus plaustris in cliuo Capitolino, quorum superius cessim ire cœpit, & posterius percussit, quod retro ire cœpit, & puerum obtriuit; an locus sit Aquiliæ, & quis illa in eo casu teneatur, disputat Alfenus *in l. si ex plagis 52. §. in cliuo. D. ad l. Aquil.* Perpendendæ in eis, & similibus sunt circunstantiæ ad ferendum iudicium, cùm ex facto nascatur, vt ex pluribus obseruat *in hanc l. Mornac.*

Quintò videndum an quis vulneratus, ex eo vulnere perierit, an alio casu, vt iudicetur an de occiso, an de vulnerato fuerit agendum. Exemplum habes *in l. hinc scriptura 15. §. si seruus. D. ad l. Aquil. l. item Mela 11. §. celsus. D. eod. l. si ita 51. D. eod. l. qui occidit 30. §. fin. l. si vulnerato 46. & l. 47.* atque aliis locis, quæ diligenter attendenda sunt, & si quæ appareant antinomiæ, conciliandæ, quod prudentibus iuris permittimus.

16 Ad extremum quærendum restat quid & quantum veniat in hac actione, primò quidem si seruus vel quadrupes ex pecudum numero occisus, occisáve fuerit, tenetur reus quanti res eo nunc plurimi fuerit, *Inst. de lege Aquilia, § his autem, l. vnde Neratius. §. idem Iulianus. l. & si bona.*

Secundò si in alia quapiam re, quàm seruo aut quadrupede pecude, & ex alio quopiā modo, quàm per vulnerationem & occisionem damnum datum sit, tenebitur quanti res ea diebus proximis triginta fuerit. [Ita cauetur *tertio capite legis Aquiliæ, Inst. de Aquil. §. ex hoc tamen,* & quamuis ibi nō adiiciatur verbum, *plurimi,* tamen illud accipiendum est, vt *§. cit.* dicitur. & *l. quemadmodum 29. §. fin. D. ad l. Aquil.* Obserua verò cum Mornacio *in l. inde Neratius 23. §. idem Iulianus,* æstimationem quanti plurimi, non seruari in Gallia, quod ex pluribus Authoribus confirmat ibid. Mornac.

Tertiò hæc æstimatio non debet esse tantùm perempti corporis, sed etiam eius quod interest, & quidquid damni sequutū fuerit eam occisionē, v.g. si seruum tuum hæredem institutum ab aliquo quis occiderit, antequam tuo iussu hæreditatem adiret, hæreditatis amissæ ratio habenda prorsus erit: si ex pari mularum, vnam, si ex quadrigia equorum, vnum quis occiderit, & ex seruis comœdis vnum, non fiet æstimatio solius occisi, sed præterea computabitur quanti depretiati sunt qui supersunt, *§. illud non. Inst. de l. Aquil. l. ait lex 21. l. vnde Neratius 29. in princip. & §. item Iulianus. & §. sed etsi seruus. l. liber homo 37. §. si quadrupes, l. si ita 51. §. æstimatio. l. Stichum 55. D. ad l. Aquil.* quibus locis varia exempla adducuntur.

Quartò non æstimatur in hac actione affectio eius, qui damnum passus est, sed ipsa res, & damnum ipsum communi pretio, *l. si seruum 33. D. ad l. Aquil.*

Quartò si Reus negauit, & deinde conuictus fuerit, damnabitur in duplum, confitens autem in simplum duntaxat *l. 2. §. 1. l. vnde Neratius 23. §. hæc actio. D. ad l. Aquil. l. contra 4. l. de pecoribus 5. C. eod.*

Sextò, si in corpore liberi hominis damnum datum sit, nulla fit æstimatio cicatricum, aut deformitatis, quia liberum corpus nullam recipit æstimationem, sed fit æstimatio operarum, quas amplius præstare non potest, & impensarum in eius curatione factarum, *l. cùm liberi 7. D. de his qui deiecerunt. §. ob hominem. Inst. de obligat. quæ quasi ex delicto.*

Septimò dominus serui qui damnum dedit, liberatur, noxæ dedendo seruum, *l. si seruus 27. §. Proculus, D. ad l. Aquil.*

Octauò si familia damnum fecisse dicatur, non tenetur dominus familiæ, nisi in quantum daretur actio, si vnus liber damnum dedisset. *l. illud quæsitum 32. D. ad l. Aquil.*

Nonò denique aduersùs confitentem Iudex non rei iudicandæ, sed æstimandæ datur, nam nullæ sunt partes Iudicis in confitentes, *l. proinde 25. D. ad l. Aquil.* quia cùm constet de crimine, & reo, nihil amplius cognoscendum, aut acquirendum videtur, sed pronuntiandum est: verùm quatenus & quomodo Rei confessio sufficiat ad ferendam sententiam, diximus *cap. 3.* vbi de probationibus, & pluribus illustrat Mornac. *in cit. l. proinde.* Vide & Annæ. Robert. *lib. 1. cap. 4. rerum iudicatar.*

Quamuis porrò ex damno iniuriæ datæ, de quo hactenus, detur ordinariè actio legis Aquiliæ, nonnunquam tamen datur non actio directa, sed vtilis Aquiliæ, alias actio in factum, aliàs quæpiam alia pro vario modo dandi damnum. 17

Primò igitur si quis non corpore suo, sed alio modo damnum dederit, datur actio vtilis, non directa Aquiliæ, vt si quis alienum pecus inclusum fame necauerit, iumentum ita egit vt rumperetur, pecus in tantum egit vt præcipitaretur; alieno seruo persuasit vt arborem ascenderet, aut in puteum descenderet vnde aut periit, aut læsus est, non dabitur in hunc nisi actio vtilis, *§. cæterum placuit. Inst. de l. Aquil.* Concinunt plures leges *in D. ad l. Aquil.*

Secundò datur in factum actio, si alienum seruum spoliasti vnde frigore periit, *l. qui seruandarum 14. §. 1. D. de prescript. verb.* si seruum equ tantem concitaris, vnde vel in flumen, vel in insidias actus perierit, *l. si obstetrix 9. § si seruum. D. ad l. Aquil.* si furnum secundùm communem parietem habeas, & paries sit exustus. Suntque plures alij casus in quibus tum actio in factum, tum aliæ, vt ex locato, & furto, & l. Cornelia de sicariis, atque cæteræ eiusmodi dantur, vti videbis *in D. ad legem Aquiliam,* quam lubens omitto, quia omnes actionum subtiliores distinctiones & vsus cessarunt hodie, neque nostro instituto, qui forum internum maximè attendimus, harum actionum subtilior cognitio necessaria est, ab illa itaque lubens abstineo.

ARTI

ARTICVLVS V.

De obligationibus ex cæteris delictis contra res, & fortunas proximi.

HÆc delicta diuersa quidem sunt, & diuersis iudiciis agitantur, quamuis eandẽ speciē malitiam habeant grauiorem, aut leuiorem pro ratione iustitiæ violatæ, iniuriæ & damni illati, eandem quoque pariunt obligationem, nimirum reparandi damnum, & satisfaciendi pro iniuria, ex iisdem principiis de ea obligatione iudicandum erit, ex quibus proximè tum in vniuersum, tum in singularibus delictis & maleficiis eam explicuimus, præsertim ex toto isto vltimo capite de violatione rerum, & fortunarum proximi, possunt enim comprehendi omnia nomine furti, cuius ferè sunt species sed materiales duntaxat: quare explicato non indiligenter crimine furti, possunt istæ eius species sine dispendio præteriri, quia tamen, vt dixi, diuersas actiones quæ ab illis denominantur, pariunt, & in foro externo distinguũtur, eas actiones & delicta enumerabo potiùs quàm explicabo, ne quid nostræ tractationi defuisse videatur, neque in huiusmodi enumeratione accuratiorem ordinem aut connexionem consectabor.

§. I.

De tigno iuncto.

2 PRimò igitur qui tignum alienum & furtiuum iunxit suis ædibus, vel vineæ, tenetur actione in duplum, *l. 1. D. de tigno iunct.* quia vt Vlp. *l. 1. citata*, obseruauit, lex XII. Tabular. non permittit tignum quandiu iunctum est vindicari, aut solui, ne vel ædificia soluantur, vel cultura vinearũ negligatur, nec eius nomine agi ad exhibendũ nisi aduersùs eũ qui mala fide iunxit, sed ineũ qui dat actionẽ in duplum, quæ dicitur de tigno iuncto, *l. 1. in princip. & §. vlt. D. hoc tit. & l. in rem. 23. §. penult. D. de rei vindicat. l. 6. D. ad exhibendum, l. 7 §. cum in suo. D. de aquir. rerum domin. §. cum in suo. Inst. de rerum diuis.* soluto verò ædificio, vel separato tigno à vinea, dominus potest tignum suum vindicare, & ad exhibendum agere, nisi sit iam consequutus duplum, *§. cùm in suo citato* Tigni porrò nomine comprehendimus materiam omnem ex qua constat ædificium, vel quæ est vineæ necessaria, *l. tigni 62. D. de verbor. signif. §. cùm in suo. Inst. de rerum diuision. l. 1. §. 1. D. de tigno iuncto. l. 7. D. ad exhibendum*, & *l. 7. §. cùm in suo. D. de acquir.*

§. II.

De seruo qui liber esse iussus domini testamento ante hæreditatis quid subripuit.

3 SEruus qui testamento domini factus est liber, & rē hæreditariam dolo malo, vel lata culpa subripuit, vel corripuit, non potest quidem coerceri tanquam seruus, quia libertas illi in domini testamento relicta fuit, non potest etiam furti conueniri, quia contra dominum peccauit, id est contra hæreditatem, quæ personam defuncti repræsentat, & quam hæres nondum adiit; dominus verò, dominàve non possunt habere actionem furti in seruum suum, quamuis deinde liber euaserit, vel alienatus sit, nisi postea quoque contrectauerit, ne tamen eã serui calliditas & proteruitas impunita maneret, & vt qui hæreditates depopulantur, coerceantur, iudex in eiusmodi seruum dupli actionem in annum concessit, vt disputat Labeo *l. 1. §. 1. D. si is qui testamento liber*: quod edictum non ad sola furta, sed ad omnia damna quæcunque hæreditati seruus dederit, pertinet *cit. lege 1. §. non tantùm.* Competit autem, hæc actio hæredi, cæterisque successoribus, *dicta l. 1. §. præter hanc.* Competit in duplum, & id quod interest duplicatur, & si plures serui fuerint, singuli tenentur in solidum. Est verò tantùm annalis actio, quæ omnia habentur *l. 1. cit.* estque ad furti similitudinem hæc actio, & præter illam competet hæredi rei vindicatio, *l. 1. citata.* Quod si seruus ante aditam hæreditatem damnum in re hæreditaria dederit, & postea liber factus, in ea re damnum det, duplici actione tenebitur, quia alterius, & alterius facti, hæredes sunt, inquit *l. si seruus 48. D. ad l. Aquil.*

Nihilominus si is seruus, qui furtum in hæreditate fecit, aut damnum dedit, liber esse iussus est sub conditione, cùm nondum liber sit, poterit vt seruus coerceri, cessabitque hæc actio quæ statim atque ad libertatem peruenerit, dabitur *l. 1. §. habet itaque, D. hoc tit. l. Labeo 3. D. eod.* Deinde si viuo adhuc domino seruus iste deliquit in eius bonis, cessabit hæc actio, sicut etiam si deliquerit post aditam hæreditatem: & præterea si sine dolo malo, aut saltem lata culpa quæ dolo æquiparatur, hæc omnia præstiterit, tunc enim Aquilia, aliave actione in ipsum agetur, ex *l. 1. citata.*

§. III.

Si familia furtum fecerit.

QVoties familia, id est serui omnes, vel plures furtũ extraneo fecerũt, maximũ domino cuius familia furtum fecit, damnum imminet, si aut litis æstimationẽ soluere, aut seruos noxæ dedere, atque ita tota familia sese priuare cogatur, idcircò indulsit suo edicto Prætor domino, vt si velit adducere noxios seruos, possit omnes dedere qui furtum participauerunt, aut si maluerit, litis æstimationem offerre, tantùm offerat quantùm si vnus liber furtum fecisset. *l. 1, 2. & 3. D. si familia furtum fecisse dic.* 4

§. IV.

De furto coniugum & actione rerum amotarum.

SI coniunx coniugi diuortij consilio furtum faciat, licet verè furtũ sit, tamen nequidem diuortio secuto conueniri potest, quia matrimonij, licet præteriti reuerentia famosam actionem, ob id quod matrimonij tempore factum est, excludit, *l. 1. & 2. D. de action. rerum amotar.* quare stante matrimonio res condici poterit, & post diuortium agi poterit rerum amotarum, *l. rerum quidem. D. eod.* quæ actio stante matrimonio ita dari non potest, vt si soluto matrimonio institutum fuerit hoc iudicium, redintegrato deinde matrimonio soluatur, & cesset actio rerum amotarum, *l. vlt. D. eod.* Si verò post diuortium contrectetur, dabitur actio furti *l. 3. D. eod.* Rerum porrò nomine intelligimus res subreptas, celatas, venditas, donatas, & quoquo modo consumptas, *l. 3. §. item verum. l. si concubina 17. §. 1. D. eod.* Hæc autem actio datur viro contra mulierem, & mulieri contra virum, *l. 1. l. 6. §. item cùm*

ciem reum, D. eod. siue contra eum, eamve, qui, quæve per se vel per alium amouit, *l. sed & si* 19. & tam hæredi, quàm contra hæredem competit, *l. 6. §. si post,* & *§. seq. l. si mulier* 21. *§. pen. D. eod.* est actio persecutoria, quamuis ex delicto, ideóque perpetua, *§. pen. cit.* est quoque actio prætoria, *l. 2. C. eod.* est personalis, *l. rerum amotarum* 26. *D. eod.* Denique in hoc iudicio res æstimantur quanti fuerunt quo tempore amotæ sunt, *l. rerum amotarum* 29. *D. eod.* & eius quod interest actoris habetur ratio *l. si mulier* 21. *§. commodi, D. eod.* Condemnatio fit in solidum, non in quantum vir, aut mulier facere potest, *l. si mulier, citata, §. vlt.* Hæres tenetur in quantum ad eum peruenit, *l. vlt. C. eod.*

Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis iusiurandum deferre, cogetur aduersarius iurare nihil diuortij causâ amotum esse, dum priùs de calumnia iuret qui iusiurandum defert; iurare autem tam vir quàm vxor cogetur, *l. Marcellus* 11. *§. 1. D. rerum amotar.* Oblata litis æstimatione actor non tenetur de euictione, *l. ideóque* 10. *D. eod.* & mulier, quæ litis æstimationem præstiterit, aduersùs vindicantem illam, defenditur exceptione, & re amissa, habet rei vindicationem, *l. si propter* 55. *D. eod.* Si rebus amotis non diuortio, sed morte mariti, solutum sit matrimonium, cessabit hæc actio, sed hæres mariti, hæreditatis petitione, actione ad exhibendum, vel condictione rem persequi debebit, *l. contra nurum* 6. *§. sed si morte. D. eod.* vbi etiam *§. fin.* idem dicitur si mortuo marito vxor res amouerit; atque etiam si mulier mortis causâ res amouerit, & maritus obierit, *l. si propter* 22. *§. fin. D. rerum amotar.* Hæres aget hæreditatis petitione, vel actione ad exhibendum. Datur quoque marito vindicatio, & condictio, vti iam monuimus, atque *l. ob res* 24. *l. si concubina* 17. *§. non solùm. l. sed & domine* 18. *D. eod. l. de rebus* 3. *C. eod.* Si etiam maritus sit hæres eius, cui res amotæ sunt, vel si fuerunt amotæ ante contractum matrimonium, hæc actio rerum amotarum non competit, neque actio furti, sed sola condictio furtiua, *l. & ideo* 3. *§. sed & cum, D. eod.* Compensari potest actio rerum amotarum quam habet mulier in virum, cum ea quam habet vir in vxorem, *l. cùm mulieres, D. eod.* & *l. 2. C. eod.*

§. V.

De publicanis.

6 QVantæ audaciæ, quantæque temeritatis sunt publicanorum factiones, nemo est qui nesciat, inquit *l. quanta* 12. *C. de publican.* ideòque prætor ad compescendam eorum audaciam edicto cauit, quod si familia publicanorum furtum fecisse dicetur, idem si damnum iniuria fecerit, & ij ad quos ea res pertinet non exhibebuntur, in dominum sine noxæ deditione iudicium se daturum. Verba ipsa edicti habes *l. 1. D. de publican.* neque hoc edictum superfluum existimari debet ex eo quod Prætor aliàs de furtis, damnis, & vi raptis edixerit. Nam de publicanis specialiter agendum fuit propter eorum videlicet, vt dicebamus audaciam, & temeritatem. Deinde hoc edictum vt *cit. l.* obseruat Vlpian. aliqua ex parte mitius est, cùm in duplum detur, & vi bonorum raptorum sit quadruplum, vt dicemus inferiùs, sicuti, & furti manifesti. Deinde datur facultas publicano restituendi vi abreptum, quo facto omni onere caritur, & pœnali actione ex hac parte liberatur, qui tamen voluerit agere cum publicano, non ex hoc edicto, sed vi bonorum raptorum, damni iniuria, vel furti, id poterit, quia, vt ait Pomponius, absurdum foret meliorem effectam esse à Prætore publicanorum conditionem, quàm cæterorum. Dicuntur porrò publicani, qui publica vectigalia habent conducta, sicut & ij qui Salinas, arenarias, cretifodinas, & metalla habent, de quibus egimus *lib. 2. cap. 8. art. 15.*

Si publicanus igitur, vel eius familia aliquid cuipiam vi abstulerit, damnum dederit, vel furtum fecerit, dabitur in illum actio in factum, *l. 1. §. 1. D. de public.* Si quid exegerit, dabitur actio in duplum, si vi extorserit, damnabitur in triplum, *l. locatio* 9. *D. eod. l. non solent. C. vectigalia noua instituì non posse, & l. vlt. C. eod.* vbi rei huius criminis perpetuo exilio puniuntur.

Hæc actio perpetua est, daturque hæredibus & successoribus *l. 13. §. fin. D. de publican.*

Datur aduersùs publicanum cuius familia, idest serui, deliquit, *l. 1. D. de publican.* Modò tamen ea familia in ipsius potestate sit, sintque serui & non liberi homines, *l. 1. §. familia. D. eod. & l. quanta* 12. *§. familia. D. eod.* Debet præterea ille seruus publicani esse in ea familia quæ publico vectigali ministrat, alioquin cessat edictum, *l. 1. §. proinde.* & non peccarit ignorante domino, qui tunc non tenebitur, *l. vlt. §. sed Marcus, D. eod.* Liberatur publicanus si ademptum restituit, *l. hoc edicto* 5. *D. eod.* sicut etiam si seruus qui deliquit mortuus sit, *l. 13. §. siue autem, D. de publican.* Denique datur hæc actio aduersus socium publicani, *l. cum hi* 3. *§. 1. D. eod.* non verò in hæredes Publicani, nisi lis eo viuo mota & inchoata fuerit, quia ex vniuersali regula, pœnæ ab hæredibus peti non possunt, *l. vlt. §. penult. D. eod.*

§. VI.

De peculatu.

PEculatum definit Labeo pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, non ab eo factum cuius periculo fuit, & ideò æditous in his quæ illi tradita sunt, peculatum nõ admittit, *l. sacrilegi* 9. *§. Labeo. D. ad l. Iul. de peculat.* Crimen igitur peculatus admittit primò qui pecuniam sacram religiosam abstulerit, vel interceperit, & qui donatum Deo immortali abstulerit, & l. iulia peculatus tenetur, *l. 1. & 4. D ad legem Iuliam peculatus. §. item lex Iulia. Inst. de public. iudic.* Secundò si quis aurum, argentumve, aut æs publicum capiat, aut illi quid indat, vel immisceat quo peius fiat, *l. 1. cit.* Tertiò qui simulans se fisci creditorem, id quod debetur fisco accipit, quamuis priuatam pecuniam abstulerit, reus erit peculatus, non verò qui pecuniam illam traiiciendam suscepit, nec quilibet ad cuius periculum ea pecunia pertinet, *l. 9. §. Labeo. D. eod.* Quartò qui in moneta publica operatur, & pecuniam sibi forma publica signat, vel signatam furatur, *l. sacrilegij* 6 *§. qui cum. D. eod.* Sextò qui publicarum tabularum inspiciendarum, describendarumque potestatem fecerit sine iussu eius qui ei rei præest, *l. sacrilegi* 9. *§. senatus.* Septimò qui pecuniam publicam in vsus aliquos retinuit, aut erogauit, *l. cit.* Octauò qui tabulam legis, formamue agrorum, aut quid aliud continentem refecerit, vel quid tale imminuerit, deleuerit, vel induxerit, *l. qui tabulam.* 8. Nonò qui muros ciuitatis perforauit, vel inde aliquid abstulit, *l. qui perforauerit.* Decimò qui de re ciuitatis aliquid subripuerit, ita enim cauent Traianus & Hadrianus in suis constitutionibus, *l. Iulia.* 4. *D. eod.* neque repugnat *l. ob pecuniam* 83. *D. de furtis.* nam vti obseruat 7

Alciat.

Alciat. *l. 1. dispunct. c. 3.* mẽdosa est hodierna lectio, cùm antiqua exẽplaria habeãt, *ob pecuniam ciuitati subtractam actione furti, nec non crimine peculatus tenetur:* quod corrupta hodièrna exẽplaria legunt *Actione furti, non crimine peculatus tenetur.*

Accusantur porrò huius criminis non modò qui pecuniam sacram vel publicam abstulerunt, sed ij etiam quorum dolo quidpiam contra legem peculatus factum fuit, *l. 1. D. ad legem Iuliam peculatus.* Secundò qui furandi signum præbuit, *l. sacrilegij 6. §. fin. D. eod.* Tertiò qui aurum publicum subreptum habuit, & cõflauit, *citato §.* Quartò ministri qui subreptas pecunias susceperũt, *§. itẽ lex Iulia. Inst. de public. iud. l. vnic. C. de crimine peculat.* Deniq; mouetur hæc quæstio etiam aduersus hæredes, quia inquit Papinian. *l. vlt. D. ad l. Iuliam pecul.* quæstio principalis ablatæ pecuniæ mouetur.

Pœna huic crimini imposita diuersa est, nam capite puniuntur sacrilegi, & qui in administratione positi peculatum commiserunt, quive eis ministerium præbuerunt, aut ab eis subreptas pecunias scientes susceperunt. Cæteri verò deportantur, *§. item lex Iulia. Inst. de publ. iud. l. peculatus 3. & l. 10. D. ad l. Iuliam peculatus. l. vn. C. de crimine peculatus.* Qui ex metallo Principis, vel ex moneta sacra furatus est, pœna metalli aut exilij punitur, *l. sacrilegij 6. §. fin. D. eod. l. si quis 38. D. de pœnis.* Deniq; pœna quadrupli, *l. 6. §. fin. cit. & l. is qui 13. D. eod.* dotat hæc accusatio quinquennio, quo elapso peculatus crimẽ obijci nequit *l. peculatus 7. D. eod.* Deniq; damnatus huius criminis, sicut omnia iura, ita & bona omnia amittit, *l. peculatus 3. D. eod.*

§. VII.

De crimine sacrilegij.

AD furtum quoque pertinet sacrilegium quod
8 cõmittitur publica sacra expilãdo. vt dicitur *l. sacrilegi, 9. D. ad l. Iuliam peculatus sacrilegij, &c.* Dixi publica sacra, nam vt dicitur *citata l. 9.* si quis priuata sacra, aut ædiculas incustoditas tentauerint, amplius quàm fures, minus quàm sacrilegi merentur: qui etiam rem priuatam ex loco sacro subripuerit, furto, non sacrilegio tenetur, ex rescripto Seueri & Antonini, *l. Diui. 5. D. eod.*

Dicũtur etiã sacrilegi qui diuinam legẽ non obseruãt, aut in fide errant, *l. 1. C. de crimine sacrilegij,* vt & qui de iudicio Principis dubitat, *l. 2. C. eod.*

Punitur hoc crimen pœna extraordinaria pro ratione criminis, personæ, & alijs circunstantijs, *l. lege Iulia 4. D. ad legem Iuliam peculat. l. sacrilegij 6. l. hac lege 10. D. eod.*

§. VIII.

De residuis.

CRimen residuorum pertinet ad furtum, lege enim Iulia de residuis tenetur, qui publicã pecuniam delegatam in vsum aliquem retinuit, neq; in eum consumpsit, *l. 2. D. ad l. Iuliam peculatus, & l. lege Iulia 4. §. lege Iulia, l. 9. §. cum quoque. D. eod.* eiusdem criminis reus est is apud quem pecunia publica ex administratione resedit, & eam non reddit, *citato §. ex lege,* nisi tamen peregrè profecturus illam apud se esse professus sit apud ærarium, *l. 9. §. fin. D. eod.* Sed ni intra annum restituat, residua censebitur. Hac lege damnatus amplius tertia parte, quàm debet, punitur.

§. IX.

De crimine expilatæ hæreditatis.

EXpilatæ hæreditatis crimen furtum non est in iure, neque rei hæreditariæ furtum datur, quod non committitur nisi res quæ subripitur dominum habeat, & sit in alicuius possessione, cui furtum fieri dicatur: hæreditas autem quandiu iacens est, & antequam hæres eam adeat & possessionem accipiat, neque dominum, neque possessorem habet. Rei igitur hæreditariæ furtum non fit, nisi ei subripiatur cui defunctus commodauit, pignorauit, aut custodiendam dedit, *l. hæreditaria 68. D. de furtis, l. 1. §. Scæuola. D. si is qui testam. liber est. l. vlt. D. expilata hæreditatis.* Expilator itaque hæreditatis, cùm furti conueniri non possit, extraordinariè coercetur per accusationem expilatæ hæreditatis, vt in oratione Diui Marci cauetur *l. 1. D. expilata hæreditatis, l. vlt. C. de crimine expilatæ hæredit.* Vxor tamen quæ viri hæreditatem expilauit, hac actione non conuenietur, quia ne furti quidem cum ea agitur, *l. vxor 5. D. expilat. hæredit. l. hæres 32. D. negotior. gestor. l. 4. C. de crimine expilat. hæred.* Poterit tamen aduersus illam agi competenti in rem actione, vel ad exhibendum, vt iisdem locis dicitur: Fructus autem rerum expilatarum non faciet suos, sed extantes vindicari, consumptos verò condici posse dubium minimè est.

Hæc actio institui debet apud præsidem prouinciæ, *l. 2. D. expilata hæred. l. diuus 3. D. eod.* hæres qui expoliauit hæreditatem in duplum id restituere debet, *l. scimus 22. §. ille videlicet. C. de iure deliberandi.* Vno hæredum agente eius sententia prodest cohæredibus. *l. res. 4. D. expilata hæredit.* Expilatam vero esse hæreditatem nihil obest legatarijs. *l. obtentu 5. C. de crimine expilatæ hæredit.*

§. X.

De seruo corrupto.

SEruui alieni corruptio vel receptio, & occultatio, furtum quoddam est, cùm serui & mancipia in nostris rebus & bonis numerentur, vti diximus aliàs. Seruum alienum recipere est abscondendi causâ refugium seruo præstare, vel in suo agro, vel in alieno loco, ædificiove. Corrumpere est ei aliquid dolo malo persuadere, quo eum deteriorem faciamus; itaque persuadere est plus quàm compelli atque cogi sibi parẽre, *l. 1. D. de seruo corrupto.* & persuadere est plus quàm recipere, nam qui recipit seruum, refugium duntaxat ei præstat; qui persuadet, cogit, & compellit sibi obtemperare. Plus etiam est persuadere seruo aliquid mali, quam eum vi ad malum compellere & cogere; hoc enim casu seruus innocens esse potest, quia vi cogitur; priore casu iam corruptus est. Immò sæpius persuasiones istæ efficaciores multò sunt, quàm metus incussus, aut vis adhibita, maximè circa pueros & puellas, quarum pudicitia facilius expugnatur blanditijs quàm minis, & vt de Pamphila Maga, Apulei. *lib. 2. Cum quemquam conspexerit speciosa formæ iuuenem, illico in illum & oculum, & animum detorquet, serit blanditias, inuadit spiritum, amoris profundi pedicis æternis illigat.* Et sanè non minùs vltimo supplicio nostris moribus vindicantur istæ blanditiæ & suasiones, quibus volentium puellarum pudicitia violatur, ipsæque abduci sese volentes patiuntur, quàm si vis fuisset

armotum

armorum adhibita, & puellæ animus terrore expugnatus. Vide Alexand. *lib. 3. consil.* 1. & ibi Molinæ. Ægidium magistrum *in rubricam de appellationib. tanquam ab abusu, c. sp. 3.* estque perpetua constitutio Blesensi. *cap.* 42. hique suasores crimine raptus æquè puniuntur capitali supplicio, atque armis & vi rapientes, quamuis Luc. III. Pontif. *cap. cum causam, de raptoribus*, neget esse raptum, vbi volens puella rapitur, sumit videlicet Pontifex eam vocem in strictiori quadam significatione; quoad effectum tamen æquè rapimur blanditiis & voluptate quàm vi & metu. Immò sapienter ait Lysias agens de corruptis vxoribus, maius seueriusque supplicium deberi suasori quàm raptori armato, quia qui vim infert, incurrit sæpius in odia tacita eius quæ vim passa est: qui autem persuadet, animum sibi eius quæ persuasa est, conciliat, & sensim à marito subducit, atque etiam à parentibus. De huiusmodi virginum per blanditias & munuscula corruptoribus, adi Hieron. *lib. 2. epist.* 12. *&* 18. & *in vita S. Hilarion.* Balsam. *in Can. 67. Apostol.* distinguit raptorem qui per vim affert puellæ vitium, ab eo qui persuasam blanditiis volentem violat, & vtrumque puniri, quamuis violentus grauiori pœna plectatur abscisis naribus, tertia bonorum eius parte puellæ addicta, nulla spe veniæ vnquam obtinendæ, aut conciliandi cum rapta matrimonij, cùm mitius cum altero agatur, & si parentes puellæ consenserint, eam sibi matrimonio iungere liceat. Hodie temperamentum hoc seruari affirmat Mornac. *in l. 1. D. de seruo corrupto.* vbi de læsa pudicitia solis suasionibus agitur, vt pro personis æqualibus, aut inæqualibus damnetur violator modò ad nuptias, modò ad dotem, & aliquando ad laqueum, si vilis nobilem, diuitemque puellam stuprauerit. Vide Guid. Papium. *q.* 555. & ibi eius Commentatorem Ferrerium. Denique *l. 1. de raptu. C. Theodos.* qui vel inuitam, vel volentem rapuerit, punitur, & volens ac consentiens puella societate criminis obligatur. Si quis ex amicis, aut familia, vt nutrices puellæ, raptus consilium aut opportunitatem dederint detestabili ministerio, ingesto in os & fauces plumbo liquefacto punietur. Quæ rapitur inuita nisi clamore, parentum vel vicinorum opem reclamarit, priuatur successione parentum: parentes qui dissimularint raptum, & cum raptore pacti, deinde connubio consenserint, exulare iubentur, & seruus qui latentem hanc conuentionem detulerit, accipiet latinam libertatem; si Latinus iam erat, fiet ciuis Romanus. Denique qui raptori solatia præbuerint siue viri siue fœminæ, comburentur.

12 Ex quibus vides sapienter Vlpianum illam persuasionem dolo malo factam, vt seruus deterior fiat, cuius meminit Prætor in suo edicto, non modò corruptionem interpretari, sed & eam fortiorem esse ipsa coactione & compulsione, atque adeò pœnam à Prætore indictam mereri, persuadere enim verbum medium est & anceps ad bonum & malum, quod in bonam & malam partem sumi potest, cùm æquè persuadeat qui dat malum consilium, atque qui bonum, vnde addidit Prætor *persuasisse dolo quo eum deteriorem faceret*, esseque plura eiusmodi vocabula dubia & media quæ Græci dicunt τὰ μέσα, obseruat Agell. *lib.* 12. *c.* 9. vt tempestas, valetudo, facinus, dolus, gratia, industria, periculum, venenum, contagium, immò & honorem esse mediam vocem, vt etiam malus honor diceretur, & significaret iniuriam, probatque ex oratione quam Quintus Metellus Numidicus habuit de suo triumpho, vbi inquit, *honorem peiorem vobis habuit, quàm gratiam mihi*; hoc est quod superiùs dixerat, *maiore vos affecit iniuria, & contumelia quàm me.*

Corrupit igitur seruum, vt *in ea l.* 1. dixit Vlp. qui vel bonæ frugis perpulit ad delinquendū, vel malum hortatus est, vel malè monstrauit quem in modum delinqueret, aut si erat fugiturus, vel furtū facturus, laudauit eius propositum, cuius illam dicti rationem affert, *quia non oportet laudando augeri malitiam*: crescit autem laudibus vitium æquè ac virtus, quæ laudum perfida mendacia tribuit amicis. Polyb. *lib. 4. sub finem*, & egregiè insectatur Budæ. epist. Græca ad Ianum Lascarium, & altera quā inscribit, φιλαπάτῳ, alia item Græca ad Franc. Robertetum; & denique altera ad Claud. Robertetum. Nobis sufficiant pauci versus quibus Iuuenal. *satyra* 3. has mendaces adulationes describit.

Quid quod adulandi gens prudentissima laudat;
Sermonem indocti, faciem deformis amici,
Et longum inualidi collum ceruicibus æquat
Herculis, Antæum procul à tellure tenentis
Miratur vocem angustam, qua deterius nec
Ille sonat, quo mordetur gallina marito.

Qui igitur seruum bonum facit malum, vel malum deteriorem laudando & persuadendo, vt faciat iniuriam, alienum sollicitet, furetur, fugiat, amator, vel erro sit, malis artibus se dedat, in spectaculis nimius aut seditiosus sit, rationes dominicas intercidat, adulteret, rationem commissam turbet, luxuriosus, contumax, stuprum faciat aut patiatur; & denique ad solitas alias seruorum nequitias, de quibus Mornac. *in l. si quid venditor* 10. *D. de Ædilitio edict.* impellit, seruum sine dubio corrumpit; quia deteriorem illum facit, quare edicto Prætoris, & actione de seruo corrupto tenetur, sicut etiā si persuaserit vt dominum contemnat, *l.* 15. *D. eod.* quod nequidem prætextu religionis fieri vult Synodus Gangrensis *can.* 2. & refertur *c. si quis seruū* 17. *q.* 4. & in eos qui ita seruos corrumpunt anathema dicit; vide & Concilium sub Martino Papa *can.* 47. apud eundem Gratianum *can.* 38. *si quis seruum, ead. q.* 4. & apud Burchard. *lib.* 8. *can.* 25. & Iuon. *part.* 7. *c.* 43. Vult autem Martin. eum qui sic seruū docuerit, durissimè in omnibus argui, quare ne facilè aduersus dominos serui insolescant, seueriùs ab illis habendi sunt, nam vt ait Plin. *lib. 1. ep. 4. Mitium dominorum apud seruos ipsa consuetudine metus exolescit & inde maxima quæque facinora suscipiūt.* Vide Athenæ. *lib.* 6. indeque contumacia & noxia sequuntur, & non leue damnum domini; quare immitum si inde detur actio serui corrupti aduersùs corruptorem, immò vt in eum aliquando seuerè animaduertatur, vti scribit Vlp de eo cuius instructu seruus ad infamandum dominum, accurrit ad statuam, *l.* 5. *D. de extraord. crimin.* In hoc autem nostro casu officio Iudicis æstimatio facienda est, vt in *l. sancimus* 14. §. 1. & §. *æstimatio. D. de seruo corrupto*, quando aliter fieri potest, vt in *l. constitutionibus.* §. 1. *D. de iniur.*

Datur hæc actio vsufructuario qui vsumfructum serui habet, nam si illum deteriorem fecerit proprietarius, aduersus illum hac actione experiri poterit vsufructuarius, quia interest fructuarij bonæ frugi seruum esse in quo vsumfructum habet; quare non modò aduersus proprietarium corruptorem agere poterit, sed & aduersùs alium quemcunque, qui seruum illum receperit, aut corruperit: quia fructuarius habet ius proprium, quod nullo modo 13

neque

neque proprietarius, neque alius lædere debet: neque eius causam deteriorem facere, *l. sed si quid* 15. §. *proprietatis, l. locum* 17. §. *ex eo. D. de vsufruct.* Datur igitur vtilis actio fructuario, vt dixi ex *l. si quis* 9. §. *si seruo, D. de seruo corrupto.*

Secundò qui seruum communem corrupit, tenetur socio hac actione, quamuis & communi diuidundo, & actione pro socio possit agere, *l. 9. in princ. D. de seruo corrupto*, quia æquè corrupit seruũ, atque extraneus corrupisset socij damno. Quoad receptionem idẽ dicendum est, si socius dolo malo illũ receperit, quod nõ facilè contingit neq; præsumitur. Quare illius doli mali ea receptione, debebit esse liquida probatio, vt obseruat Faber in eam *l. 9.*

Tertiò inter coniuges agi potest etiam constante matrimonio serui corrupti nomine, sed in simplum, fauore nuptiarum: ita Marcian. *l. vlt. D. de seruo corrupto.* Neque dicas hanc actionem pœnalem esse & turpem, qualis non datur inter coniuges, etiam soluto matrimonio propter illius honorem, *l. 1. D. rerum amotar.* Respondeo enim hanc actionem nõ esse pœnalem nisi ratione dupli, non ratione simpli quod datur hoc casu inter coniuges; quamuis autem actio de seruo turpis sit, non tamen si honestiori nomine temperetur, agaturque actione in factum, vt *in l. 2. C. rerum amotar.* De hac quæstione consule fusiùs disputantem Anton. Fabrum *de erroribus pragmatic. errore* 1. & 2.

Quartò tenetur hac actione qui seruum hæreditarium corrupit *l. 13. §. sed & si quis. D. de seruo corrupto*: quia seruus hæreditarius celari & corrũpi æquè potest, atque alienus, cùm hæreditas personam defuncti repræsentet in dominio rerum hæreditariarum, quod æquè iuris est, vnde domina dicitur, *l. non minus* 31. §. *vlt. D. de heredib. instit. l. hereditas* 34. *D. de acquir. rerum domin.* & alibi.

Dices non posse agi furti serui hæreditarij nomine, *l. hereditaria* 69. *D. de furtis*. igitur neque serui corrupti. Hæ siquidem actiones similes sunt, *l. Neratius* 11. §. *vlt. D. de seruo corrupto.* Respondetur eò non posse agi furti, nomine serui hæreditarij, quia furtum est interuersio possessionis alienæ, quæ possessio nulla est penes hæreditatem, quæ est nomen iuris, & persona ficta; possessio autem facti: vt res igitur aliqua sit hæreditaria, non est opus vt à quoquam possideatur, nam etiam iacente hæreditate, hæreditaria est, vt iã ostendi in seruo qui proinde potest corrumpi, & qui corruperit tenebitur actione de seruo corrupto, & præterea petitione hæreditatis quasi prædo, vt ait Vlp. *l. 13. cit.* §. 1. nã debitor hæreditarius conueniri potest hæreditatis petitione, quia iuris possessor est, quod sufficit ad illam actionem inducendam, *l. pro herede* 11. *l. nec vllam* 13. §. *vlt. & ll. sequent. D. de heredit. petition.*

Quintò qui corrupit seruum quem liberum putabat, nihilominus tenetur actione serui corrupti, immò magis deliquisse ait Vlp. *l. 5. §. si quis, D. de seruo corrupto*, & teipsa seruum quem alienum putabat, dolo malo persuasit, vt deterior fieret.

14 Non tenentur verò hac actione primò bonæ fidei possessor, vt qui bona fide seruum emit, *l. 1. §. qui bona fide, D. de seruo corrupto*; quia fieri non potest vt bonæ fidei possessor seruum, quamuis alienum dolo malo corrũpat, siue recipiendo, siue dolo mal... persuadendo, cùm putet se esse dominum, nam dolum malum nemo sibi inferre potest, quamuis metum sibi ipsi quis incutere possit, *l. si mulier* 21. *D. quod metus causâ.* Requirit verò Prætor ad hãc actionem concedendam, dolum malum, vt iterum dicam statim: quare alia est ratio legis Aquiliæ quæ datur etiam aduersùs bonæ fidei possessorem, *l. si eo tempore* 38. *D. ad l. Aquil.* quia ea actio datur ex qualibet culpa etiam leuissima *l. 44. D. eod.* in culpa autem est bonæ fidei possessor, qui alium seruũ esse putans, vulnerat, aut occidit, quia etiam ipse dominus teneretur si alius quispiam posset contra eũ agere, etsi actio legis Aquiliæ non esset comparata solius domini fauore: cùm autem bonæ fidei possessor tale quid fecit, etiam sine dolo malo, dum re sua abuti se existimat, quod nõ est extra culpã, §. 1. *Inst. de his qui sui vel alieni iuris sunt*; nõ deest persona cui actio Aquiliæ possit accommodari, nimirũ dominus cui iniuria facta, & damnum illatum est, *l. non solũ* 13. *D. de rei vindic.* Nihilominus si seruus tibi bona fide seruiens aliũ corruperit, noxali actione ex eius persona teneberis, *l. doli* 5. §. *si seruus. D. de seruo corrupto, l. bona fide* 10. & *l.* 11. & 12. *D. de noxali action.* cũ aliud sit teneri bonæ fidei possessorem de seruo corrupto ea propria persona, aliud ex persona serui noxaliter, & cum noxæ deditione.

Secundò si seruus communis proprium meum corruperit, non possem agere cum socio, sed eodẽ modo se res habebit atque si seruus conseruũ corrupisset, *l. vt tantùm* 14. §. *si seruus. D de seruo corrupto.* Ita Paul. *l. cit.* allegans Sabinum. Ratio est quia seruus mihi tecum communis, non minus est meus, quàm tuus, *l. 3. §. 1. l. 6. D. de legat.* 1. Atqui cũ seruo meo proprio, qui alium seruum meum, aut etiam communẽ corrupisset, nulla mihi posset esse actio, *l. 5. D. de re iudic. l. cum seruo* 207. *D. de regul. iur.* ergo neque mihi potest competere tecum noxalis actio si seruus communis meus, & tuus simul seruũ meum corruperit, non magis quàm si seruus meus proprius, conseruum corrupisset, estque illa regula generalis, eum qui serui communis nomine tenetur aliis in solidum, non posse eiusdẽ serui nomine agere noxali actione neque cum socio, neque cum alio, *l. pen. C. de furt. l. sed si vnius* 17. §. *si seruus. D. de iniuriis.* Quia tamen perpetuum ius est dominum debere præstare factum serui, neque malum illud consilium, & dolo malo persuasio impunita esse debet, dabitur mihi contra te in hoc casu actio vel pro socio, si socij sumus, vel communi diuidundo, si condiuisores, vel familiæ erciscundæ, si cohæredes, *l. si seruus seruum* 17. §. 1. *D ad l. Aquil. l. cùm seruus* 41. *D. de noxal. action. l. & puto* 6. *D. familia erciscunda*, §. *vlt. per* per quas actiones dominus serui corrupti cõsequitur, vt vel sibi seruus adiudicetur, vel litis æstimatio in simplum offeratur, ita vt hæ actiones quamuis ex quasi contractu profectæ, noxales quodammodo videantur, *l. si seruus* 6. *D. de furtis.*

Tertiò non tenetur pater qui filij, nec pat onus qui liberti seruum corruperit, *l. nec serui* 6. *D. de obsequiis à liberis.*

Quartò qui sine dolo malo seruum alienum recepit, vel persuasit, non tenetur hac actione, *l. 3. & 4. D. de seruo corrupto*: v.g. si lusus gratia, si non deteriorem fecerit.

Quintò si seruus communis extraneum corruperit, vnusquisque dominus tenetur in solidum, & altero soluente, alter liberatur, ita Paulus *in d. l. vt tantùm* 14. §. *item si seruus. D. de seruo corrupto*; hoc enim commune est omnibus actionibus noxalibus, quæ contra plures dominos vnius serui, ex eiusdẽ serui delicto competunt, vt dentur aduersùs singulos in solidum, neque sufficit vt qui conuenitur, partem quam in seruo habet noxæ dedere velit si non totum dedat, quia noxæ deditio indiuidua est, *l. si seruus communis* 8. *D. de noxal. action.* vno tamẽ

soluente alterū liberari necesse est, quia est delictum vnius serui, & damnum vnum, licet sint plures domini, qui non conueniuntur ex proprio capite, sed ex persona cōmuni, vt differit Paul. in *l. qui seruum 20. D. de interrog. in iur. faciend.* & bona fides non patitur vt idem bis exigatur, *l. bona fides. D. de reg. iur.*

Sextò Titius seruum Mæuij sollicitauit vt domino quidpiam subriperet & ad se afferret, seruus rem totam domino retulit, qui vt Titium in delicto deprehenderet, permisit seruo clanculum res illas subripere, & Titio deferre. Quæsitum itaque est an Titius serui corrupti, vel furti teneretur, & quonam iudicio cum illo experiendum esset. Respondit Iustinian. vtroque iudicio teneri, *§. vnde illud quæsitum, Inst. de obligation. quæ ex delicto.* Consentit *lex si quis 20. C. de furtis*, quia licèt illa sollicitatione seruus Mæuij non fuerit factus deterior, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis serui introductum est, & videndum est ne ex huiusmodi impunitate, in alium seruum, qui posset corrumpi, id facere pertentet.

15 Hæc actio serui corrupti competit domino, ex edicto Prætoris, & non alij, nisi vt nuper dixi, vsufructuario. Datur quoque hæredi, & successoribus domini, *l. hac actio 13. D. de seruo corrupto*, siue manserit in hæreditate ille seruus, siue legatus alteri, & quo alio modo ab hæreditate alienatus, *l. sed & si 8. D. eod.* quia actiones mixtæ quæ saltem ex parte actoris rei persecutionem continent, quamuis simul pœnales sint, dantur hæredi, non tamen in hæredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, quia illud interest hæredis. *§. non autem. Inst. de perpet. & tempor. action.* atque alibi. Actio verò de seruo corrupto est mixta, & pœnalis quidem ex parte rei, qui ob delictum conuenitur, & ex parte actoris, quatenus datur vltra simplum. Est quoque rei persecutoria vsque ad simplum, atque adeò mixta est, vt vides. Et sanè hæredis interest, locupletiorem enim hæreditatem haberet si seruus corruptus aut receptus damnum non fecisset defuncto. Quod verò exierit ab hæreditate nihil facit ad denegandam actionem hæredi, quia inspiciendum est tempus quo seruus corruptus est, *leg. 5. §. vlt. D. de seruo corrupto.* Cùm vt statim dicam prætexiu vtilitatis existimatio facienda sit: inspiciendum itaque est cuius tunc esset seruus, non cuius hodie sit, tunc autem erat defuncti seruus, cuius personam hæres, non legatarius refert. Damnum præterea quod intulit, non legatario nocet, sed hæredi cuius hodie hæreditas minor est, quàm fuisset. Neque simile quid contingit in actione furti, quæ non competit hæredi, sed legatario, & alij cuilibet domino, si rei subreptæ dominium fortè mutatum sit quapiam ratione. Quod docet Paul. *in l. si dominium 47. D. de furtis.*

Non datur porrò hæc actio in hæredem corrumpentis, quia pœnalis est, *l. 13. D. de seruo corrupto.* neque verum est actiones prætorias, quæ sunt perpetuæ dari in hæredem: nam actio furti manifesti, licèt tota pœnalis sit, prætoria, famosa, & perpetua, *§. 1. Instit. de perpet. & tempor. action.* non tamen datur in hæredem, vt ibi ait Imperator. In actionibus mixtis quæ sunt & rei persecutoriæ, & simul pœnales, facilè est vt sint perpetuæ quatenus sunt rei persecutoriæ, & non dantur in hæredem quatenus pœnales. Fauor persecutionis facit eas perpetuas modò sint persecutoriæ rei ex natura sua, & nō tantùm arbitrio iudicis. *l. 5. §. vlt. D. de alien. iudic. mutat. caus. fact.* odium verò pœnæ facit vt non transeant in hæredem, quia in illum nunquam pœna transire solet, *l. si pœna 20. D. de pœn.*

Hæc actio datur in duplum ex ipso edicto Prætoris *l. 1. D. de seruo corrupto*, & *l. si quis 9. D. eod.* in vxorem tamen quæ seruum mariti corrupit, non datur nisi in simplum, *l. serui 17. D. eod.* Si etiam seruus seruave corrupisse dicuntur, liberatur dominus noxæ deditione, *l. 5. § seruus. D. eod.* Qui seruum reipublicæ ad fugam sollicitauit, vel auocauit, corrupto alium subrogare debet, & duodecim solidorum summam soluere *l. mancipia 5. C. de seruis fugitiuis.* Si actor rerum agentis corruptus dicatur, vel eiusmodi alius, cuius iactura ad totius domus euersionem pertinet, seuerissima & extraordinaria pœna vti debet præses, *l. vlt. D. de officio præsid.* quod etiam statuendum est in eum cuius instinctu seruus ad infamandum dominum ad statuam confugit; nam is præter propositam pœnam, seuerissimè puniendus est, *l. in eum. 5. D. de extraordin. crimin.* 16

In æstimationem verò dupli hæc seruanda sunt. Primò enim ipsa res in duplo non continetur, *l. vt tantùm 14. §. in hac. D. de seruo corrupto.* Secundò quanti ea res est, duplatur *l. in edicto. D. eod. l. si quis 9. §. fin. D. eod.* quanti seruus minoris æstimatur & inutilior existit, *l. 9. cit.* & *l. 14. §. æstimatio.* id verò iudicis arbitrio expediendum est. Tertiò hæc æstimatio refertur ad tempus serui corrupti, vti nuper monui ex *l. 5. §. fin.* Quartò æstimatio fit de omni damno, ex ipso edicto, & *l. in hac 10. D. eod.* & consequenter de rebus omnibus quas seruus abstulit, ex *l. 10 citata.* Quintò qui seruum alienum corrupit, vt damnum Titio faceret, non tantùm tenetur ad id quo deterior factus est seruus, sed etiam ob id quod illius dominus præstiturus est Titio, cui seruus corruptus damnum intulit, *l. vt tantum 14. § eis consequentes, D. de seruo corrupto.* nisi tamen seruus ita corruptus, deinde propter consuetudinem peccandi aliquid aliud fecit, quo dominus teneatur, *l. Neratius 11. D. eod.* vbi Neratius ait furta postea facta in æstimationem non venire, quod probat Vlpian. ex verbis edicti, *quanti ea res est*: pronomen enim, *ea*, addidit vt significaret se non simpliciter, & vniuersaliter comprehendere quidquid quoquomodo interesset, sed restringeret ad id tantummodo quod ex causa illius corruptionis, & immediatè interesset, ac proinde excluderet furta aliaque crimina, quæ deinceps ille seruus corruptus, non tam ex proxima illa corruptione, quàm ex praua sua consuetudine deliquisset. Exemplum subiicit Vlpianus de seruo cui persuasi chirographa debitorum corrumpere, illeque corruperit, tenebor eo nomine, & quantum tua interest non esse corrupta à seruo tuo debitorum chirographa, quia seruus tuus ad hoc à me corruptus fuit, vt chirographa debitorum corrumperet, & reipsa corrupit. Si verò postea consuetudine peccandi rationes suas, similiáque instrumēta subtraxerit, vel expunxerit, vel omninò deleuerit, non tenebor tanquam corruptor horū nomine, quia licèt cōsuetudo quæ ex pluribus malis actibus contrahitur, à primo delicto quod per meam persuasionem & corruptionem admissum est, causam & originem sumpserit, nihilominus verum est, quæ per consuetudinem peccandi fiunt, habere aliā immediatā & proximā causam quàm ipsā consuetudinem, quæ aliud non est quàm similiū actuum iteratio, quæ habitum quidem & inclinationem ad similes actus gignit, singuli tamen actus suas habent singulares causas, & non ipsam consuetudinem, nisi per quasdam consequentias quæ non solent attendi in iure, ne res abeat in infinitum, *l. 1. l. quod dicitur 7. D. de author. tutor.* & ne æstimatio eius quod interest crescat in infinitum, quod prohibet

bet

bet *l. vn. C. de sentent. pro eo quod inter. l. si sterilis 21. §. cum venditorem. D. de action. empt. l. ex damno 40. D. de damno infecto.* Sapienter igitur Vlpianus Neratium sequutus dixit non venire in æstimationem serui quæ post primam corruptionem deinde sponte sua patrauit, & non iam persuasus & sollicitatus à primo corruptore fecit: quare quod scribit Vlpianus; *Nam & verba edicti quanti ea res erit, omne detrimentum recipiunt*, mendose legi, apponendamque esse negationem hoc modo, *nec verba illa edicti, quanti ea res erit, omne detrimentum recipiunt*: alioquin secum ipse pugnaret Vlpian. & destrueret quod probare intendit, vt docet Anton. Faber *in errat. l. Neratius 11. D. de seruo corrup.* & fusiùs *lib. 5. coniectur. cap. 8.*

Sextò si ita inutilis factus fuerit seruus, vt expediat eum non habere, est in arbitrio domini vtrum retento seruo, damnum quanto deterior seruus factus est, in duplum sibi præstari velit, an restituto seruo pretium eius consequi, *l. vt tantùm 14. §. interdum. D. de seruo corrupto.* vbi vide fusiùs commentantem Fabrum.

Denique dominus serui corrupti non modò iudicio serui corrupti, sed etiam furti, aliisque actionibus, variis ex causis agere poterit, prout libuerit. Exemplum habes *in l. dominus seruum 16. D. de seruo corrupto*; vbi dominus qui seruum dispensatorem manumiserit, comperit eius actiones non constare, & apud quandam mulierculam pecuniam consumpsisse, respondit verò Alfenus eo casu dominum posse agere cum ea muliere ratione serui corrupti, & furti pro pecuniis quas ad eam seruus detulerat.

17 Ad extremum restat vulgaris illa quæstio, cur Prætor iudicium, & actionem dederit pro seruo corrupto, & non pro filio corrupto, cùm tamen maximè noceat parentibus liberorum corruptio, quod vetera, nouaque exempla testantur. Vide Valer. *lib. 6. c. 15.* Respondet Paul. *l. vt tantum 14. §. 1. D. de seruo corrupto.* & fusiùs explicat Cuiac. *lib. 17. obs. cap. 11.* corrupto seruo minui quidem domini patrimonium, dignitatem tamen & famam integram manere, neque enim seruilis labes familiæ dignitatem labefactat: filio verò corrupto non minui patrimonium patris, in eo enim non est filius, sed minui splendorem, dignitatemque familiæ, cuius infamiam Prætor existimauit nemini esse sanum euulgaturum, ideoque non dedit actionem de filio corrupto, quia tamen pater hanc filiorum corruptionem, ex qua tam multa in suam familiam damna deriuantur, impedire debet, & si potest non relinquere hos corruptores impunitos, atque ita tueri æquè animum, atque corpus liberorum, dicitur enim pater à tuendis seruandisque liberis, quod obseruat Eustath. in Hom. *πατὴρ παρὰ τὸ παῖδας τηρεῖν*, poterit in corruptorem filij, filiæve experiri vtili iudicio, vti concedit Paul. §. 1. *cit.* hoc est in factum, verbis obscuris, temperatis, mollioribus, si non meminerit corruptionis, & opprobrij quod domui suæ contigit. In eo iudicio iudex æquus æstimabit quid commodi perciperet pater ex filio, si bonus & frugi esset, sicut filio subrepto competit patri actio furti, in qua æstimatur quanti patris intersit, veluti ob lucra acquisitionum, quæ fur intercepit patri, eaque duplantur, *l. eum qui, §. filiusfamilias, l. mater. D. de furtis.*

§. XI.

De seruis fugitiuis.

18 QVia qui fugitiuum seruum celauit, fur est, inquit Vlpian. *l. 1. D. de fugitiuis*, idcircò inter delicta quibus res proximi, & fortunæ violantur, quod maximè fit furto, de fuga seruorum & eorum receptione & occultatione disputamus hoc loco, quia in his furtū admittitur, nam licèt fugitiuus neque sui, neque aliarum rerum domini possessionem interuertere sua fugâ possit, *l. rem quæ nobis 15. D. de adquir. possess.* id tamen agit quantum potest, vt suum furtum faciat, *l. 3. C. de fugit.* Vnde etiā sequitur illū qui fugitiuum celat, furem quoque esse, vt dicebat Vlpian. cum habeat animum lucrandi, si fieri possit, eum seruum, & interuertendæ possessionis domini; estque pessimum furum genus, receptatorū, sine quibus nemo diu latere potest, *l. 1. D. de recept.* neque seruus deserto domino fugeret, si sciret se nusquam latere posse, *l. seruo 12. D. de agric. & censit.* Denique si hi serui non essent furtiui, possent vsucapi longa possessione, atque ita illis sæpius domini priuarentur. Aliud verò est fugitiuo monstrare iter, ille enim non furatur *l. furtum 62. D. de furt.* aliud verò fugitiuum celare, ne illum dominus inuenire possit, hic enim, vt iam ostendi, furtum committit, cùm domini possessionem interuertat; immò & tenetur *l. Fabia de plagiariis.* Immò si receperit dolo malo ex domini occisi familia seruum aliquem eius cædis noxium, tenebitur lege Cornelia de sicariis; si tamen sine dolo malo, sed vel humanitate, vel misericordia ductus, aliáve iusta causa receperit seruum, neque serui corrupti, neque furti tenebitur, *l. doli 5. D. de seruo corrupto.* Neque semper, vt dominos fraudent, sed vt se miseris vexationibus liberent, fugiunt, quod monet Saluian. *lib. 4. de prouidentia. Ad fugam seruos non miseria tantùm, sed etiam supplicia compellunt, pauent quippe actores, pauent silentiarios, pauent procuratores, propè vt inter istos omnes, nullorum minùs serui sint, quam dominorum suorum. Ab omnibus cæduntur, ab omnibus conteruntur, quid amplius dici potest? Multi seruorum ad dominos suos fugiunt dum conseruos timent; vnde illorum fugam non tam ad eos debemus referre qui fugiunt, quam ad eos qui fugere compellunt. Vim patiuntur infœlicissimi, famulari optant, & fugere coguntur: discedere à seruitio dominorum suorum omninò nolunt, & conseruorum suorum crudelitate non permittuntur vt seruiant.* Ita seruorum fugam aliquando conatur excusare Saluian. quod idem facit circa furta, & mendacia quorum insimulari mancipia solent.

Serui fugitiui varias definitiones ex Ofilio, 19
Cælio, Cassio, & Viuiano veteribus Iurisconsultis adducit Vlpian. *lege quis sit 17. D. de ædilitio edicto*, quæ eò tandem recidunt, vt velint illum seruum esse fugitiuum, qui domini domum deserit ea mente, vt dominum relinquat, quamuis deinde mutato consilio redeat ad dominum. Itaque non solum recessus à domini domo, & fuga materialiter sumpta attendi debet, vt ait Viuianus, sed animi propositum; quid enim si discedat vt hostem, latronem, incendium, ruinamve fugiat, & aliis eiusmodi periculis se subducat, an fugitiuus iure dicendus erit, quid si in prouinciam missus à domino, æstimat illum esse mortuum, & se ab eo manumissum, ideóque non redeat, & se pro libero gerat, non erit fugitiuus, vt Cælius *citata lege 17.* sapienter dixit; quia sine fugæ consilio id fecit. Qui si ad amicum domini deprecaturus accedit, & confugit, licèt eo animo, vt non impetrato auxilio, domum non reuertatur, nondum fugitiuus est, quia non solùm consilij, sed & facti, fugæ nomen est,

l. bonem 43. §. 1. *D. de adilit. edict. l. si quis* 17. §. *idem ait. D. eod.* Dixi autem deberé fugere à domino, nam si à magistro & præceptore, aut ab eo cui fuerat commodatus recedat, quia seueriùs tractabatur, aut alia quapiam de causa, non est fugitiuus, si tamen ad dominum non reuertatur, nec dum recedit reuertendi animum habeat, fugitiuus omninò erit, *l. quis sit* 17. §. *item ne eum quidem. D. de adilit. edict. l. si bonem* 43. §. *si seruus. D. eod.* nisi fortassis vt faciliorem obtineret veniam cuiuslibet delicti, abiit, fugitiuum non esse pronuntiat Viuianus *cit. l.* 17. §. *item Viuianus.* Similes alios casus ibidem leges. Moneo dumtaxat non satis esse propositum & voluntatem fugiendi, nisi reipsa fugerit, & discesserit, *l. fugitiuus* 225. *D. de verb. signif.* nisi tamen domi latitans in omnem fugiendi occasionem sit intentus, aut iam fugam incipiens, sit comprehensus, vt dicitur citata *l.* 17. De hoc igitur seruorum furto, quod initio diximus admitti ab illis qui fugitiuos admittunt, pauca dicenda nobis sunt.

20 Primò igitur Senatusconsulto probibitum fuit hos fugitiuos celare, & protegere, siue id faciant villici, siue procuratores possessionum, qui & ipsi conscrii erant, vetatque etiam in saltus admitti, *l.* 1. §. *Senatus. D. de fugitiuis.*

Secundò Senatus ibidem mulctam constituit iis, qui hos fugitiuos celauerint, non aperit tamen Vlpian. *in l.* 1. *cit.* dum hoc Senatusconsultum refert, quænam fuerit hæc mulcta, neque eam nos colligere possumus ex *l. quicumque* 4. *C. de fugit.* in qua Constantinus fugitiuorum susceptores certis, iisque grauibus pœnis afficit; nam Vlpianus ad illam Constantini constitutionem alludere non potuit, cùm illam præcesserit. Alij volunt esse mulctam centum solidorum fisco præstandam, cuius meminit Vlpian. §. *sequenti.* sed illa ad alium casum ibidem expressum pertinet: veriùs existimat Anton. Faber *in eum* §. mulctam illam cum non exprimatur, fuisse arbitrio iudicis pro lenitate aut grauitate criminis imponendam, addit eam mulctam non potuisse esse pecuniariam aduersùs seruos, quibus nulla pecunia esse potest. Suspicatur denique verba illa esse Triboniani.

Tertiò his villicis, & procuratoribus, & receptoribus veniam facit si seruos fugitiuos à se susceptos intra viginti dies reddant dominis, vel magistratibus exhibeant, & ante actum crimen dimittit.

Quartò similem impunitatem præstat Senatus illi, qui fugitiuos quos reperetit in agro suo, dominis vel magistratibus tradiderit, intra præstituta tempora, id est intra viginti dies iam assignatos.

Quintò permittit Senatus etiam militi & pagano inquirere seruum fugitiuum, etiam in prædia Senatorum & paganorum, quod etiam permiserat lex Fabia de plagiariis, & aliud Senatusconsultum Modesto Consule factum, ac denique Diuus Marcus, & Commodus in epistola sua, quod item Diuus Pius rescripsit, & nequidem prædia Cæsaris exceperunt isti Imperatores, vt habetur *l.* 3. *D. de fugitiu.* non tamen permittunt in domos Cæsaris, aut Senatorum ad hanc inquisitionem penetrare, fieret enim iniuria dignitati, si in iis domibus latens reperiretur fugitiuus, quem Senator latere negasset, haberetur enim vt occultator, & fur, vt initio dixi.

Sextò iubet Senatus dari litteras ad magistratus, vt iuuarent inquirentes; quod Imperatores fieri quoque à Præsidibus, Magistratibus, militibus, stationariis volunt; quare ex Pij rescripto, qui fugitiuum in prædiis alienis inquirere volebat, adire poterat Præsidem, qui ei litteras ad hoc daret, aut si opus esset, apparitorem, & pœnam constitueret in eum qui inquiri vetaret, idque moribus nostris receptum est vt hæ per domos alienas inquisitiones non fiant, nisi authore, & mandante iudice, quod docet Boeri. *quæstione* 174. *de inquisitione furti in aliena domo*: de habitu inquirentis, qui licio cinctus erat, & lance ob oculos posita, diximus aliàs ex Festo, *v. lance.* Plat. *lib.* 12. *de legib.* Turnebo *lib.* 30. *cap.* 23. & aliis.

Septimò qui fugitiuum apprehendit, in publicum deducere debet, *l.* 1. *de fugitiuis*, §. 3. hoc est vel Magistratibus municipalibus, vel publicis ministeriis exhibere.

Octauò monentur Magistratus vt eos diligenter custodiant ne euadant, ad quam diligentiorem custodiam etiam vinciri poterunt.

Nonò eorum nomina & notæ quæcunque ad magistratus deferri debent, vt faciliùs agnosci & percipi possint, tamdiuque custodiuntur isti fugitiui, quamdiu ad præfectum vigilum, vel ad præsidem deducantur, quæ omnia traduntur *illa lege* 1.

Decimò si fugitiui liberos se affirment, grauiùs multò coerceri debent, *l.* 2. *D. eod.*

Vndecimò Irenarchæ & stationarij fugitiuos deprehensos custodiant & retineant. Magistratus municipales ita deprehensos transmittant ad prouinciæ præsidem vel Proconsulem, *l.* 4.

Denique rescripsit Diuus Pius vt serui fugitiui, qui se in arenam dederint, non idcirco subducantur potestati domini, sed illi repetenti restituantur.

Ad extremum moneo cum Mornac. *in D. de fugitiu.* huius tituli vsum seruandum in monachis discinctis, qui fugientes è claustris furtum sui faciunt. Abbates verò posse vindicare fugitiuos, quod Senatus quoque decreto sancitum fuisse refert anno 1613. 14. Maij aduersus Io. Bichelium, officialem Cœnomanensem, & Iacobum Pillerium Promotorem, qui arrogata sibi cognitione de segnioris cuiusdam Bellilociani Monachi excursionibus, reddere illum poscentibus monasterij Præfectis noluerant, qui Præfecti ad Senatum prouocarunt ab officiali sententia, tanquam ab abusu.

Quoad pœnas celantis seruum fugitiuum, vide *C. de seruis fugitiuis*, *l.* 4. vbi etiam *l.* 2. de pœnis ipsorum seruorum, maximè si ad Barbaros transeant.

§. XII.

De libero homine exhibendo.

NOn solùm receptatione fugitiuorum seruorum violamus ius alienum, sed etiam aliquando detentione liberi hominis, licet ille non numeretur in nostris rebus & bonis, sicut seruus. Ex huius tamen detentione dolo malo facta plurimum aliquando nocumenti nobis obtingit, atque adeo per eam violamur maximè, cum sæpè nostri iuris sit qui detinetur; idcirco iubet Prætor vt quem hominem liberum dolo malo quis retinet, exhibeat; estque interdictum de homine libero exhibendo: itaque est interdictum exhibitoriū libertatis tuendę causâ latum, *l.* 1. *D. de homine* libero exhibēdo; neque refert vtrū sit pubes, an impubes, masculus an fœmina, sui iuris, an alieni, tantùm enim spectatur an liber sit, *l.* 3. *D. eod.* Exhibere verò est in publicum producere, & videndi tangendique hominis potestatem facere. 21

facere, quod non aliter fit quàm si extra secretum habeatur, *l. 3. §. ait prætor.* Hoc interdictum populare est, & omnibus competit, *l. 3. §. hoc interdictum*; quod si plures experiri volunt, Prætor magis idoneum eligere debet, *l. 3. §. si tamen plures*: non potest sæpius moueri, nisi ex iusta causa, *l. 3. §. si postea tamen*; perpetuum est, *l. 3. §. ult.* datur etiam in absentem, ita vt si non defendatur, in bonorum eius possessionem mittatur aduersarius, *l. 3. §. penult.*

22 Non tenetur tamen hoc interdicto qui liberum hominem, quem detinet, habet in sua potestate: quia dolo malo non videtur habere, qui suo iure vtitur, *l. quod & lex 3. §. is tamen. D. de hom. lib. exhibend.* quod etiam sine dolo malo censetur facere, nisi contrarium euidentissimè constet. Qui retinet filium, libertum, alumnum, vel noxæ deditum adhuc impuberem, *ead. l. 3. §. si eum quis.* Idem dicet de eo qui retinet eum, quem ab hostibus redemit, *l. 3. §. si quis eum*, & qui iustam causam habet retinendi, *l. 3. §. & generaliter*: v. g. qui putat suum seruum esse: non si dubitat seruus an liber sit, tunc enim agendum erit de causa libertatis antequam teneatur exhibere, *l. 3. §. planè si dubitat*, & *l. si quis, 4. §. Trebatius. D. eod.* Qui etiam nescit illum apud se esse, dolo malo caret, *l. 3. cit. §. is qui nescit.* Si volentem etiam retineat, nisi tamen calliditate circumuentum, aut seductum, vel sollicitatum sine bona & probabili ratione id faciat, tunc enim dicetur dolo malo retinere, *l. 3. §. si quis* volentem. Eius exemplum habes *l. 4.* vbi etiam idem contingit, quando retentus suum statum retinet, quem retinere non ignorat.

Aliquando loco huius interdicti agitur ea lege Fabia de plagiariis, *l. 3. citat.* si parentes sibi liberos exhiberi postulent, peculiare ipsis interdictum competit, *D. de liberis exhibendis*, sicuti & marito qui postulat sibi vxorem exhiberi, *l. 2. D. eod. l. si ad instar 3. C. eod.* & *l. si inuita 11. C. de nuptiis.* Denique creditori non competit interdictum vt debitor exhibeatur, nec enim debitorem latitantem exhibere quisquam cogitur, sed in bona eius ex edicto prætoris itur, *l. si quis 4. §. fin. D. de libero homine exhibendo.*

§. XIII.

De abigeatu.

23 Abigeatus furtum quoddam est, *l. 2. D. de abigeis*, neque differunt nisi quantitate, & modo: nam abigei propriè habentur qui pecora ex pascuis, vel ex armentis subtrahunt, & abigendi studium quasi artem exercent, equos de armentis, vel oues de gregibus abducentes, *l. 1. §. abigei. D. de abigeis*: & oues, ac pecora, pro numero abactorum, aut furem, aut abigeum faciunt. Quidam decem oues gregem esse putauerunt, porcos etiam quinque, vel quatuor abactos; equum, bouem vel vnum abigeatus crimen facere, *l. oues 3. D. eod. l. aut facta 16. §. quantitas. D. de pœnis.* Qui etiam sæpius abegerunt, licèt semper vnum aut alterum pecus subripuerint, abigei tamen sunt, *l. 1. §. qui sæpius, D. eod.* Qui tamen pecora quæ abegit sua esse putauit, criminis huius immunis habendus est, dicta *l. 1. §. fin.* Abigei vel vt fures coercentur, vel vt abactores, quod ex animalium quantitate, vti iam dixi, discernitur, vel ex studio, & arte abigendi: nam quod iam monui, qui studiosè vnum equum aut bouem abduxerit, abigeus est, *Nouell. 22.* ἢ ἵνα τῶν καλουμένων ἀβακτόρων οἷς ἐστι φροντὶς τοῦ ἀλλοτρίου ἐξελαύνειν ὑποζύγια ἢ βοσκήματα καὶ ταῦτα μεθιστᾶν ἑτέρωσε. Vide & Moscopulum in synopsi nominum Atticorum. Qui verò abigit casu, fur, *leg. 1. D. de abigeis, iam laudata*, vt fures tenentur ciuili actione in duplum, vel quadruplum; quo casu sine inscriptione agitur: vti abactores cessante actione ciuili extra ordinem accusantur: quo casu necessaria est inscriptio, quod omninò vult *l. vnic. C. de abigeis*, cùm ait abacti animalis accusationem, id est causam vel actionem non solùm cum inscriptione, sed etiam sine inscriptione proponi, quia cùm quis vnum duntaxat suem abegit, quo casu ciuili actione, quasi fur tenetur, nec propriè videtur in abigeatus extraordinarium crimen incidisse.

Cæterum abigei aliquando puniuntur gladio, aliàs ad metalli pœnam, aliàs ad opus temporarium damnantur, honestiore tamen loco nati relegandi sunt, aut ordine mouendi. Qui gladio abegerunt, non iniquè bestiis obiiciuntur, *l. 1. D. de abigeis*, qui porcum, aut capram, aut veruecem abduxit, non tam grauiter quam qui maiora animalia abigunt, plecti debet; quod etiam verum est in eo qui è stabulo domitum pecus abegit, plenius enim coercendus est, quàm si à sylua, aut grege abduxisset, vt dicitur *l. oues, 3. D. eod.*

§. XV.

Arborum furtim cæsarum.

Pergo ad alia furta, & damna rebus, ac fortunis nostris illata: si furtim arbores cæsæ sunt, & l. Aquilia, & ex XII. Tabul. dandam esse actionem, ait Paul. *in l. 1. D. arborum furtim cæsarum.* 24
Plin. autem *lib. 17. cap. 1. Fuit*, inquit, *& arborum cura legibus priscis, cautumque est XII. Tabul. vt qui iniuria cecidisset alienas, lueret in singulas æris XXV.* Furtim verò cædit qui clam cædit ignorante domino, & celandi causâ, *l. 7. D. eod.* non est tamen hæc actio cæsarum furtim arborum, actio furti, quia sine furto fieri potest vt quis arborem cædat, *leg. 7. & leg. 8. D. eod. Aliud est*, inquit, Hotman. *in l. XII. Tabul. furtim cædere arbores, aliud furti causa cædere, in illo damnum iniuria est, in hoc furtum, & qui ceciderit, & lucrifaciendi causa contrectauerit, etiam furti tenebitur lignorum causa. Qui alia causa ciciderit, damnum intulit, & lege Aquilia conueniri poterit, non actione furti.* In hac quæstione videndum est quid sit cædere, & quid nomine arborum intelligatur. Cædere igitur inquit Paul. *leg. 5. D. eod.* est etiam cingere, succidere, subsecare, cædere est etiam ferire cædendi causa, id est crebris ictibus, vel securi, vel ascia succidere, sed & ferire, & vulnerare in totum, vel parte, *l. 5. & l. 7. §. etiamsi. D. arborum furtim cæsar.* Ictibus cædimus, ferris secamus, non cædimus, quare, quia cædendi verbo sectio non continebatur, addidit lex XII. Tabular. *secare.* Græci, vti obseruat Cuiac. *lib. 9. obseruat. cap. 12.* contenti sunt verbo cædendi generali; Latini diuiserunt in cædere & succidere: eandem arborem modò de arboribus cæsis dixerunt, modò de arboribus succisis, *l. in duobus 28. §. si colonus D. de iureiurando.* Vertunt itaque ἢ ἐκτεμεῖν ἢ ὑποτεμεῖν: *Neque enim cædit, vel subsecuit.* Cingere est deglabrare, vt ait Paul. *in leg. 5.* quod si in orbem fiat, arbores necat, ex Plin. *lib. 17. cap. 24.* Itaque

 propriè

propriè cingere est in orbem decortiare, vt ait Cuiac. vbi obseruat vsurpari, cingere, pro discingere, *Ζωννύειν ἀντὶ τοῦ ἀποζωννύειν*, vt stringere pro distringere. Hotman. tamen *in comment. l. XII. Tabul.* vult in *cingendi* verbo mendum esse, & legendum esse *stringendi*, nam in l. Aquilia, & in XII. Tabul. sic scriptum fuisse iure suspicatur. *Qui arborem alienam iniuria strinxerit, succiderit, ceciderit*; & in *l. 7. §. 2. D. arbor. furtim cæsar. Siue quis manibus suis, siue dum imperat seruo, arbores cingit, subsecat, cadit, hac actione tenetur.* Lege *stringit*: stringere verò arbores, est defrondare *ecloga 9.*

Agricola stringunt frondes.

Hoc est amputant, decutiunt. Vnde *in Georgic. lib. 1. v. 305.*

Sed tamen & quernas glandes tunc stringere tempus.

Æneid. 1. v. 556.

Et syluis aptare trabes, & stringere remos.

Defrondare, vel è syluis remos incidere, Plin. *lib 15. cap. 3. Qui medium temperamentum seruant, perticis decutiunt oleas cum iniuria arborum, sequentisque anni damno, quippe olivantibus lex antiquissima fuit, oleam ne stringito, neve verberato.* Itaque hoc ordine positam esse legem conicit Hotman. *qui alienam arborem strinxerit, succiderit, ceciderit*: quia stringuntur arbores in summo, succinduntur in immò, cæduntur in medio, qua etiam de causa verba Pauli. *l. 5. cingere est deglabrare, subsecare, est subsecuisse*, mendosa putat, & sic videri corrigenda; *stringere est deglabrare, supersecare*, & vtrumque verbum rei delucidandæ causa positum: statim enim addunt, *& succidere est securi secare, non enim poterat cecidisse intelligi qui serra secuisset*, & certè aliud est serra secare, aliud vi & impetu cædere. Itaque *in l. 7.* vbi sic legitur; *si quis radicitus arborem euellerit, vel extirpauerit, hac actione non tenetur, neque enim vel cadit, vel succidit, cùm subsecuit*: corrigi vult Hotman. *supersecuit.* Huic tamen coniecturæ Hotmani, videtur, vt ipsemet fatetur, obstare antiqua lex locationis, quæ refertur in *l. 29. D. locati. Redemptor syluam ne cadito, neve cingito, neve deurito, neve quem cadere, cingere, vrere sinito.* Ita vt verosimilius videatur veteres in his locis cingere pro discingere vsurpasse, vti obseruabat Cuiacius.

25 Verùm hæc grammaticalis lis non vitiat legis XII. Tabul. intellectum, videndum potiùs quid nomine arborum significetur in his legibus, & in primis Caius *in libro ad l. XII. Tabul.* vti refertur *l. 4. D. arbor. furt. cæsar.* ait non haberi arboris numero, id quod adeò tenerum est, vt herbæ loco sit. Vites tamen hac voce continentur. Plin. *lib. 14. cap. 1.* ait vites iure apud priscos magnitudine quoque inter arbores numerari, & idem Caius relatus *l. 2.* ait eos qui arbores, & maximè vites ceciderint, etiam tanquam latrones puniri: & Seru. *in 3. eclogam, v. 11. Atque mala vites incidere falce nouellas*; ait fuisse capitale supplicium incidere alienas arbores, quare in illis numerat vites. Hederæ quoque, arundines, & salicta in arboribus hac lege censentur, *l. vitem 3. D. eod.* debent tamen egisse radices, alioqui nondum arbores censentur, *l. 3. §. si quis, D. eod.* nisi quis ex seminario stirpitus arborem transtulerit, quamuis enim nondum terram comprehenderit, arbor tamen videbitur, ex Pomponio & Sabino. Labeo quoque putat arborem dici posse quæ subuersa radicitus reponi potest. Stirpes quoque oleæ siue radices egerint, siue non, arbores censentur, atque etiam ea cuius radices emortuæ sunt, si adhuc tamen terra continetur: quæ omnia traduntur *l. 3. citata.*

Hæc actio furtim cæsarum arborum datur domino, qui dominium directum, siue vtile habet, *l. 5. §. vlt.* licèt fundum vendiderit, *l. vlt.* Non datur fructuario *l. 5. §. pen.* datur hæredibus & cæteris successoribus, *l. 7. §. penult.* Si plures domini sint, datur vniuersis vna tantùm actio, & semel tantùm pœna præstatur *l. 6. §. 1.*

Competit aduersùs eum qui arborem succidit vel deglabrauit, vel subsecuit, vel cinxit modo explicato, vel aliquid horum fieri imperauit *l. 5. l. 7. §. si quis radicitus*, & *§. scire*, siue tota arbor, siue pars eius cæsa sit, *l. 7. §. etiamsi.* Qui autem arborem radicitus euulsit aut extirpauit, non tenetur ea actione *l. 7. §. si quis radicitus*, nec qui per vim sciente domino fecit, *l. 8. §. vlt.* nec hæres delinquentis, *l. 7. §. penult.* Si plures deliquerunt, cum singulis in solidum agetur *l. 6.* Si seruus inscio domino fecerit, noxale iudicium erit. *l. 7. §. si seruo.* Si colonus ceciderit, poterit cum illo agi ex locato, *l. si colonus 10. D. eod.*

Hæc actio datur in duplum facta æstimatione eius quod domini interest non lædi, *l. 7. §. fin.* de qua deducitur pretium ipsorum corporum læsorum, quæ apud dominum remanent, *l. facienda 8. D. eod.* Est actio pœnalis & perpetua, *l. 7. §. pen.* Concurrit cum actione legis Aquiliæ, ita vt posteriori actione deducatur quod actor priori iudicio consecutus est, & in reliquum condemnatio fiat, *l. 1. D. eod.* Deinde cum iudicio criminali, *l. 2.* Tertiò cum actione furti, condictione furtiua, & actione ad exhibendum, si quis ceciderit, & lucri faciendi causa contrectauerit, furti agetur, *l. facienda 8. §. igitur.* Si verò tantùm ceciderit, & non lucri faciendi causa contrectauerit, tenebitur tantùm arborum furtim cæsarum. Quartò cum actione locati, si colonus ceciderit, vt iam diximus, *l. si colonus 9.* Denique cum interdicto quod vi, aut clam. *l. pen.*

Si cuius verò arbor in vicini agrum impenderet, 27
eam dominus pedes quindecim à terra altius coercere poterit, ex l. XII. Tabul. & edicto prætoris, quod Vlpian. *l. 1. D. de arborib. cæd.* refert in hunc modum. *Quæ arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat quominus pedes quindecim à terra altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.* Addit Vlpian. *Quod ait prætor, & l. XII. Tabul. efficere voluit, vt quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur, & hoc idcircò effectum est, ne vmbra arboris vicino prædio noceret.* Idem scribit Paul. *lib. 5. sentent. cap. 6. Arbor quæ in vicini agrum imminet, nisi à domino sublucari non potest, isque conueniendus est, vt eam sublucet, quod si facere noluerit, à vicino luxuries ramorum compescatur.* Itaque Paulus vsurpauit sublucare pro luxuriem ramorum coercere, quòd sublucare significat, subiecto solo lucem immittere: deriuant aliqui à luco, quasi subtus lucare, lucum putare, dicitur & conlucare, implere luce lucum. Pompon. *in l. 6. D. de arborib. cæd.* scribit, *si arbor ex vicino fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex l. XII. Tabular. de adimenda ea rectè agi posse, ius ei non esse ita arborem habere.*

§. XV.

§. XV.

De vi bonorum raptorum.

28 QVamuis qui res alienas vi rapit furti teneatur, atque raptor fur improbus sit, non tamen aduersus illum agitur actione furti, sed propriam actionem eius delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum, & est intra annum quadrupli, post annum simpli, quæ actio vtilis est, etiamsi vnam rem, licèt minimam rapuerit. Si seruus fecisse dicatur, erit iudicium noxale, §. *qui res alienas, Inst. de vi bonorum raptorum, l. 2. D. eod. l. 1. C. eod.* Idem verò contingit siue quis ipse rapuerit, siue ab alio coactis vtatur ad rapiendum, *l. prætor ait 4.* & *l. 2. §. dolo malo, D. eod.* v. g. si per vim pecus abductum incluserit *l. 2. §. per vim. D. eod.*

Excipit tamen impuberē qui doli mali capax est si vim fecerit, nisi vim seruus vel familia admisisse probetur, *l. 2. §. impuberem, D. eod.* Si præterea collusor res per vim rapuerit *l. 1. §. 1. D. de aleatoribus.* Si dolo malo admisit, si etiam clam, & validè, & non per vim, & raptim, non tenebitur vi bonorum raptorum, & aliter mulctabitur, *l. 2. §. doli mali, l. 2. §. damni, §. etiam quis. §. hac actione, D. eod. §. ita tamen. Inst. tit. eod.* Nisi præterea quis rapuit rem vel suam, vel quam putat esse suam, vel sibi obligatam, *l. 2. §. hac actione. §. sed & si quis, D. eod. l. res ob 3. C. eod.*

Hæc actio non tantùm vi bonorum raptorum est, sed etiam damni dati, *l. 2. §. vel cuius. D. eod.* Datur verò hæc actio etiam non domino, quia non requiritur vt res sit in bonis actoris, sed sufficit esse ex bonis, & generaliter ex quibus causis furti actio alicui conuenit in re clam subrepta, ex iisdem causis actio competit propter rapinam, *cit. l. 2.* Esse verò actionem vtilem & in quadruplum, ita vt verum pretium quadrupletur, non id quod interest, initio monuimus, neque qui rapuit vitat pœnam rapti, si ante iudicium rem restituat, *l. pen. D. eod.*

§. XVI.

De damno in turba dato.

29 HVic damno affine est illud quod turba datur, non verò quod hominibus coactis dolo malo datum est, vel raptum etiam non coactis hominibus; sed est illud damnum quod dolo malo in turba datum est, etiamsi nō ipse turbam coegit, sed ad clamorem eius, vel misericordia turba contracta est, vel si alius contraxit, & ipse ex causa turba fuit: quare illud quidem edictum propter atrocitatem facti, quadrupli pœnam comminatur; at hoc dupli. Sed & hoc post annum tribuit experiundi facultatem; post annum in simplum competit. Denique datur hoc edictum de damno dato, vel amisso, de rapto non: amissa dicuntur quæ corrupta alicui relinquuntur scissa, vel fortè fracta, *l. 4. D. vi bonor. raptor.*

Turba porrò differt à rixa, & numero: nam turba est multitudinis hominum turbatio, & cœtus; itaque decem aut duodecim homines turbam faciunt, duorum, vel trium, vel quatuor est rixa, non turba, *l. 4. § turbam, D. eod.* tenetur hoc edicto, qui in turba damnum dedit vel dolo malo fecit, vt in turba damnum daretur, *l. 4. §. hoc autem, §. hoc edicto, §. si quis, §. sed & si.* Si verò extra turbam damnum datum sit, cessat hæc actio, *l. 4. §. docetque.*

Ex hoc edicto de dāno dato in turba, & de vi bonorū raptorum, datur actio hæredi cæterisq; successoribus, non tamen in hæredes, aliosque successores, nisi in id quod ad eos peruenit, *l. 2. §. vlt. l. 4. §. vlt. D. vi bonorum raptor.* & ex vtroque etiam illo edicto datur actio noxalis ob factum serui, *l. 2. & l. 4. §. pen. D. eod.* vbi dari actionem in seruum, id est, in dominum ratione & nomine serui dicitur.

§. XVII.

De damno ex incendio, naufragio ruina, &c.

SEquitur & aliud Prætoris edictum de incendio, ruina, naufragio, rate, & naue expugnata, nempe si ex illis quidpiam raptum sit dolo malo, vel aliquid damni in his rebus datum sit, actio in quadruplum, intra annū datur, deinde in simplū, in seruum quoque & familiam iudicium noxale, *l. 1. D. de incendio, ruina, naufragio, l. expugnatur 6. D. eod. l. 3. D. eod.* Requiritur porrò dolus malus, & deinde aliquid fuisse vel acceptum, vel ablatum, vel amotum, vel damnum datum, *dicta l. 3.* debet etiam capi ex naufragio, incendio, non autem si post naufragium, incendium, illam rem iacentem quis abstulerit, tunc enim furti nomine, non ex hoc edicto tenebitur, *l. 1. §. vlt. l. 2. & 3.* Non est etiam necessarium vt vi quidpiam rapuerit, satisque est vt abstulerit, amouerit, vel damnum dederit, vel receperit dolo malo *l. 3. §. non solum, §. dummodo feceris. §. non tantùm, & §. quod autem.* Dicitur porrò expugnari nauis, cùm aut spoliatur, aut mergitur, aut dissoluitur, aut perfunditur, aut funes eius præciduntur, aut vela conscinduntur, aut anchoræ inuolantur. De bonis denique naufragorum fusiùs disputauimus *lib. 2. cap. 1. art. 9.* 30

§. XVIII.

De his qui effuderint, & eiecerint.

CVm nemo neget omnium interesse, vt itinera tum publica tum priuata sine metu & incommodo percurri possint, summa cum æquitate edixit prætor ne quid ex ædibus deiiciatur, aut effundatur, quod siue transeuntes, siue ibi consistentes lædere possit, idque cauere voluit ipsos habitatores, quos suorum omnium quorum opera vtuntur factum præstare equum est, *l. vn. D. furt. aduers. naut. caup. vel stabular.* Et sanè propter eam curam omissam periculosa esse itinera noctu per vias vrbanas, sapienter monet Iuuenal. *Satyra 3.* 31

Respice nunc alia ac diuersa pericula noctis,
Quod spatium tectis sublimibus, vnde cerebrum
Testa ferit, quoties rimosa, & curta fenestris
Vasa cadunt, quanto percussum pondere signent,
Et lædant silicem, possis ignauus haberi,
Et subiti casus improuidus, ad cœnam si
Intestatus eas, adeò tot facta quot illa
Nocte patent vigiles, te prætereunte fenestræ.
Ergo opes, votumque feras miserabile tecum,
Vt sint contenta patulas effundere pelues.

Antiquis Prætorum edictis non sunt absimiles regiæ constitutiones Francisci I. & Caroli IX. an. 1563. prohibent enim indicta pœna, ne quid sordium deiiciatur, effundaturve in vias Lutetianas; inde etiam inductus vsus impendentium luminum, ad quem referri potest constitutio quæ habetur in *l. quia plurima 19. C. de operibus public.* qua sumptus porticus Zeusippi, in qua erant tabernæ, & officinæ, iubentur impendi reparandis luminibus. Sed

veniamus ad prætoris antiquum edictum, quod exponit Vlpian. *lib. 13. ad edictum*, & refertur *D. de his qui effuderint, vel eiecerint.*

Si quid igitur in eum locum, quo vulgo fit iter, vel in quo consisti solet, deiectum, vel effusum sit, quo alicui nocitum sit, vel liber homo occisus sit, datur à Prætore iudicium, *l. 1. D. qui deiecerint vel effud.* Deinde si quid suspensum decidit, vel effusum est, quo alicui nocitum est, actio similis datur, *l. 1. cit. §. quod cum*, & *l. si verò 5. §. si id quod. D. eod.* Neque verò quidquam interest locus ille publicus sit, an priuatus, modò per eum vulgo iter fiat, quia hoc edicto non prospicitur viis publicis, sed iter facientibus, qui securitatem habere debent, quare si quid deiectum vel effusum sit in ea loca quandiu secreta erant, licet modò per ea cœperit commeari, non erit locus edicto, *l. 1. §. parui autem, D. eod.* neque ab hoc edicto excipiuntur viæ etiam extra ciuitates, *l. 6.* neque naues *l. 6. cit. §. fin.*

Hæc autem actio datur in duplum ex ipsis verbis edicti, & *l. 1. §. hac in factum. §. de eo. Inst. de obligation. quasi ex delicto*, cùm tamen homo liber perit, damni æstimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla fit æstimatio: fit itaque tunc quinquaginta aureorum condemnatio *l. 1. §. sed cum homo:* quod si viuat, nocitumque ei sit, iudicis erit ex æquo æstimare damnum, quod sumi debet ex iis quæ in illius corpus admissa sunt, *l. 1. §. hac autem.* Præterea si seruus inhabitantis effuderit vel deiecerit, liberabitur dominus seruum noxæ dedendo, quod verba ipsa edicti ferunt.

Datur hæc actio primò in eum qui inhabitat cùm quid deiicitur, aut effunditur, & non in dominum domus, quia huius culpa non est, *l. 1. §. hac in factum:* quæ ratio docet hanc actionem exigere culpam, licet in edicto nulla fiat eius mentio, qui enim culpa careret, neque puniendus esset, neque tam grauiter. Obseruat verò Faber *in isto* §. mendum esse, dum enim legitur, *nec adiicitur culpa mentio, nec inficiationis, vt vel in duplum detur actio, quamuis damni iniuria actio vtrumque exigat:* Sic est omninò emendandum, *nec culpa adiicitur mentio inficiationis, vt in duplum detur actio*, quibus verbis significatur hanc actionem ex edicto, differre ab actione legis Aquiliæ, quòd ista non detur initio nisi in simplum, in duplum verò si reus inficiatus sit, *l. 1. & 2. D. ad l. Aquil.* Actio verò ex hoc edicto statim & ab initio datur in duplum, quod etiam contingit in actione de seruo corrupto etiam aduersus confitentem, vti diximus nuper, & in ea non crescit lis per inficiationem.

Secundò datur in filiumfamilias, qui cœnaculum conductum habitat, & non in patrem *l. 1. §. 7.* quia hæc actio non venit ex contractu, sed ex culpa, & quasi delicto, quo casu non venit actio de peculio, filius ergo conueniri debet, & potest, quod ait *l. filiusfamilias 39. D. de obligat.* & *alt. l. tam ex contractibus 49. D. de noxalib. action.*

Tertiò non datur aduersùs seruum habitatorem, si ipse non deiecit, vel effudit, sed alius eo ignorante, ne tamen impunitus maneat seruus, quia & nocuit, & contra edictum fecit, extra ordinē officio iudicis puniendus erit. Quod si ipsemet seruus effuderit, vel deiecerit, ex proprio delicto puniendus erit, dabiturque actio noxalis, *l. 1. §. cùm seruus*, sed totum hunc §. adeò inconcinnè scriptum esse dicit Anton. Faber, vt Triboniani potiùs quam Vlpiani esse suspicetur, quare in eo enucleando, & componendo nobis laborandum non est.

Quartò non datur hæc actio in hospitem, sed in habitatorem, inter quos tantùm interest, quantum inter domicilium habentes, & peregrinantes, *l. 1. §. habitare.*

Quintò quoties plures in eodem cænaculo habitant, ex quo quidpiam deiectum est, in omnes dabitur hæc actio, cùm sciri non possit quis deiecerit, vel effuderit; si autem id certum sit, solus ille tenebitur, *l. 1. §. vlt.* tenebitur autem in solidum *ex l. 3.* quia quoties plures tenentur ex aliquo facto quod est indiuiduum, actionem quoque indiuiduam esse oportet, vt effectus suæ causæ respondeat, *l. ita vulneratus 31. D. ad l. Aquil.* Vbi tamen cum vno aliquo singulari actum fuerit, cæteri liberabuntur, *l. & quidem 3.* poterit tamen is qui damnatus est agere in deiectorem, vel hac actione, vel locati, si ei cœnaculum locauit, *l. 5. §. cum autem.*

Sextò si plures in eodem inter se diuisi cœnaculo habitent, dabitur actio in eum solum qui inhabitabat eam partem vnde effusum est, *l. 5. init.* quia eo casu id quod ex cœnaculo vnius deiectum vel effusum est, non est deiectum, vel effusum ex cœnaculo alterius, & verba edicti non accipiuntur, nisi in habitantem locum vnde quid effusum est, & tot sunt cœnacula, quot sunt partes vnius cœnaculi diuisi, vti contingit in agro in plures diuiso regiones, *l. si quis duas 6. §. 1. D. commun. prædior.* neque esset æquum ex culpa vnius, alium inculpatum teneri. Si sciri nequeat ex cuius cœnaculo deiectum sit, non deficiet ius, sed deficiet probatio.

Septimò qui habitationes gratuitas dedit suis libertis vel clientibus, etiam vxoris, etiam ipsorum nomine tenebitur, ex Trebatio, *l. 5. §. 1.* quia suæ culpæ tribuere debet quod elegerit minus cautos, & prouidos habitatores, *l. 1. §. vlt. D. de furt.* & prospicere debuit posse hoc euenire, *l. si quis domum 9. §. 1. D. locati*, id tamen intelligendum est, modò dominus in iisdem domibus habitet cum libertis, vel clientibus suis, vel vxoris, alioquin soli habitatores hoc edicto tenebuntur, non dominus, vti diximus ex *l. 1. §. hac vt facile:* hoc idem dicendum est si quis amicis hospitola in illa sua domo, & cœnaculo quod inhabitat, distribuerit, quæ aliaque vide in ea *l. 5.*

Hæc actio est similis Aquiliæ, cuius exemplo à Prætore inducta est, *l. 5. §. cum autem.* Est etiam perpetua, & hæredi quoque datur, nisi homo liber perierit, quo casu est actio pœnalis, popularis, annua, in qua tamen mouenda agnati, vel affines præferuntur extraneis. Si homini libero male sit, ipsi agere volenti perpetua est actio, *l. 5. §. cum autem.*

§. XIX.

De posito, & suspenso.

HOc prætoris edictum refertur ab Vlpian. *in l. 5. §. Prætor ait, D. de his qui effuderint. Ne quis* 32
in suggrunda, protectóve supra eum locum qua vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat cuius casus nocere cui possit. Qui aduersus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum, iudicium dabo. Si seruus insciente domino fecisse dicetur, aut æstimationem dari, aut noxæ dedi iubebo. Vides huius edicti ferendi eandem esse rationem atque prioris, cuius hæc pars quædam est, ferturque ad securitatem itinerum tum publicorum, tum priuatorum, ad quam vterque casus de quo pronuntiat Prætor, pertinet: prior est aliquid ex cœnaculo deiicere, vel effundere, vel suspendere, aut suspensum habere. Posterior est aliquid in his ædium partibus, quæ suggrunda, pro-

tectumve

tectumve nominantur, positum habere, cuius casus alteri nocere possit. De vtroque casu fertur edictum quod vnicum quidem est, sed duo illa capita complectens, quæ ita inter sese differunt, vt prius locum habeat si aliquod damnum sit, & dat actionem ad duplum indemnitatis: posterius autem etiãsi nullum damnum datum sit, si tamen dari potuerit, punitur, sed eius pœna est duntaxat decem solidorum, cum prioris sit longè maior, & ad duplum nocumenti etiam confitentem obliget.

Obserua verò circa verba edicti, aliud esse ponere, aliud positum habere; prætor verò non loquitur de eo qui posuit, sed de eo qui positum habuit, tam autem positum habet, qui patitur illud manere in eo statu in quo malè ab alio positum est, quàm qui illud eo loco posuit, & consensisse videtur vt poneretur, quia iam positum habet & retinet. Idcircò Vlpian. *cit. l.* 5. §. 1. ait, quod si seruus posuerit, & dominus positum patiatur, non noxali iudicio, sed suo proprio nomine dominum teneri, quia nempe ipse positum habuit, atque adeò in culpa est.

Deinde non requirit. Prætor, vt quod positum est, noceat, aut nocuerit, sed vt nocere possit, quia nimirum publicè interest, vt non modò sine damno, sed etiam sine metu, & sine periculo damni per itinera concutri possit, *l.* 1. *D. de his qui effuderint*, neque nouum est in iure vt attendatur quod accidere potest, etiamsi non accidat.

Non potest autem positum habuisse nisi sit dominus ædium, aut inhabitator, hic enim si posuit, etiam positum habet siue sit tantùm inhabitator, siue etiam dominus, quare aduersùs illum datur ex hoc edicto actio vtilis in factum, quia positum habuit, hoc ipso quod positum manere voluit, cum posset tollere, quod si deciderit quod positum fuit in protecto, tenebitur alterutra parte huius edicti, & qui posuit, & qui positum habuit, vt vides.

Hæc actio popularis est, & competit hæredi, non tamen in hæredes, quia pœnalis est.

Obserua denique suggrundam, vel suggruendam esse partem tecti vltra structuram ædium proiectam & prominentem, ea vox non semel in iure vsurpatur, de illa Vitruui. *lib.* 2. *c.* 9. qui etiam dixit suggrundationem *lib.* 4. *c.* 2. Varro *lib.* 3. *de re rustica*, *c.* 3. *Apes subter suggrundas ab initio villatico tecto.* Græci dicunt γεισηποδίσματα, vide Moscop. *in lib.* *περὶ χίδων.*

§. XX.

De sepulchri violatione.

33 ADuersùs illum qui sepulchrum dolo malo violauerit, dat iudicium in factum Prætor suo edicto, quod refertur *l. prætor* 3. *D. de sepulchro violato.* Sepulchri verò nomine significamus locum omnem sepulturæ destinatum, *l.* 3. §. *sepulchri*, *D. eod.* Violatur verò sepulchrũ primò si quis terrã eius euertat & cespitem euellat, *l. pergit* 5. *C. eod.* Secundò qui ornamenta porticibus & tricliniis aufert, contaminata religione defunctorum, *l.* 5. *cit.* quæ id sacrilegij pœna damnat. Tertiò qui de sepulchro auferunt saxa, marmora, columnas, aliamve quamcunque materiam fabricandi gratiâ *l.* 4. *C. eod.* Quartò qui corpora defuncta & reliquias contrectauerint, *l.* 4. *cit.* & *l.* 5. *D. eod. l. vlt. D. de sepulch. violato.* Humilioris fortunæ rei vltimo supplicio, honestiores deportatione in insulam, vel relegatione, vel metallo plectuntur. Quintò qui corpora defuncta spoliauerint, *l. prætor ait* 3. §. *aduersus eos*, *D. de sepulchro violato*, vbi dicitur Seuerum rescripsisse, vt si hæc aggrediantur armati, latronum more, capite luant, si sine armis, pœnam metalli indicit. Sextò qui sepelire impedierint propter sola debita, quinquaginta libras auri pendere, vel si id nõ possint, pœna corporali competenti plecti à iudice debent, *l. cum sit* 6. *C. eod.* Septimò si quis non habeat ius inferendi mortuum, & tamen inferat, tenetur de sepulchro violato, ex rescripto Antonini Imperatoris, *l. prætor ait* 3. *D. eod.* Octauò si dolo malo in sepulchro habitauerit, vel ædificium eo fecerit, ducentorum aureorum iudicium subibit: ita edictum Prætoris *l.* 3. *D. eod.* & *in ead. l.* 3. §. *si quis.*

Hæc tamen omnia fieri debent dolo malo, vt dixi, alioquin cessat edictum, & eius pœna *cit. l.* 3. §. *prima.* Itaque excusantur personæ doli incapaces, vt impuberes. & omnes qui non accedunt animo violandi. §. *citato.* Secundò licebit violare sepulchra hostium, *l. sepulchra* 4. *D. eod.* quia cum hostium sint, nobis religiosa non sunt, quod tamen verum non est inter Christianos, inter quos & cœmeteria, & ædes, sacræ & religiosæ sunt, vbicunque sint, si Christianæ sint.

Actio sepulchri violati est actio in factum, *l.* 3. *in princip. D. de sepulch. violat.* Secundò est actio 34
popularis, *ead. l.* 3. Tertiò est actio famosa, *l.* 1. *D. eod.* ideóque irrogat infamiam. Quartò in bonum & æquum concepta, *l. quæsitum* 10. *D. eod.* Quintò non pertinet ad rem familiarem, sed ad vltionem, *l. sepulchri* 6. *D. eod.* Sextò pecuniaria quoque est, *l. De sepulchro. D. eod.*

Competit primò illi ad quem res pertinet, ex ipso edicto, *l. prætor ait* 3. *D. eod.* Secundò si is non superstit, vel nolit agere, competet cuicunque extraneo, qui volet agere, *cit. l.* 3. §. 2. Tertiò si iam alius egerit, is cuius interest non erit amplius admittendus, *l. sepulchri* 6. *D. eod.* Quartò si plures agere velint, is cuius iustior causa fuerit, præferetur, *l. prætor ait* 3. Si tamen omnium illorum intersit, omnibus actio competet, *l.* 3. *cit.* poterit exerceri per procuratorem, *l. licet* 42. *D. de procuratorib.*

Datur in violatores, vt patet, si tamen seruus in sepulchro habitat, vel in eo ædificauit, contra ipsum, non contra dominum dabitur actio, *l.* 3. *cit. sub fin.*

Venit in hanc actionem primò quanti interest eius ad quem ea res pertinet, & qui agit. Secundò si extraneus agit, datur actio centum aureorum, *l.* 3. *cit.* Tertiò de pœna viginti, librarum auri, iam diximus ex *l. si quis* 3. *C. de sepulchro violato.* Quartò de pœna quoq; decem pondo auri, *ex l.* 4. *C. eod.* Quintò seruus in demoliendis sepulchris deprehensus, metallis adiicietur, si inscio domino fecerit; si sciente, aut iubente domino, relegabitur, si aliquid ex sepulchro ad villam aut domum eius detulerit, villa illa & domus fisco vindicabitur, *l.* 2. *C. eod.* Denique ipsi iudices, qui eiusmodi violationes vindicare neglexerint, mulctantur viginti libris auri, quæ largitionibus Principis inferantur, *l. si quis* 3. *C. eod.* Poterit prætereà agi lege Iulia de vi publica, *l. sepulchri* 8. *D. de sepulchro violato.* Secundò de sacrilegij pœna, *l.* 3. *C. eod.* Tertiò interdicto quod vi aut clam, *l.* 2. *D. eod.* Quartò iniuriarum, si statua in monumento posita cæsa sit, *l. si statua* 27. *D. de iniuriis.*

§. XXI.

§. XXI.

De reliquis delictis in res proximi.

1 SVnt & alia nonnulla maleficia, de quibus agitur *lib. 47. DD. per plures titulos*, quæ non habent peculiarem difficultatem à nobis singillatim tractandam, qui maximè obligationem naturalem & internam attendimus, nempe reparationem damni illati iniuria, non verò actionem & iudicium forense, in quibus etiam non sunt grauiores controuersiæ, cùm rei eorum delictorum, vel pœnas à lege impositas, vel ab ipsomet iudice subire cogantur, atque etiam vbi damnati sunt, subire teneantur, quare in his immorandum non est. De illis quantum ad grauitatem criminis, & externum forum sufficienter dictum in opusculo de pœnis. Sunt verò hæc maximè delicta.

Primò concussio, cùm quis potestate quam habet, aut habere videtur, abutitur ad terrorem incutiendum, & extorquendam pecuniam.

Secundò præuaricatio, dum accusator colludit cum eo quem publice accusat, & ipsum adiuuat prodita causa, atque damnum affert parti, de quo diximus c. 3. vbi de accusatore & testibus. De præuaricatione aduocati, si tamen ille propriè dici potest præuaricari, egimus vbi de aduocatis.

Tertiò est receptatio, siue occultatio latronum lucri causà, quam esse furti genus docuimus aliàs.

Quartò furtum est balnearium, quo vestimenta eorum qui in balneis lauantur subripiuntur, aduersus quos adhibentur capsarij, de quibus etiam me dixisse memini.

Quintò effractio carceris, vel domus, siue ostij & parietis, quæ parere potest actionem etiam furti.

Sextò expilatio, expilatores verò sunt qui homines spoliant, & quia ne pilum quidem in eorum corpore relinquunt, nominatos esse expilatores monuit Ascon. *in 2. Verr.* Vides itaque fures esse, sed grauiores, & molestiores.

Septimò est terminus motus, cùm quis terminum finium causâ positum auulsit, propulit, vel eiecit, seu quauis alia ratione loco mouit, vel finium obseruandorum causâ faciem locorum conuertit, puta ex sylua nouale fecit. De his terminis egimus superius *lib. 4. c. 4. art. 4 consectario 5.*

36 Atque hactenus damna enumerata nobis illata sunt, alia hactenus infecta sunt, impendent tamen; qua de causa datur actio metuendi, vt sibi de damno infecto caueatur, contingit enim aliquando vt damno dato, nulla nobis competat actio non interposita cautione, vt si vicini ædes ruinosæ in meas inciderint, adeò vt plerisque placuerit, non cogi quidem eum posse, vt rudera tollat, si modò omnia quæ iaceant, pro derelicto habeat, *l. euenit 6. D. de damno infecto*: idcircò prætor sapientissimè in suo edicto actionem de damno infecto daturum se promittit, *l. Prætor ait 7. D. de damno infecto*: quare si quis rem suam ex tuo fundo vel ... auferre, de damno infecto tibi cauere tenetur, *l. hoc amplius 9. §. Alfen. D. eod.* Similes casus videbis eo titulo, quem consule; res tota forensis est.

Huc etiam pertinet titulus de aquæ, & aquæ pluuiæ arcendæ; est enim obligatio quoque de damno infecto; cum ex opere manu facto aqua pluuia nocitura est, *l. 1. §. 1. l. 6. §. officium. l. Antæus 14. §. in hoc iudicium, l. vicinus 24. §pen. D. eod.* qui opus fecit, aut facienti successit, opus suis impensis tollere, ac damnum post litem contestatam contingens, sarcire cogitur: is cuius seruus fecit, eum noxæ dedere potest, alij tantùm patientiam præstare tenentur, vt opus tollatur, *l. 6. cit. §. officium.* Hac occasione disputatur latiùs in eo titulo de aqua, id est, de aquæ seruitutibus, de quibus nos agimus *in opusculo de dominio, & seruitutibus.* Cæterum voluit L. XII. Tabul. aquam pluuiam nocentem ex vicini agro, per arbitrum arceri posse; in quam legem vide Hotman. *lib. 3. antiq. Roman.* vbi obseruat ex Tullio in Topicis, aquam pluuiam nocentem, alteram loci vitio nocentem esse, alteram manu, quarum, inquit Cicero, altera iubetur ab arbitro coerceri, altera non iubetur: quæ verba sic interpretatur Boëtius: ius est aquam pluuiam arceri, id est, vt si in alicuius agro pluuia aqua colligatur, & in alterius agrum defluat, eaque vicini frugibus nocitura concrescat, arceat eam suis finibus ille, qui sua putat interesse ne defluat. Aqua pluuia manu nocens est, quæ ita loco aliquo excipitur, vt inde profluens vicino noceat, si ille locus non sit naturaliter talis, sed manu hominis excipiendæ aquæ fuerit apparatus: vitio verò quoties naturaliter ita sese locus habet, vt excipere aquam possit, & nocere vicino. Quoties igitur opere manu facto aliter fluet aqua quàm fluere naturâ soleret: aut si forte immittendo eam, aut maiorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si reprimendo redundare effecit, quod si naturâ aqua noceat, ea actione non continetur. 37

Habes (Erudite Lector) promissam à nobis de vniuersa rerum humanarum negotiatione tractationem scientificam, quam non aliis, quàm quibus Columella suum opus absoluit, verbis, placet concludere: *Nihil dubitasse me, pene infinita esse quæ potuerunt huic inseri materiæ: verùm ea quæ maximè videbantur necessaria, memoriæ tradenda censuisse: nec tamen canis natura dedit cunctarum rerum prudentiam, nam etiam quicunque sunt habiti mortalium sapientissimi, multa scisse dicuntur, non omnia.* His igitur paucis fruere, mi lector, vale, & faue, plura alia, vtinam meliora, tibi apparanti.

INDEX

INDEX
RERVM ET VERBORVM,
Quæ in hoc posteriori Tomo de vniuersa Negotiatione continentur.

Prior numerus paginam, posterior marginales notas designat.

Accessio

Index Rerum,

Index Rerum,

Aduocatus

Ædes.

Ædificium.

Ædiles.

Vide in verb. *actio ædilitia.*

Index Rerum,

C

Cadauer.

Calcismus.

Calculus.

Calumnia.

Cancellarius.

Caput.

Castellum.

Casus.

Compen

Condi

Condictio

qui

Debitor

D

Damnum.

Datum.

Debitor.

Debitor

Dominorum

Dynastæ

F

Falcidia.

G

Gabella.

Ganea.

Glans.

Gloria.

Gratia.

Gula.

H

Hæres, & Hæreditas.

I

Ignorantia.

Index Rerum,

cogi

Iudicium.

Iuramentum.

Ius.

Ius

an

Mot

Obsigna

Prælcri

Primo

Rex.

Riſus.

Romanus.

S

Sacramentum.

Sacrilegium, & Sacrilegum.

Salomon.

Saltatio.

Silicernium

Sportulæ

V

FINIS.